ACCION DE TUTELA CONTRA PARTICULARES QUE PRESTAN SERVICIO PUBLICO-Procedencia

TELECOMUNICACIONES-Servicio público a cargo del Estado

TELEFONIA MOVIL CELULAR-Servicio público de telecomunicación a cargo de la Nación

ACTIVIDAD EJERCIDA POR EMPRESAS DE TELEFONIA MOVIL CELULAR-Marco normativo

ESTACIONES BASE EN TECOMUNICACIONES Y ANTENAS DE TELEFONIA MOVIL CELULAR-No existe requisito para instalación

ESTACIONES BASE EN TECOMUNICACIONES Y ANTENAS DE TELEFONIA MOVIL CELULAR-Requerimiento de licencia o permiso en caso que deba acreditar requisito para instalación

AGENCIA NACIONAL DEL ESPECTRO-Función de inspección, vigilancia y medición de emisiones producidas por antenas de telefonía móvil celular

REGULACION DE LA EMISION DE ONDAS ELECTROMAGNETICAS DE EQUIPOS DE TELEFONIA MOVIL CELULAR-Características propias del estado de cosas existente

PRINCIPIO DE PRECAUCION-Naturaleza

PRINCIPIO DE PRECAUCION-Marco constitucional

PRINCIPIO DE PRECAUCION-Ambito internacional

PRINCIPIO DE PRECAUCION-Legislación nacional

PRINCIPIO DE PRECAUCION-Alcance

PRINCIPIO DE PRECAUCION Y PRINCIPIO DE PREVENCION-Diferencia

PRINCIPIO DE PRECAUCION-Aplicación no solo tiene como finalidad la protección del medio ambiente sino también evitar un daño a la salud

PRINCIPIO DE PRECAUCION EN MATERIA DE RADIACION PRODUCIDA POR EQUIPOS DE TELEFONIA MOVIL CELULAR-Aplicación para evitar peligro en la salud

ACCION DE TUTELA PARA PROTEGER DERECHOS COLECTIVOS-Principios

EXPOSICION DE PERSONAS A ONDAS ELECTROMAGNETICAS-Posiciones para analizar el riesgo que representa

DERECHO A LA SALUD Y EMISION DE ONDAS ELECTROMAGNETICAS-Procedencia de la acción de tutela transitoria para evitar un perjuicio irremediable

DERECHOS COLECTIVOS AL MEDIO AMBIENTE SANO Y SALUD PUBLICA-Aplicación del principio de precaución

DERECHO A LA SALUD Y EMISION DE ONDAS ELECTROMAGNETICAS-Aplicación del principio de precaución

EXPOSICION DE ONDAS ELECTROMAGNETICAS EMITIDAS POR ANTENAS DE TELEFONIA MOVIL CELULAR-Fuente de riesgo para la salud

PROTECCION CONTRA RADIACIONES NO IONIZANTES-Recomendaciones y restricciones para limitar exposición a campos electromagnéticos y evitar efectos negativos a la salud

DERECHO COMPARADO Y PRINCIPIO DE PRECAUCION-Emisión de ondas electromagnéticas

DERECHO A LA SALUD DE LOS NIÑOS-Fundamental

INTERES SUPERIOR DEL MENOR Y DERECHO A LA SALUD DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES-Derecho a la vida de los niños con cáncer en Colombia según Ley 1388/10

NIÑO, NIÑA O ADOLESCENTE ENFERMO DE CANCER-Sujeto de especial protección

INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Relevancia constitucional

INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Criterios jurídicos para determinarlo

INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Garantía del desarrollo integral

INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Garantía de las condiciones para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales

INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Protección frente a riesgos prohibidos

LEGITIMACION POR ACTIVA EN TUTELA-Facultad de los niños para ejercer la acción

LEGITIMACION POR PASIVA EN TUTELA-Aptitud legal de entidad contra quien se dirige la acción

PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD-Consagración

ACCION POPULAR-Procedencia de la acción de tutela para conseguir la reparación subjetiva o plural de eventuales daños por acción u omisión de autoridad pública o particular

DERECHO A LA SALUD DE MENOR DE EDAD CON CANCER Y PRINCIPIO DE CERTEZA CIENTIFICA-Omisión de regulación normativa genera peligro de daño grave e irreversible por instalación de antena de telefonía móvil celular cerca a la vivienda

