

Naturaleza jurídica del “principio” de precaución: análisis de caso a partir de la contaminación electromagnética*

Gloria Amparo Rodríguez¹⁷⁸
Juan Pablo González Cortés¹⁷⁹

RESUMEN

El principio de precaución constituye uno de los pilares del derecho ambiental nacional e internacional. Ha sido consagrado en diversos instrumentos internacionales como tratados y declaraciones y, asimismo, ha sido recogido en el ámbito interno de Colombia tanto en la ley como en la jurisprudencia.

El presente texto, aborda la aplicación del principio de precaución en los casos de contaminación electromagnética que se han presentado en nuestro país, a partir del estudio de lo que ha acontecido con las antenas instaladas en los centros urbanos. Para ello se aborda su análisis desde el punto de vista normativo y jurisprudencial, dado que es un tema de gran relevancia y actualidad, sobre el cual la Corte Constitucional se ha pronunciado recientemente en la sentencia T-1077-12.

Ahora bien, en este contexto una cuestión trascendental que se presenta en cualquier ordenamiento jurídico la relativa a la seguridad jurídica. Es este un asunto bastante neurálgico, en relación con al principio que nos ocupa y, en general, en el campo del derecho ambiental, -como se podrá ver en detalle más adelante-. Como se expresa en la Sentencia C-836-01, la seguridad jurídica se encuentra estrechamente vinculada con la garantía de los derechos subjetivos y libertades individuales.

Así pues, el siguiente escrito propugna por clarificar el panorama en torno al principio de precaución en el ordenamiento jurídico colombiano, y para ello intentará responder a las preguntas: ¿cuál es la naturaleza jurídica del principio precautorio?, es decir, ¿constituye un mero concepto político o, por el contrario, es una norma jurídica vinculante en el ordenamiento jurídico colombiano?, ¿qué tipo de norma es? ¿Un principio como parece por su nominación o, en cambio, es una regla? Se partirá de la premisa de que el principio de precaución constituye una verdadera norma jurídica vinculante que por consiguiente se debe aplicar de manera directa, cuando se den los supuestos de hecho para su aplicación.

Palabras clave: Principio de precaución, contaminación electromagnética, derecho ambiental.

ABSTRACT

The precautionary principle is one of the pillars of national and international environmental law. It has been enshrined in various international instruments such as treaties and declarations and also has been included in the internal area of Colombia in law and jurisprudence.

* Fecha de recepción Marzo 3 de 2014, fecha de aceptación 25 de julio de 2014

178 Profesora de Carrera, Doctora en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas, Master en Medio Ambiente y Desarrollo. Actualmente se desempeña como Directora de la Especialización y de la Línea en Derecho Ambiental de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario.

179 Egresado de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario donde se desempeña como asistente de la Línea de Investigación en Derecho Ambiental.

This paper addresses the application of the precautionary principle in cases of electromagnetic pollution that have occurred in our country, from the study of what has happened with the antennas installed in urban centers. This analysis is approached from the normative and jurisprudential view, since it is a topic of great relevance today, on which the Constitutional Court has recently ruled in 1077-12 T-sentence.

However, in this context a momentous issue presented in any legal system concerning legal certainty. This is a pretty neuralgic issue in relation to the principle in question and, in general, in the field of environmental law, as can be seen in detail below. As stated in the Judgment C-836-01, the legal security is closely linked with the guarantee of civil rights and liberties.

Thus, the following letter calls to clarify the panorama around the precautionary principle in the Colombian legal system, and for this attempt to answer the questions: what is the legal status of the precautionary principle, ie, constitute a mere or political concept, however, is a binding legal norm in the Colombian legal system, and what kind of standard is? A principle as appears by his nomination or, instead, is a rule? Will be based on the premise that the precautionary principle is a true binding legal rule therefore should be applied directly when the factual circumstances for its application are given.

Keywords: Precautionary principle, electromagnetic pollution, environmental law.

Introducción

En la actualidad el principio de precaución representa uno de los temas de gran trascendencia en la protección y prevención de los daños ambientales, constituyéndose en una de las columnas fundamentales del derecho ambiental. Este principio ha sido consagrado en diversos instrumentos internacionales como tratados y declaraciones y, asimismo, ha sido recogido en el ámbito interno de Colombia, tanto en la ley como en la jurisprudencia.

Bajo este panorama, el presente documento analiza la aplicación que ha tenido el principio de precaución en los casos de contaminación electromagnética que pueden presentarse en nuestro país, a partir del estudio de lo que ha acontecido con las antenas instaladas en los centros urbanos. Para ello se presenta el estudio desde la óptica jurídica, dado que mediante diversas providencias se ha dado aplicación a dicho el principio y, se han implementado medidas tendientes a propiciar el desarrollo integral de las personas.

Ahora bien, en este contexto una cuestión esencial que se presenta en cualquier ordenamiento jurídico es la relativa a la seguridad jurídica. Es este un asunto bastante neurálgico, en relación con al principio que nos ocupa y, en general, en el campo del derecho ambiental, -como se podrá ver en detalle más adelante-. Como se expresa en la Sentencia C-836-01, la seguridad jurídica se encuentra estrechamente vinculada con la garantía de los derechos subjetivos y libertades individuales.