ACCION DE TUTELA DE MENOR DE EDAD CON CANCER CONTRA MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE-Orden a Telecom de desmontar base de antena de telefonía móvil celular

PRINCIPIO DE PRECAUCION-Regular distancia prudente entre torres de telefonía móvil celular y viviendas, instituciones educativas, hospitales y hogares geriátricos

ACCION DE TUTELA DE MENOR DE EDAD CON CANCER CONTRA MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE-Orden a la Agencia Nacional del Espectro verificar radiación emitida por antenas de telefonía móvil celular

Referencia: expediente T-3.286.371

Acción de Tutela instaurada por Luisa María Vélez Aristizábal contra la Nación – Ministerio del Medio Ambiente y otros.

Derechos Fundamentales invocados: salud, vida digna, integridad física, medio ambiente sano, y no discriminación.

Magistrado Ponente:

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Bogotá D.C., doce (12) de diciembre de dos mil doce (2012)

La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados Jorge Ignacio Pretelt Chaljub -quien la preside-, Alexei Egor Julio Estrada y Luis Ernesto Vargas Silva, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, y específicamente de las previstas en los artículos 86 y 241, numeral 9°, de la Constitución Política, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el trámite de revisión del fallo adoptado por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, el 21 de octubre de 2011, que confirmó la decisión proferida por la Sala Civil – Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, en el proceso de tutela promovido por la menor Luisa María Vélez Aristizábal contra el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, el Ministerio de Ambiente y Protección Social, la Gobernación del Tolima, la Secretaría de Salud del Tolima, la Alcaldía de Fresno, la Secretaría de Salud de Fresno, Telefónica Telecom S.A. y ATC Sitios de Colombia S.A. La actuación fue coadyuvada por la

Procuraduría Segunda Judicial Ambiental y Agraria para el Tolima.

Conforme a lo consagrado en los artículos 86 de la Constitución Política y 33 del Decreto 2591 de 1991, la Sala de Selección Número Doce de la Corte Constitucional eligió, para efectos de su revisión, el asunto de la referencia.

De acuerdo con el artículo 34 del Decreto 2591 de 1991, esta Sala de Revisión procede a dictar la sentencia correspondiente.

ANTECEDENTES

SOLICITUD

La menor Luisa María Vélez Aristizábal solicita el amparo de sus derechos fundamentales a la salud, a la vida digna, a la integridad física, al medio ambiente sano, y a la no discriminación. En consecuencia, pide 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 ubicado en la calle 5ª con carrera 6ª - Esquina, en Fresno, Tolima.

Además pide ordenar a las accionadas revisar y ajustar los permisos concedidos a otros operadores o contratistas, o sociedades que manejen las estaciones, torres y antenas circundantes en la pequeña extensión territorial de la zona urbana de Fresno, Tolima y tener en cuenta la nueva Ley de Ordenamiento Territorial, con el fin de que las mismas sean ubicadas en lugares más distantes o en su defecto sean desmontadas.

De otra parte, pide que se ordene a las accionadas iniciar un programa nacional para proteger la salud de los colombianos frente al hecho irrefutable de que los teléfonos celulares y sus equipos de transmisión de señales electromagnéticas son cancerígenos, según un informe de la Organización Mundial de la Salud.

HECHOS

La accionante tiene 15 años de edad y vive en Fresno, Tolima.

A los 12 años le fue diagnosticado un tipo de cáncer denominado histiocitosis de células langerhans. Desde entonces ha sido sometida a intervenciones quirúrgicas y quimioterapias.

Afirma que se trata de una enfermedad incurable y para tratarla debe seguir las indicaciones de su oncóloga, entre ellas se encuentra la de evitar al máximo cualquier exposición a radiofrecuencias, señales que son equivalentes a las electromagnéticas y por tanto dañinas.

Indica la menor que a 41 metros de su casa existe un predio de propiedad de Telefónica Telecom S.A. E.S.P., el cual fue entregado en comodato a ATC Sitios de Colombia S.A.S., empresa que entró a trabajar en la estructura física del inmueble, de manera clandestina, oculta y simulada, aproximadamente el 12 o 13 de agosto de 2011, sin contar con el permiso de la Secretaría de Planeación Municipal – Alcaldía de Fresno, instalando instrumentos que emiten señales electromagnéticas.

Relata que el 19 de junio de 2008, Comcel S.A. presentó escrito ante la Secretaría de Planeación Municipal de Fresno con el fin de obtener un certificado de uso del suelo para la construcción de una estación base de telecomunicaciones inalámbricas.

El 12 de septiembre de 2008, ante la solicitud presentada por Comcel S.A., los vecinos allegaron escrito señalando que el predio en el que se pretendía construir la antena, se encuentra ubicado en una zona residencial o mixta y por tanto no permite la construcción de esa clase de edificaciones. Además, señaló que la antena rebasaría la altura máxima permitida para las construcciones en dicha zona.

En consecuencia, la Secretaría de Planeación y Obras de Fresno profirió la Resolución No. 066 de 2008, mediante la cual se negó la licencia de construcción solicitada. Sustentó su decisión en que, aunque el Plan Básico de Ordenamiento Territorial del Municipio de Fresno no presenta una regulación específica para este tipo de construcciones, sí restringe la altura máxima permitida para las edificaciones, siendo ésta de 12 metros. En este orden de ideas, como Comcel S.A. pretende edificar una torre de 35 metros de altura, la entidad negó la aprobación de la licencia de construcción.

A través de escrito de junio 05 de 2009, Comcel S.A. solicitó nuevamente licencia de construcción ante la Secretaría de Planeación Municipal de Fresno.

En escrito del 11 de agosto de 2009, la Secretaría de Planeación e Infraestructura Municipal de Fresno decidió abstenerse de emitir un concepto sobre la solicitud presentada por Comcel S.A., considerando que el Plan Básico de Ordenamiento Territorial del municipio no contiene una reglamentación específica para la instalación de este tipo de estaciones base. Además, señaló que se recibieron manifestaciones de inconformidad de varios propietarios y habitantes de este sector frente a la construcción de una antena de este tipo.

COADYUVANCIA DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

La Procuraduría Segunda Judicial Ambiental y Agraria para el Tolima, señala que los habitantes de la zona urbana del municipio de Fresno y en especial la menor de edad, accionante en este proceso, se encuentran en una situación de riesgo inminente ante la exposición a las ondas electromagnéticas de radiofrecuencia producidas por la antena de telefonía móvil que está siendo instalada en el inmueble ubicado en la calle 5ª con carrera 6ª - Esquina, en Fresno, Tolima.

Asevera que, aunque no hay estudios que arrojen resultados precisos sobre la incidencia de los celulares y la exposición a las ondas de radiofrecuencia que emiten las antenas de telefonía móvil en la salud de las personas, que lleve a producir cáncer, esta situación no es óbice para que las autoridades estatales y las propias empresas de telefonía móvil en todo el mundo, tomen medidas de carácter preventivo para regular estrictamente los límites permisibles de las mencionadas emisiones, así como la cantidad de antenas y dispositivos similares que pueden ser instalados en los centros poblacionales y la distancia de las mismas con las zonas residenciales, todo esto con la finalidad de evitar cualquier perjuicio a la salud de las personas.

En este sentido, sostiene que en este caso adquiere gran relevancia el principio de precaución, pues resulta irrefutable el daño que hasta el momento la empresa ATC SITIOS DE COLOMBIA S.A.S. está causando a la demandante y en general, a la comunidad del Municipio de Fresno, con la instalación de una antena, sin autorización de las autoridades locales, y mucho menos, sin atender a las disposiciones legales de la materia.

Con base en los argumentos reseñados, la Procuraduría Segunda Judicial Ambiental y Agraria para el Tolima solicita:

Declarar responsables a los entes accionados, de la vulneración a los derechos fundamentales

invocados por la demandante.

En consecuencia, ordenar a las entidades accionadas adelantar todas las medidas y acciones conducentes a suspender inmediatamente las obras realizadas en el inmueble descrito.

Ordenar al Municipio de Fresno ejecutar las medidas y acciones de carácter administrativo, necesarias para regular, de acuerdo a la Ley de Ordenamiento Territorial, la expedición de permisos y autorizaciones que se deben otorgar a las empresas operadoras y contratistas encargadas del mantenimiento e instalación de las estaciones, torres y antenas de telefonía móvil que funcionen en la zona urbana de esa localidad, con el fin de que las mismas sean ubicadas en lugares más distantes, según los límites señalados en la normatividad que regula la materia.