Así pues, el siguiente escrito propugna por clarificar el panorama en torno al principio de precaución en el ordenamiento jurídico colombiano, y para ello intentará responder a las preguntas: ¿cuál es la naturaleza jurídica del principio precautorio?, es decir, ¿constituye un mero concepto político o, por el contrario, es una norma jurídica vinculante en el ordenamiento jurídico colombiano? ¿qué tipo de norma es? ¿un principio como parece por su nominación o, en cambio, es una regla?

Con miras a lograr dar respuesta a los interrogantes anteriores, consideramos oportuno analizar su aplicación en los casos de contaminación electromagnética a los que la Corte Constitucional se ha enfrentado, teniendo

en cuenta que es un asunto que ejemplifica de correcta forma la aplicación de la figura objeto de análisis. Si bien es cierto que la literatura acerca del tema es basta y extensa, vale decir que muchas veces crea más dudas que certeza, de modo que se espera, en la medida de lo posible, contribuir a la claridad y, en efecto, a que los operadores jurídicos y en los casos pertinentes, tengan un poco más de diaphanidad en su aplicación.

Como punto de partida se encuentra la idea de que el principio de precaución, tal como se encuentra recogido en la Declaración de Río de Janeiro sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (1992) y en la ley 99 de 1993, sumado a la interpretación que le ha dado, en especial la Corte Constitucional, constituye un verdadero principio jurídico, en efecto, vinculante en el sistema colombiano. Empero, se analizarán las distintas limitaciones de esta premisa.

Se resalta cómo entre las diversas normas que forman parte del sistema jurídico interno, es indudable que el principio de precaución es uno de los más determinantes, en la medida en que su aplicación involucra diversas dimensiones, pues además del plano jurídico, resulta necesario atender, dentro de su comprensión y aplicación, aristas relacionadas con consideraciones científicas y con el diseño de las políticas públicas. En el caso colombiano y en asuntos tan trascendentales como la fumigación de cultivos ilícitos, las actividades en los parques nacionales, o la implantación de los cultivos con semillas transgénicas, la consideración del principio de precaución es de primer orden y, a partir de ella, puede ser dado el horizonte jurídico de aplicación de las políticas estatales sobre los referidos temas. Más recientemente, en cuanto a temas que tienen que ver con los efectos adversos que pueden generarse como consecuencia de la contaminación electromagnética, la Corte Constitucional ha ordenado en casos concretos la aplicación del mencionado principio de precaución.

La incertidumbre o como lo ha expresado el texto del Principio 15 de la Declaración de Río, la falta de certeza científica en torno a algunas actividades humanas que se relacionan con la incapacidad de predecir los posibles daños que afectarán al ambiente como consecuencia de dichas acciones, ha despertado en la comunidad internacional la determinación de impulsar la toma de decisiones en pro de la conservación aún sin conocer. La certeza científica en cuanto a la medición del daño potencial se ve empañada muchas veces porque los fenómenos del mundo natural acogen en mejor proporción la escala de la larga duración y son menos trascendentes los acontecimientos naturales que puedan identificarse de manera especial con una determinada coyuntura, siendo mucho más raros aquellos que responden a la temporalidad propia del acontecimiento.

Para efectos del presente análisis, en primer lugar se hará una exposición del problema de la inseguridad jurídica en las normas del derecho ambiental; en segundo lugar, se hará referencia a las generalidades de este principio; se repasará, posteriormente, el principio de precaución en la jurisprudencia colombiana; seguidamente, después de tener este marco se reflexionará acerca de la aplicación del mismo en la contaminación electromagnética y finalmente se presentarán unas conclusiones.

1. La inseguridad jurídica en las normas de derecho ambiental

Como lo explica Ulrich Beyerlin en su texto *Different Types of Norms in International Environmental Law Policies, Principles and Rules*, existe dificultad al

momento de definir la naturaleza jurídica de las normas ambientales, en este sentido, muchas de ellas oscilan entre ser normas de *soft law* o meras políticas y ser normas de derecho que efectivamente vinculen. Según el mencionado autor, esto se debe a que hay dos fuerzas que dominan el contexto del derecho ambiental. Por un lado, la preocupación de los distintos Estados alrededor de los temas ambientales, y por otro lado, en oposición, la falta de voluntad política de los Estados de comprometerse. Estas dos fuerzas enfrentadas, generan, según el autor, una tensión que termina manifestándose en este tipo de normas con bajo rango de vinculatoriedad.

En este escenario, se ha acudido a normas con conceptos vagos que limitan su normatividad, entendida como su fuerza vinculante. Así, el mencionado autor habla del concepto de “norma crepuscular” o “*twilight norm*” que significa una norma que es vaga en las consecuencias que se siguen automáticamente del supuesto de hecho. En el derecho ambiental, siguiendo el mismo autor, abundan las normas de este tipo, lo cual genera un elemento patológico en el sistema, a saber, la inseguridad jurídica. El autor también hace una reflexión muy importante con relación a lo anterior y es que en virtud de la vaguedad e indeterminación de muchas normas ambientales, a las mismas se les tenga que dar alcance y significado a través de la *adjudication*, es decir, a través del proceso legal de resolver una disputa. Lo anterior se encuentra en consonancia por lo dicho por el profesor Manuel Fernando Quinche Ramírez, quien expresa que es urgente que el legislativo o la jurisdicción constitucional regulen o indiquen el procedimiento a seguir en la aplicación de este principio, recordemos que, como afirma el mencionado autor, es a través de la aplicación de los principios en la resolución de los problemas jurídicos que ellos van fijando su papel, el cual ha ido desde su inaplicación total, hasta llegar a constituir criterios únicos en los cuales se fundamenta la decisión.