Ordenar a las entidades accionadas iniciar un programa a nivel nacional para proteger la salud de los colombianos frente al hecho irrefutable de que los teléfonos celulares y la exposición a equipos de transmisión de señales electromagnéticas son cancerígenos, conforme al informe de la Organización Mundial de la Salud, que la accionante dio a conocer en la demanda.

TRASLADO Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Recibida la solicitud de tutela, la Sala Civil – Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, la admitió y ordenó vincular en calidad de autoridades accionadas al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, al Ministerio de Protección Social, la Secretaría de Planeación Municipal de Fresno, a 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.[1], y ATC Sitios de Colombia S.A.S.

Contestación del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones

La Oficina Asesora Jurídica del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones afirmó que, conforme al artículo 311 de la Constitución Política, el Decreto 195 de 2005, [p]or el cual se adoptan los procedimientos para la instalación de estaciones radioeléctricas y se dictan otras disposiciones, señala que le corresponde a los municipios ordenar el desarrollo de su territorio y propender por el mejoramiento social de sus habitantes. Por ende, la potestad de autorizar la instalación de antenas para la prestación del servicio de telefonía móvil celular radica en cabeza de los entes territoriales, municipales y distritales y, en consecuencia, no es competencia de este ministerio el asunto que se debate en la tutela de la referencia.

Contestación del Ministerio de la Protección Social

El Ministerio de Protección Social alegó que se da la falta de legitimación en la causa por pasiva, pues en el marco de las leyes 10 de 1990, 100 de 1993, 489 de 1998, 715 de 2001, 789, y 790 de 2002, en concordancia con el Decreto 205 de 2003; las competencias de este ministerio no incluyen la instalación de infraestructura en telecomunicaciones.

Contestación de Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP

La Representante Legal para Asuntos Judiciales de Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP, afirmó que la empresa no presta el servicio de telefonía móvil celular en la ciudad de Fresno y que, por esta razón, se da la falta de legitimación por pasiva.

Por otra parte, aseveró que la política que se adopte frente al funcionamiento de las antenas de

telefonía móvil celular, proviene del Estado y no de los operadores de este servicio, a quienes corresponde adoptar estas políticas y no diseñarlas.

Contestación de la Secretaría de Salud Departamental de la Gobernación del Tolima

El Secretario de Salud de la Gobernación del Tolima estableció que, conforme al artículo 16 del Decreto 195 de 2005, la verificación de los requisitos para la instalación de estaciones radioeléctricas en telecomunicaciones, no corresponde a la Secretaría de Salud. Por tal razón, solicitó que no se impute responsabilidad alguna a la entidad.

Contestación del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial

La entidad dio respuesta a la acción de tutela señalando que se configura la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, por cuanto (…) esta entidad **NO** es competente para conocer de la pretensiones formuladas por la accionante, así como tampoco ha vulnerado ni amenazado vulnerar derecho fundamental alguno, lo anterior por cuanto este Ministerio **NO coordina y asigna la ayuda humanitaria de emergencia, así como tampoco coordina, asigna y/o rechaza las solicitudes presentadas en lo referente a los subsidios familiares de vivienda de interés social urbana**, solo es el ente rector de las política [sic] en materia habitacional, pero **NO** las ejecuta ni ejerce funciones de **inspección, vigilancia y control**. (Negrillas en el texto original)

Contestación de la Alcaldía Municipal de Fresno, Tolima

La Alcaldía de Fresno informó que el día 16 de agosto de 2011, un funcionario de la Secretaría de Planeación e Infraestructura se desplazó al lugar en donde se ubica la construcción de propiedad de Telecom, y suspendió los trabajos de demolición que se venían realizando sobre un andén del inmueble sobre el cual versan los hechos de la tutela. Al día siguiente, el 17 de agosto, la Secretaría de Planeación e Infraestructura envió una comisión con el fin de verificar la suspensión de los trabajos y constatar si se estaban realizando labores de obra en la infraestructura del edificio, encontrando que se estaba efectuando la instalación de cableado y equipos dentro del edificio y la instalación de soportes en la torre de telecomunicaciones que allí existe.