Como lo plantean las investigadoras Martha Lucía Ovalle y Zelba Nidia Castro de Pérez, es dable sostener que el principio de precaución no ha sido regulado aún de manera clara, lo que conlleva a la escasa producción de fallos que contengan de alguna manera el citado principio además de una precaria por no decir nula, aplicación directa (*per se*), es decir, con su sola enunciación y correspondiente análisis, como sucede con otros principios (ejemplo legalidad, buena fe, tipicidad en el derecho penal). De esta manera, el principio de precaución -si se ha incluido dentro del fallo- se ve prácticamente reducido a un simple *obiter dicta*. El operador jurídico se abstiene en muchos casos de su aplicación ante la debilidad de fuentes para su soporte y frente a la fortaleza y abundancia de los argumentos de quienes tienen intereses económicos y políticos y quizá muchas otras inclinaciones de ánimo.

Frente a esto, el presente texto intentará probar la posición contraria, a saber, que con los últimos pronunciamientos de la Corte Constitucional, en especial los relacionados con contaminación electromagnética, se ha, puede decirse, perfeccionado el criterio de precaución como una norma jurídica con términos precisos y con consecuencias jurídicas claras. En otras palabras, lo que se pretende sustentar es que jurisprudencialmente el principio precautorio se ha cristalizado en una verdadera norma jurídica vinculante en el derecho colombiano.

Aunque Beyerlin se centra en las normas de derecho internacional ambiental, como se puede inferir del título de su artículo, consideramos que ese análisis es extrapolable al orden interno en la medida en que muchas normas que devienen de derecho interno, en ambiental, son en su origen de derecho internacional; por ejemplo, con relación al principio de precaución el mismo

es prácticamente una transcripción del principio 15 de la Declaración de Río mencionada. Cabe decir, desde este momento que el principio de precaución se halla precisamente entre este tipo de normas "crepusculares", razón por la cual es difícil definir si es vinculante o no, si efectivamente constituye una norma jurídica en estricto sentido. En lo anterior radica el valor de la labor de cuestionarse acerca de su naturaleza jurídica, para lo cual es pertinente precisamente, a partir de tener en cuenta este trasfondo, analizar el principio de precaución para intentar dar luces en medio de la incertidumbre acerca de su aplicación.

Así las cosas, a continuación se expondrán las generalidades del principio en cuestión.

2. Generalidades del principio de precaución

2.1 Concepto

Este principio es consagrado en la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992 (adoptada en Colombia por el Art. 1 de Ley 99 de 1993) y otros instrumentos, como un principio esencial al desarrollo sostenible así:

"Principio 15. Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme con sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente."

De esta forma, "frente a una eventual obra o actividad con posibles impactos negativos en el medio ambiente, permite que la decisión política que no da lugar a su realización, se base exclusivamente en indicios del posible daño sin necesidad de requerir la certeza científica absoluta (...)". Asimismo, en el numeral 6 del artículo 1º de la ley 99 de 1993, fue consagrado este principio de precaución al señalar que "cuando exista peligro de daño grave e irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces para impedir la degradación del medio ambiente".

En este punto, ya se puede ver la manera en que esta norma es prácticamente una transcripción del principio 15 de la Declaración de Río. Desde aquí, se evidencia como se había advertido, que aparecen en su formulación términos bastantes vagos como daño grave e irreversible y falta de certeza científica.

De manera resumida o jurídica-analítica, el postulado en mención, se podría traducir en la fórmula de Raffensperger así:

Incertidumbre científica + sospecha de daño = acción precautoria

Donde se espera que la sospecha de daño sea realmente seria o grave y valorada de manera objetiva bajo parámetros efectivamente medibles.

2.2 Diferenciación con el principio de prevención

Indudablemente el principio de precaución va de la mano del que ahora nos corresponde, el principio de prevención, consagrado en los Artículos 2, 4 y 7 de la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Humano y en el artículo 130 del Tratado de Maastricht. Recordemos que "significa tomar decisiones responsables adelantándose a los acontecimientos para evitar el daño am-

biental, pues mitigarlo generalmente es costoso; por tanto, es un método clave de protección ambiental, ya que en ocasiones es imposible volver las cosas al estado anterior (...). En palabras del profesor Gregorio Mesa "(...) busca evitar el daño o el deterioro antes que tener que lamentar o reparar por lo realizado, que bien puede ser irreparable (...)".

Conforme a lo anterior, a través del principio de prevención se busca utilizar todos los medios técnico jurídicos necesarios para no enfrentar una pérdida ambiental irreversible al presentarse un riesgo cierto. Por tanto, su aplicación práctica se traduce en la generación de mecanismos, políticas e instrumentos de gobierno tendientes a evitar y disminuir los posibles impactos y daños que se puedan generar al ambiente.

Seguendo al profesor José Vicente Zapata, el principio de prevención debe "considerarse como uno de los más importantes componentes del derecho de desarrollo sostenible. El hecho de que el daño ambiental sea con demasiada frecuencia irreparable ha generado esfuerzos ex ante a fin de evitar cualquier perjuicio ambiental. Según se observó, los estudios de impacto ambiental son un caso representativo. Algunos han sugerido que: la prevención debe ser regla de oro para el medio ambiente, tanto por razones ecológicas como económicas. Es con frecuencia imposible remediar el daño ambiental. Aún si el daño es reparable los costos de rehabilitación son prohibitivos".

Para concluir esta parte y con el fin de ofrecer mayor claridad sobre estos principios, estableceremos cuáles son, en nuestra consideración, las diferencias entre el principio de prevención y el principio de precaución. Como es evidente, las diferencias entre los principios citados no saltan fácilmente a la vista del lector; tanto así que en diversas ocasiones son utilizados por las autoridades ambientales como si reflejaran idénticas realidades, cuando se pretende adoptar medidas que eviten un daño al ambiente. Sin embargo son sustancialmente diferentes. Para ejemplificarlo veamos el siguiente cuadro:

Precaución	Prevención
Política de buen gobierno -carácter voluntario.	Obligación de los Estados -diligencia debida-.
Cuando se presente el riesgo dudoso de daño grave e irreversible.	En todos los tiempos verbigracia: políticas de estudio de impacto ambiental.
Aplicables a temas ambientales y otros como salud y seguridad alimentaria.	Aplicables a temas ambientales y otros como salud y seguridad alimentaria.
Basa su acción ante un riesgo dudoso.	Basa su acción ante un riesgo cierto pero daño dudoso.
Incertidumbre científica	Certeza científica.

Fuente: RODRÍGUEZ, G.A., GÓMEZ REY, A, MONROY ROSAS, J.C.

3. Principio de precaución en la jurisprudencia colombiana

Como se evidenció, el principio de precaución en mención tal y como es común en las llamadas normas crepusculares, contiene conceptos vagos que hacen difícil definir su alcance y consiguientemente aplicarlo. De allí el valor que reviste lo que hayan dicho las altas cortes en aras a darle contenido al citado principio.

La Corte Constitucional ha manifestado la importancia de este principio y ha indicado la razón de su estricta aplicación directa y objetiva en el tema que nos interesa. Como las actividades, proyectos y obras objeto de licencias ambientales son las más grandes e impactantes en nuestro territorio, la utiliza-

ción de la fórmula Raffensperger debe presentarse sin justificación económica o política. El medio ambiente debe ser protegido de manera inequívoca cuando se encuentre en peligro. En lo respectivo a la actividad minera el Alto Tribunal ha dicho que:“(...) se puede expresar con la expresión *“in dubio pro ambiente”*... esto quiere decir que en caso de presentarse una falta de certeza científica absoluta frente a la... explotación... la decisión debe inclinarse necesariamente hacia la protección de medio ambiente, pues si se adelanta la actividad minera y luego se demuestra que ocasionaba una grave daño ambiental, sería imposible revertir sus consecuencias (...)”.

Vale decir que el Consejo de Estado también se ha pronunciado con respecto al principio de precaución, afirmando que al ser aplicado directamente, podrá generar actos administrativos que contemplen limitaciones o medidas de seguridad a las actividades económicas en pro del ambiente. El Consejo de Estado ha indicado, asimismo, que *“el principio pro natura exige privilegiar el mantenimiento y la preservación de los ecosistemas y los entornos naturales frente a la exigibilidad de ciertos derechos de explotación económica, mientras las condiciones económicas del municipio le permiten concretar la solución definitiva del problema que el mismo tiene proyectada”*. Tanto así que este mismo Tribunal ha dicho que: *“(...) se reconoce la inexistencia de derechos adquiridos provenientes del otorgamiento de una licencia ambiental; así como la posibilidad de prohibir actividades de la obra o actividad en pro del principio de precaución sin que exceda de ninguna manera sus competencias ni violente el ordenamiento superior (...)”*, esto quiere decir, que en materia de licencias ambientales no hay derechos adquiridos porque lo que se pretende proteger es lo público, de interés de toda la colectividad.

Por lo demás, la Corte Constitucional ha expresado, al pronunciarse sobre la constitucionalidad de los artículos 1, numeral 6 (parcial); y, 85, numeral 2º y parágrafo 3 (parcial), de la Ley 99 de 1993:

“(...) Al leer detenidamente el artículo acusado, se llega a la conclusión de que, cuando la autoridad ambiental debe tomar decisiones específicas, encaminadas a evitar un peligro de daño grave, sin contar con la certeza científica absoluta, lo debe hacer de acuerdo con las políticas ambientales trazadas por la ley, en desarrollo de la Constitución, en forma motivada y alejada de toda posibilidad de arbitrariedad o capricho. Para tal efecto, debe constatar que se cumplan los siguientes elementos :

1. Que exista peligro de daño;
2. Que éste sea grave e irreversible;
3. Que exista un principio de certeza científica, así no sea ésta absoluta;
4. Que la decisión que la autoridad adopte esté encaminada a impedir la degradación del medio ambiente.
5. Que el acto en que se adopte la decisión sea motivado.

Es decir, el acto administrativo por el cual la autoridad ambiental adopta decisiones, sin la certeza científica absoluta, en uso del principio de precaución, debe ser excepcional y motivado. Y, como cualquier acto administrativo, puede ser demandado ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Esto hace que la decisión de la autoridad se enmarque dentro del Estado de Derecho, en el que no puede haber decisiones arbitrarias o caprichosas, y que, en el evento de que esto ocurra, el ciudadano tiene a su disposición todas las herramientas que el propio Estado le otorga. En este sentido no hay violación del debido proceso, garantizado en el artículo 29 de la Constitución (...)”.