El mismo día se recibió una comunicación por parte de la empresa ATC Sitios de Colombia S.A.S., en la que manifestó ser la entidad administradora de la torre de telecomunicaciones y solicitó permiso para realizar una acometida eléctrica subterránea bajo el andén del predio mencionado.

Relató que el jueves 18 de agosto, mediante Oficio No. SPI-110-11, se ordenó a la empresa ATC Sitios de Colombia S.A.S., suspender cualquier tipo de trabajo que se estuviera realizando dentro y fuera del edificio.

Explicó que el sábado 20 de agosto, mediante Oficio No. SPI-111-11, la Secretaría de Planeación de Fresno solicitó a la empresa ATC Sitios de Colombia S.A.S, presentar los permisos y manifestar qué trabajos se estaban realizando en la torre de telecomunicaciones. Además, ordenó resanar el andén que se había afectado y ratificó que no se podía realizar la instalación eléctrica, hasta tanto la Secretaría no se pronunciara al respecto.

Sostuvo que el 24 de agosto, la empresa ATC Sitios de Colombia S.A.S., manifestó que los trabajos que se vienen desarrollando sobre la torre tienen como finalidad la instalación de

antenas de telefonía móvil de la empresa Comcel S.A., para lo que aportaron el contrato de concesión No. 007 de 2003, del Ministerio de Comunicaciones y la empresa Colombia Móvil S.A.

Finalmente, el 25 de agosto, mediante Oficio SPI-112-11, la Secretaría solicitó a ATC Sitios de Colombia SAS, aportar el respectivo permiso de la aeronáutica civil y de los requisitos de que trata el artículo 16 del Decreto 195 de 2005.

Contestación de Comcel S.A.

La representante legal de Comcel S.A señaló que la infraestructura ubicada en el predio mencionado en el escrito de tutela, no emite ningún tipo de radiación. Aseveró que el predio pertenece a Telecom, está siendo administrado por ATC S.A.S., y Comcel S.A. planea instalar una estación base en el marco de un contrato de arrendamiento.

Expuso que, conforme al artículo 4º del Decreto 195 de 2005, el límite máximo de exposición permitido para el público en general es el rango de frecuencias de 400 a 2000 MHz se determina por la fórmula de frecuencia (f) sobre 200.

Asimismo, sostuvo que la antena de telefonía móvil celular que será ubicada en el municipio de Fresno, operará entre las frecuencias 850 MHz y 1900 MHz. La antena emitiría una frecuencia de 0.64 W/m2 para la frecuencia de 850 y de 1.28 W/m2 en la banda de frecuencia de 1900 MHz.

Explicó que, al aplicar la fórmula mencionada, el límite máximo permitido de exposición a la población es: de 4.5 W/m2 para la frecuencia 850 MHz, y de 9.5 W/m2 para la frecuencia 1900 MHz.

También consideró que en el expediente no obra ningún documento que pruebe que la menor haya visto su salud afectada con la presencia de la antena. En este sentido, sostuvo que no se prueba la ocurrencia de un perjuicio irremediable y por tanto el presente asunto debe ser discutido a través de la acción popular y no a través de la acción de tutela, lo que la torna improcedente.

Contestación de ATC Sitios de Colombia S.A.S.

El representante legal de la sociedad demandada sostuvo que ésta (…) no está legitimada en la causa para ser la destinataria de la presente acción de tutela, en razón a que no presta servicios de telecomunicaciones, no es propietaria, ni arrendataria de las antenas de transmisión que supuestamente están afectando a la accionante.

La anterior afirmación la basó en que ATC Sitios de Colombia S.A.S. celebró un contrato de comodato con la propietaria del inmueble y de la antena, que es Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP. Señaló que su objeto social consiste simplemente en la administración de la infraestructura sobre la cual distintos operadores pueden ofrecer su servicio de telecomunicaciones.

Además explicó que, conforme al artículo 3 de la Resolución 1645 de 2005, la telefonía móvil celular se considera una fuente inherente conforme y como tal, los campos electromagnéticos emitidos por la infraestructura requerida para el desarrollo de esta actividad, cumplen con los límites de exposición pertinentes, y por tanto no están obligados a realizar las mediciones de que trata el Decreto 195 de 2005, ni a presentar la Declaración de Conformidad de Emisión

Electromagnética.