4. Análisis de la aplicación del principio de precaución a partir la contaminación electromagnética

A continuación efectuaremos un análisis sobre la aplicación en Colombia del principio de precaución a partir del estudio de la contaminación electromagnética, con miras a entender mejor el tratamiento que este asunto ambiental tiene en nuestro ordenamiento jurídico.

4.1 Régimen de la contaminación electromagnética

En primer lugar, es importante que se tenga presente que la legislación sobre contaminación electromagnética inicia en nuestro país a través del Decreto – Ley 2811 de 1974 (Código Nacional de Recursos Naturales Renovables) que en el artículo 8 establece que se consideran factores que deterioran el ambiente, entre otros:

- “La contaminación del aire, de las aguas, del suelo y de los demás recursos naturales renovables.
- Se entiende por contaminación la alteración del ambiente con sustancias o formas de energía puestas en él, por actividad humana o de la naturaleza, en cantidades, concentraciones o niveles capaces de interferir el bienestar y la salud de las personas, atentar contra la flora y la fauna, degradar la calidad del ambiente o de los recursos de la nación o de los particulares.
- Se entiende por contaminante cualquier elemento, combinación de elementos, o forma de energía que actual o potencialmente puede producir alteración ambiental de las precedentemente escritas. La contaminación puede ser física, química, o biológica”.

Más recientemente, a través del Decreto 195 de 2005 se reguló la exposición de los límites de las personas a campos electromagnéticos y se adecuan procedimientos para la instalación de estaciones radioeléctricas. Esta norma fue reglamentada por la Resolución 1645 de 2005 del Ministerio de Comunicaciones (hoy Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones), cuyo objeto es la definición de las fuentes inherentemente conformes; el formato de declaración de conformidad de emisión radioeléctrica; el procedimiento de ayuda para definir el porcentaje de mitigación en el caso de la superación de los límites máximos de exposición; la metodología de medición para evaluar la conformidad de las estaciones radioeléctricas y los parámetros para las fuentes radiantes con frecuencias menores a 300 MHz.

De igual forma es necesario tener presente que el Ministerio de Comunicaciones expidió la circular 270 de 2007 en la que se consignó lineamientos para la Instalación de Estaciones Radioeléctricas de Telecomunicaciones y que la Ley 1341 de 2009, por medio de la cual se crea la Agencia Nacional del Espectro - ANE- y el marco general para la formulación de las políticas públicas, establece el uso eficiente de las redes y del espectro radioeléctrico, así como las potestades del Estado en relación con la planeación, la gestión, la administración adecuada y eficiente de los recursos, regulación, control y vigilancia del mismo y facilitando el libre acceso y sin discriminación de los habitantes del territorio nacional a la Sociedad de la Información.

Sin embargo, es pertinente mencionar que la Honorable Corte Constitucional en la sentencia T 1077 de 2012, sentencia a la que nos referiremos más

adelante, ordenó que, por un lado, corresponde al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones la aplicación del principio de precaución y regular la distancia prudente entre las torres de telefonía móvil y las viviendas, instituciones educativas, hospitales y hogares geriátricos y, por el otro, que la Agencia Nacional del Espectro, en ejercicio de la función de vigilancia y control, verifique que la radiación emitida por las antenas de telefonía móvil celular se encuentren dentro de los límites permitidos, establecidos en la Resolución 1645 de 2005.

4.2 Casos de contaminación electromagnética que ha conocido la Corte Constitucional

Sentencia T-299-08

La Corte Constitucional tuvo conocimiento del caso de una pareja que instauró acción de amparo en representación de sus hijos menores de edad, en contra de la Empresa de Servicios Públicos Codensa S.A., debido a que su vivienda se encontraba junto a una subestación eléctrica, lo que presuntamente ponía en riesgo la salud y la integridad física de la familia. En el mencionado caso se presentó un hecho superado por cuanto la entidad accionada había retirado la subestación eléctrica.

En dicha oportunidad la Corte hizo referencia al principio de precaución y dictaminó que, para aplicarlo y proteger los derechos al medio ambiente y a la salubridad pública, era menester tener en consideración que: **(i)** ante la amenaza de un peligro grave al medio ambiente o la salud, del cual **(ii)** no existe certeza científica, pero **(iii)** sí existe algún principio de certeza, **(iv)** las autoridades deben adoptar medidas de protección, o no pueden diferir las mismas hasta que se acredite una prueba absoluta.

De igual forma el máximo tribunal de la jurisdicción constitucional, estableció como requisito previo para pronunciarse acerca del principio de precaución, verificar si se cumplía con los principios señalados por la jurisprudencia, y determinar si procedía la acción tutela para proteger derechos colectivos, los cuales son:

- " 1. Que exista conexidad entre la vulneración de un derecho colectivo y la violación o amenaza a un derecho fundamental de tal suerte que el daño o la amenaza del derecho fundamental sea consecuencia inmediata y directa de la perturbación del derecho colectivo.
2. El peticionario debe ser la persona directa o realmente afectada en su derecho fundamental, pues la acción de tutela es de naturaleza subjetiva.
3. La vulneración o la amenaza del derecho fundamental no deben ser hipotéticas sino que deben aparecer expresamente probadas en el expediente.
4. La orden judicial debe buscar el restablecimiento del derecho fundamental afectado y no del derecho colectivo en sí mismo considerado, pese a que con su decisión resulte protegido, igualmente, un derecho de esta naturaleza."

En vista de lo anterior, la Corte limitó el ámbito de aplicación del principio precautorio a los casos en que se perturban derechos colectivos. Como lo explica la Corte en la T-1077, objeto de análisis posterior, esto restringe la implementación del postulado en cuestión, en la medida en que uno de los requisitos para que proceda la acción de tutela cuando se pretende la protección de los derechos colectivos, es que la amenaza del derecho fundamental aparezca expresamente probada en el expediente.

Sentencia T-360-10

En esta oportunidad el Tribunal Constitucional conoció el caso de una mujer que señaló que la empresa Comcel S.A. había instalado una torre de telefonía móvil a pocos metros de su vivienda. La mujer sufría de una enfermedad coronaria aguda, y por esta razón fue intervenida quirúrgicamente y se le implantó un “cardiodesfibrilador”. La accionante adujo que el dispositivo había fallado como efecto de la radiación emitida por la torre.

En este caso, el Tribunal determinó que resultaba imposible concluir que la antena base de telefonía móvil instalada por Comcel S.A. fuera la causa de la interferencia que sufrió el cardiodesfibrilador implantado a la demandante, debido a que, posteriormente, luego de haberse sometido a una segunda intervención quirúrgica, el dispositivo funcionó sin problema, a pesar de que habitaba la misma vivienda, ubicada cerca de la estación base de telefonía móvil.

La Corte Constitucional expreso, no obstante, que existe la necesidad que se evalúen las medidas indicadas en la comunidad internacional, dado que, si bien los trabajos investigativos y científicos no reportan certeza de que las ondas de radiofrecuencia generadas por las estaciones base de telefonía móvil generen efectos negativos a largo plazo para la salud de la población, se deben aplicar medidas tanto de prevención como de precaución para así lograr proteger a los seres humanos de los posibles efectos nocivos.

Como consecuencia de lo anterior, se exhortó al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y a la Comisión de Regulación de Comunicaciones para que:

“(i) Analicen las recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud y de otros Organismos Internacionales, anteriormente expuestas, particularmente en lo concerniente a establecer canales de comunicación e información con la comunidad, acerca de los posibles efectos adversos a la salud que puede generar la exposición a campos electromagnéticos y las medidas adecuadas que la población pueda tomar, para minimizar los mencionados efectos.

*(ii) Igualmente, en **aplicación del principio de precaución**, diseñen un proyecto encaminado a establecer una distancia prudente entre las torres de telefonía móvil y las instituciones educacionales, hospitales, hogares geriátricos y centros similares, debido a que los estudios científicos analizados revelan que los ancianos y los niños pueden presentar mayor sensibilidad a la radiación de ondas electromagnéticas, estando los últimos en un posible riesgo levemente más alto de sufrir leucemia”. (Negrillas y subrayado fuera del texto original).*

Sentencia T-104-12

El Tribunal Constitucional examinó un caso en que una madre de un menor, el cual residía en un hogar infantil del ICBF en Matanza, Santander, alegaba que el mismo estaba ubicado muy cerca de unas antenas parabólicas.

Al respecto la Corte Constitucional manifestó que a falta de certeza científica debía aplicarse el principio de precaución presente en distintos instrumentos internacionales, nacionales y además, aceptado por la jurisprudencia. De manera que, la mencionada corporación ordena al municipio de Matanza ubicar las antenas parabólicas en un lugar distante de las poblaciones vulnerables a las radiaciones, en el plazo de 3 meses. Adicionalmente, dispuso que el Concejo Municipal es el llamado a regular esa cuestión.

Sentencia T-1077-12

En la Sentencia T-1077 de 2012 la Corte Constitucional conoció el caso de una menor, la cual interpuso acción de tutela contra el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, el Ministerio de Protección Social, la Secretaría de Planeación y la Alcaldía de Fresno, Colombia Telecomunicaciones S.A., la Secretaría de Salud Departamental del Tolima, al Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, Comcel S.A., y ATC Sitios de Colombia S.A.S. Los argumentos de la demandante se basaron en que tales entidades vulneraron sus derechos fundamentales a la salud, a la vida digna, a la precaución, a la integridad física, al medio ambiente sano, y a la no discriminación, dado que instalaron una antena de telefonía móvil celular a pocos metros de su vivienda, y en ese momento ella sufría de cáncer.

En aquella ocasión la demandante, solicitó al juez de tutela ordenar a las entidades accionadas coordinar la efectiva suspensión de los trabajos relacionados con la ejecución de obras a cargo de la firma ATC Sitios de Colombia S.A.S. y de cualquier otro contratista con fines similares, en el inmueble donde habitaba.

Vale decir que el mencionado tribunal encontró que efectivamente, como se ha mencionado anteriormente, no existía regulación en lo referente a la ubicación y funcionamiento de las antenas de telefonía móvil celular y adicionalmente que la función de vigilancia y control del espectro ha sido regulada por el Estado y aunque la norma existe -Ley 1341 de 2009 anteriormente referenciada-, se evidenciaba que ninguna entidad estatal actualmente se ocupa de su cumplimiento.