Por otro lado, aseveró que la tutela resulta improcedente, por cuanto el derecho al medio ambiente es un derecho colectivo y el mecanismo que consagra el ordenamiento para su protección, es la acción popular y no la acción de tutela.

DECISIONES JUDICIALES

Decisión de primera instancia

La Sala Civil – Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué negó el amparo, por considerar que en este caso la menor no logró probar la vulneración o amenaza de sus derechos fundamentales. En este orden de ideas, razonó que la falta de unanimidad entre la comunidad científica al definir el impacto que tienen sobre la salud humana las ondas emitidas por las antenas de telefonía, genera la improcedencia del acción. Por consiguiente, concluyó que no existe un hecho cierto, indiscutible y probado que conlleve a predicar una vulneración o puesta en peligro de los derechos que la demandante pregona conculcados.

Impugnación

Impugnación presentada por la Procuraduría

El Procurador II Judicial Ambiental y Agrario para el Tolima, coadyuvante en el proceso, apeló la decisión y señaló que la sociedad ATC Sitios de Colombia S.A.S ha iniciado la construcción de una antena de telefonía móvil, sin la observancia de los parámetros establecidos por el Decreto 195 de 2005. De manera que, la actuación de la sociedad, constituye una amenaza latente para la salud, vida e integridad de la menor, quien se encuentra en riesgo de sufrir un perjuicio por la exposición continua a las ondas de radiofrecuencia emitidas por la antena, que se encuentra ubicada a escasos metros de su vivienda.

En este sentido, consideró que, conforme al principio de precaución ambiental, debieron ser amparados los derechos fundamentales de la accionante, en razón a que la falta de certeza científica respecto de los efectos nocivos de las antenas de telefonía móvil sobre la salud humana, (…) de ningún modo puede ser óbice para tutelar las garantías constitucionales conculcadas en el presente asunto, protección que se hace más imperiosa ante el particular estado de salud de la menor de edad.

Impugnación presentada por la accionante

La menor impugnó la anterior decisión por considerar que en ésta (…) el MONOPOLIO DE LAS TELECOMUNICACIONES Y LOS INTERESES DEL ESTADO priman sobre el INTERÉS SUPERIOR de los derechos fundamentales invocados por la suscrita.[2]

Decisión de segunda instancia

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia confirmó la decisión del juez de primera instancia, por las razones que se exponen a continuación.

En primer lugar estableció que la tutela no es el mecanismo idóneo para que se conceda la pretensión consistente en ordenar a los ministerios accionados que inicien programas para proteger la salud de los colombianos de los efectos causados por las torres y antenas de telefonía móvil, por lo que se debió acudir a la acción popular.

Por otra parte, señaló que uno de los requisitos para que proceda la acción de tutela es la existencia de una actuación u omisión concreta, que pueda atribuirse a los accionados y que ciertamente quebrante las garantías de la accionante. En este sentido, consideró que no se encuentra probado que la radiación producida por las estaciones base de los celulares tengan efectos negativos en la salud de los individuos, razón por la cual no puede asegurarse que la enfermedad de la menor haya sido causada, o pueda empeorar, con ocasión de las antenas instaladas en Fresno.

Por último, argumentó que las decisiones y autorizaciones proferidas por los órganos estatales atacados son actos administrativos, que pueden ser controvertidos ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, lo que evidencia la improcedencia de la acción de tutela frente al caso estudiado.

PRUEBAS

Pruebas que obran en el expediente

Copia de la Concepto Médico, emitido por la doctora Bibiana Villa Rojas, Oncóloga Pediatra del Hospital Infantil Universitario Rafael Henao Toro, de fecha 25 de agosto de 2011 en el que se establece: En resumen pese a que no hay estudios concluyentes como le mencioné anteriormente, existe evidencia que prevée [sic] que a futuro se asocie la exposición a radiofrecuencia y cáncer y por tal razón hasta tanto no se defina una posición clara frente a ello, se recomienda evitar al máximo cualquier exposición a radiofrecuencia no solo para su hija con antecedente de Histiocitosis sino para personas sin antecedentes de enfermedad.

Pruebas decretadas por la Sala en sede de revisión

Con el fin de contar con mayores elementos de juicio, la Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, mediante autos del 26 de marzo y del 22 de junio de 2012, a través de la Secretaría General, decretó las siguientes pruebas:

Resolvió poner en conocimiento de la Agencia Nacional del Espectro, del Concejo Municipal de Fresno y de la Secretaría de Planeación del Municipio de Fresno, la solicitud de tutela y formular una serie de preguntas a dichas entidades.