Asimismo, en lo concerniente al principio que nos ocupa en dicha oportunidad el Tribunal Constitucional estableció:

“Ahora bien, el principio de precaución se aplica cuando el riesgo o la magnitud del daño producido o que puede sobrevenir no son conocidos con anticipación, porque no hay manera de establecer, a mediano o largo plazo, los efectos de una acción, lo cual generalmente ocurre porque no existe conocimiento científico cierto acerca de las precisas consecuencias de alguna situación o actividad, aunque se sepa que los efectos son nocivos.

(...) Adicionalmente, la Corte estableció los siguientes requisitos para la aplicación de dicho principio: (i) Que exista peligro de daño; (ii) Que éste sea grave e irreversible; (iii) Que exista un principio de certeza científica, así no sea ésta absoluta; (iv) Que la decisión que la autoridad adopte esté encaminada a impedir la degradación del medio ambiente. (v) Que el acto en que se adopte la decisión sea motivado”.

La Corte también manifestó, después de haberse basado en lo dicho por la Agencia Internacional para la Investigación del Cáncer (IARC, por sus siglas en inglés), entidad que forma parte de la Organización Mundial de la Salud, que:

*“En este orden de ideas, a pesar de que no es posible constatar una relación directa entre las afecciones de salud de las personas y la radiación no ionizante, la clasificación de los campos electromagnéticos de radiofrecuencia como **posiblemente carcinógenos** para los humanos, permite que las autoridades, en aplicación del principio de precaución, tomen medidas frente a la radiación, con el fin de evitar que se produzcan daños en la salud derivados de los riesgos medioambientales a los que se ven sometidos los accionantes, como consecuencia de la omisión legislativa frente a este tema”.*

Sobre el caso particular de los niños, manifestó la aplicación reforzada del mentado principio: *“Ahora bien, se debe enfatizar que en el caso de los niños, niñas y adolescentes, el **principio de precaución es reforzado**, en razón al interés superior del menor, conforme al cual todas las medidas que le conciernan a los niños, niñas y adolescentes, deben dar prevalencia a sus derechos fundamentales sobre otras consideraciones y derechos”*.

Con respecto al caso específico sometido a su conocimiento, este Tribunal afirmó que en este sentido, la omisión de regulación por parte del Estado, genera un peligro de daño grave e irreversible, el cual se constata con el principio de certeza científica poniendo en peligro su derecho fundamental a la salud. De manera que, se comprueba: (i) que existe peligro de daño; (ii) que éste es grave e irreversible; (iii) que existe un principio de certeza científica, de que la radiación es un posible cancerígeno; (iv) que existe la necesidad de tomar una decisión encaminada a impedir la degradación del medio ambiente de la menor, y en consecuencia, de proteger su salud..

Así las cosas, el máximo tribunal de la jurisdicción constitucional decidió conceder la tutela y en consecuencia, ordenar a Telefónica Telecom S.A. E.S.P. desmontar la estación base localizada cerca de la vivienda de la niña. Asimismo, ordenó al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones que, en aplicación del principio de precaución, regulara la distancia prudente entre las torres de telefonía móvil y las viviendas, instituciones educativas, hospitales y hogares geriátricos. Por último, ordenó a la Agencia Nacional del Espectro que, en ejercicio de su función de vigilancia y control, verificara que la radiación emitida por las antenas de telefonía móvil celular se encuentren dentro de los límites permitidos, establecidos en la Resolución 1645 de 2005.

Conclusiones

Bajo el anterior panorama, es posible concluir que a partir de la legislación y las decisiones de emanadas de la Corte Constitucional, la forma como se ha dado la aceptación y la aplicación del principio de precaución no ha sido la misma a través del tiempo. No obstante, es claro que el principio de precaución no es un mero concepto político en el ordenamiento jurídico colombiano, sino, que por el contrario, ha terminado por cristalizarse en una verdadera norma jurídica vinculante presente en distintos tratados e instrumentos suscritos y ratificados en Colombia, como el Convenio sobre la Diversidad Biológica y el Protocolo de Cartagena sobre bioseguridad, entre otros, que tiene asidero en la “Constitución Ecológica” de Colombia, al igual que está recogido en la Ley 99 de 1993 en el artículo 1 numeral 6 y en el artículo 85 numeral 2 parágrafo 3 y, que además ha sido aplicado por los altos tribunales colombianos.

Si bien se le da a esta figura la nominación de principio, por su estructura parece que tiende más a ser una regla, en la medida que tiene un supuesto de hecho claro y una consecuencia jurídica igualmente precisa, lo cual podemos ver sintetizado en la fórmula de Raffensperger, a la que se hizo mención anteriormente. Esto es lo que se evidencia del análisis de los casos de contaminación electromagnética en la Corte Constitucional que ha basado sus decisiones en esta figura al encontrar que se daban todos los supuestos de hecho para su aplicación. Se resalta que tanto en la sentencia T-104 como en la T-1077 de 2012 se señala que en presencia de un peligro de daño grave e irreversible y a la falta de certeza científica sobre los efectos de la contaminación electromagnética se debe aplicar el denominado por la Declaración de Río como principio o criterio de precaución.

Aunque se aseveró que este postulado reviste las características de las denominadas normas “crepusculares” en virtud de sus términos vagos, la Corte Constitucional se ha encargado de darle contenido haciendo de esta forma más claro su alcance. En cuanto al elemento de “peligro de daño grave o irreversible” el Tribunal puso de presente que esto se da *“cuando el riesgo o la magnitud del daño producido o que puede sobrevenir no son conocidos con anticipación, porque no hay manera de establecer, a mediano o largo plazo, los efectos de una acción”*. También esclareció que, en todo caso, debe haber un principio de certeza científica para aplicar la norma en cuestión. Asimismo, se definieron unos parámetros claros para su aplicación por parte de la autoridad ambiental respectiva.

El principio de precaución debe ser aplicado en cada caso concreto ante un riesgo que puede ocasionar un daño en la salud o en el ambiente que se pretenda y se requiera evitar. La importancia en la utilización de dicho principio, radica en el hecho de mantener una postura razonablemente preventiva frente a los posibles efectos adversos que determinadas actividades puedan generar, sin que ello pueda constituirse necesariamente en un obstáculo en el comercio y al desarrollo.

Vale la pena finalizar con otra reflexión, a saber: el hecho que el principio de precaución se manifieste como regla en muchos ámbitos, - como por ejemplo cuando se invoca vía acción de tutela, o cuando se aplica mediante el artículo 82.2.c de Ley General del ambiente- no obsta para que el mismo no deje de ser un principio que irradia el ordenamiento jurídico colombiano, en especial “el proceso de desarrollo económico y social del país” atendiendo a lo dicho en la Ley General del Ambiente en el artículo 1.1.

A partir de esto es que tiene sentido que la Corte Constitucional, basada en el postulado en cuestión, ordene a la Agencia Nacional del Espectro, para que verifique que la radiación emitida por las antenas de telefonía móvil celular se encuentren dentro de los límites permitidos, establecidos en la Resolución 1645 de 2005 y al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones que regule de manera clara la distancia prudente entre las torres de telefonía móvil y las viviendas, instituciones educativas, hospitales y hogares geriátricos. Asimismo, toda la cuestión relativa al análisis que debe hacer, siguiendo los lineamientos impuesto por este Tribunal, el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y a la Comisión de Regulación de Comunicaciones acerca de las distintas recomendaciones acerca de la contaminación electromagnética y la necesidad de contar con una regulación clara al respecto.

Bibliografía

BEYERLIN. U. “Different Types of norms in International Environmental Law, Policies Principles and Rules”, En: Oxford Handbook of International Environmental Law. Daniel Bodansky, Jutta Brunnée, and Ellen Hey, editores.. Oxford University Press, 2007.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 19 de diciembre de 2005. Consejero Ponente: Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta. Radicación No. 25000-23-24-000-2004-00944-01.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 19 de noviembre de 2009. Consejero Ponente: Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta. Radicación No. 68001-23-15-000-1999-02524-01.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 10 de marzo de 2005. Consejero Ponente: Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta.

Radicación No. 73001-23-31-000-2002-01409-01(AP).

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Auto admisorio de demanda del 25 de febrero de 2011. C.P. MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 24 de octubre de 2002. C.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-293 de 2002, Magistrado Ponente: Alfredo Beltrán Sierra.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-360 de 2010, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-703 de 2010, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-104-12, Magistrado Ponente: Nilson Pinilla Pinilla.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-1077 de 2012., Magistrado Ponente; Jose Ignacio Pretelt Chaljub.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-299-08, Magistrado Ponente: Jaime Cordoba Triviño.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-339 de 2002. M.P. Jaime Araujo Rentería.

CORTE CONSTITUCIONAL. SENTENCIA C-836-01. M.P: Rodrigo Escobar Gil.

MESA CUADROS, Gregorio. "Derechos Ambientales en perspectiva de Integridad, Concepto y Fundamentación de Nuevas Demandas y Resistencias actuales hacia el Estado Ambiental de Derecho" –Tesis Doctoral- Universidad Nacional de Colombia. Bogotá. 2007. P.503.

MINISTERIO DE AMBIENTE Y DESARROLLO SOSTENIBLE, respuesta derecho de petición en el cual se consulta legislación sobre contaminación electromagnética Radicado 4120 E1 34725, 2013.

ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, División de Recursos Naturales e Infraestructura. "El principio precautorio en el derecho y la Política internacional". Preparado por Carmen Artigas, Oficial Jurídico. Santiago de Chile. 2001.

OVALLE BRACHA. M.L. CASTRO DE PEREZ, Z.N. "Introducción al principio de precaución". En: Temas de Derecho ambiental: una mirada desde lo público. Gloria Amparo Rodríguez e Iván Andrés Páez Páez, editores académicos. Colección Textos de Jurisprudencia. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2012.

QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando, RESTREPO YEPES, Olga Cecilia.

RODRIGUEZ, Gloria Amparo, GOMEZ REY, Andrés, MONROY ROSAS, Juan Carlos. Las licencias ambientales en Colombia. Grupo Editorial Ibañez, 2013.

SANTANA PLATA, Paola Andrea. Las controversias en el derecho internacional ambiental y los retos en la aplicación del principio de precaución en el ámbito local. Revista de Derecho Público No. 30, Universidad de los Andes, Bogotá, 2013.

ZAPATA LUGO, José Vicente. "Desarrollo Sostenible, Marco para la Ley Internacional Sobre el Medio Ambiente". Ediciones Librería del Profesional. Bogotá, 1997.

Referencias Internet

PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN EN EL DERECHO COLOMBIANO. Bogotá, 2004

RAFFENSPERGER, Carolyn (1999), "The Precautionary Principle" (prepared for the NGO Biotechnology Briefing for White House Officials). 30 de junio. [<http://www.biotech-info.net/raffensperger>].