También ofició al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Telecomunicaciones, al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, al Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, a la Alcaldía Municipal de Fresno, a Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP, a ATC Sitios de Colombia S.A.S, al Instituto Nacional de Cancerología, a la Representación de la Organización Panamericana de la Salud/ Oficina Regional de la Organización Mundial de la Salud en Colombia, para que dieran respuesta a unos cuestionamientos que les fueron formulados.

Además, invitó a algunas instituciones, con el fin de que rindieran un concepto técnico sobre los problemas jurídicos que plantea el proceso bajo revisión.

Por último, ordenó la práctica de una inspección judicial en el inmueble ubicado en la calle 5ª con carrera 6ª - Esquina, en Fresno, Tolima, el 13 de julio de los corrientes, e invitó a la Especialización de Derecho Ambiental de la Facultad de Jurisprudencia del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, para que acompañara el desarrollo de dicha diligencia y emitiera concepto técnico de la misma.

Integrado debidamente el contradictorio y rendidos los informes del caso, la Sala resume las comunicaciones e intervenciones allegadas por la Secretaría General, al despacho del Magistrado Sustanciador:

Agencia Nacional del Espectro

Mediante escrito recibido el 9 de abril de 2012, la entidad expuso que la ANE es una unidad administrativa especial del orden nacional, adscrita al Ministerio de las Tecnologías de la Información de las Comunicaciones, cuyo objeto es brindar soporte técnico.

Estableció que, dentro de sus funciones no se encuentra la de aprobar, o hacer estudios, o expedir normas sobre la instalación de antenas de telecomunicaciones. Además, sostuvo que no tiene competencia en relación con el cumplimiento de las normas sobre la instalación de antenas de telefonía móvil celular.

Argumentó que corresponde al Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Telecomunicaciones, al Ministerio de Protección Social, al Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial y a las autoridades distritales y municipales de Fresno, conocer del caso que se analiza.

Del mismo modo, señaló que son los Planes de Ordenamiento Territorial los que fijan las normas sobre el uso del suelo, las cuales incluyen disposiciones sobre las características de los lugares en los que se puede instalar la infraestructura requerida para la prestación de los servicios públicos.

Por último, respondió que la entidad encargada de la vigilancia y control del cumplimiento de las normas referentes al funcionamiento de las antenas de telefonía móvil celular, es el Ministerio de Comunicaciones.

Concejo Municipal de Fresno

En su respuesta, el presidente del Concejo Municipal de Fresno estableció que, revisados los archivos, no se encontró acuerdo alguno que reglamente la telefonía móvil celular en la circunscripción municipal, ni en el Acuerdo No. 017 de 2002 que contiene el Plan de Ordenamiento Territorial vigente del municipio. Por esta razón, anotó que en el presente año es pertinente realizar los ajustes necesarios que por ley exigen los planes básicos, entre ellos la reglamentación sobre los usos de los espacios electromagnéticos, los impactos ambientales generados por la radiación y toda norma concordante con la utilización de los lugares ocupados por las antenas de telefonía móvil celular y el uso adecuado de las nuevas tecnologías.

Secretaría de Planeación del Municipio de Fresno - Alcaldía Municipal de Fresno

El Alcalde Municipal de Fresno y el secretario de planeación de Fresno, explicaron que no existe normativa aplicable a la ubicación de antenas de telefonía móvil celular en el Plan Básico de Ordenamiento Territorial del Municipio de Fresno.

Por otra parte, afirmaron que la Alcaldía Municipal de Fresno nunca ha dado permiso para la operación de una antena ubicada en la calle 5 con carrera 6 – Esquina, lo que, según las entidades, se puede confirmar con la Resolución No. 066 de 2008, en la cual se resuelve no aprobar la solicitud de licencia de construcción para una estación base de telefónica celular por parte de Comcel S.A.

Asimismo, determinaron que en el municipio de Fresno no existe ningún curador urbano

prestando servicios. En este sentido, es la Oficina de Planeación Municipal la dependencia que tiene asignada la competencia para otorgar licencias.

Ministerio de Tecnologías de la Información y las Telecomunicaciones

El Director de Comunicaciones de la entidad, ofreció las siguientes respuestas a las preguntas formuladas al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

¿Cuál es la normatividad vigente para la instalación de estaciones radioeléctricas, particularmente, para la disposición de estaciones base de telefonía móvil celular?

Con el fin de valorar los aspectos relacionados con la radiación producida por emisores intencionales de radiación o antenas de telecomunicaciones, conforme al Decreto 195 del 31 de enero de 2005 '[p]or el cual se adoptan límites de exposición de las personas a campos electromagnéticos y se dictan otras disposiciones', Corresponde a las entidades Territoriales, a través de sus oficinas de planeación, considerar la autorización para la instalación de infraestructura que soporte la prestación de servicios públicos, entre ellas la instalación de antenas de telefonía móvil celular. En tal sentido y de conformidad con la normatividad nacional, los planes de ordenamiento territorial POT, y demás normas que expidan entidades como los concejos municipales, las autoridades competentes pueden negar o conceder las licencias requeridas para la ocupación del espacio público o privado.

No obstante, respetando las funciones de las autoridades de espacio público, la instalación de estaciones bases de telefonía móvil, en diferentes puntos de un territorio, obedece a la necesidad de garantizar la continua y eficiente prestación de un servicio público de telecomunicaciones de ámbito y cubrimiento nacional, de conformidad con los preceptos constitucionales y legales vigentes. El artículo 365 de la Constitución Política de Colombia establece: 'Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional'.

¿Qué límites existen para la exposición a las ondas de radiofrecuencias que las mismas emiten?

Señaló que se encuentran en el artículo 4º de la Recomendación UIT-T K.52.

¿Requiere de alguna autorización específica la instalación de antenas de telefonía móvil celular?

La instalación de antenas de telefonía móvil celular no requiere de algún tipo de autorización específica por parte del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. Esto porque la misma sólo se requiere en lo referente al uso del espectro radioeléctrico.

Afirmó entonces que (…) corresponde a las Entidades Territoriales, a través de sus oficinas de planeación, considerar la autorización para la instalación de infraestructura que soporte la prestación de servicios públicos, entre ellas la instalación de antenas de telefonía móvil celular. En tal sentido y de conformidad con la normatividad nacional, los planes de ordenamiento territorial POT, y demás normas que expidan entidades como los concejos municipales, las autoridades competentes pueden negar o conceder las licencias requeridas para la ocupación del espacio público o privado.

¿Cuál es su regulación?

La instalación de antenas de telefonía móvil celular **no requiere de autorización por parte del**

Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y tampoco cuenta con una regulación específica para la autorización de la instalación, más allá que las reguladas por las respectivas entidades territoriales.

¿Cómo funciona?

Los procedimientos para la instalación de antenas de telefonía móvil celular serán los que establezcan las respectivas entidades territoriales.

¿Cuál es la entidad competente para su autorización?

Corresponde a cada entidad territorial ordenar su territorio, y ello incluye la facultad de disponer acerca de la autorización de la instalación de una antena de Telefonía Móvil Celular en un sitio determinado del mismo, en concordancia con el artículo 311 de la Constitución Política.

¿Qué se entiende por "uso del espectro electromagnético"?

El espectro radioeléctrico es el conjunto de ondas radioeléctricas, a su vez las ondas radioeléctricas u ondas hertzianas son ondas electromagnéticas, cuya frecuencia se fija convencionalmente por debajo de 3.000 GHz, que se propagan por el espacio sin guía artificial.

El espectro radioeléctrico comprende un rango de frecuencias que van desde los 3 KHz hasta los 3.000.000 MHz, el cual se ha distribuido en el Cuadro Nacional de Atribución de Bandas de Frecuencias –CNABF-, cuadro que ordena más de cuarenta (40) servicios de radiocomunicaciones (servicios fijos y móviles terrestres, marítimos, aeronáuticos, satelitales, espaciales, radioastronomía, radiodifusión, etc.), siguiendo los acuerdos que se establecen en las Conferencias Mundiales de Radiocomunicaciones –CRM- de la UIT.

Conforme al parágrafo 1º del artículo 16 del Decreto 195 de 2005, ¿cuáles son los "procedimientos que conforme a las normas vigentes deben surtirse ante el Ministerio de Comunicaciones, cuando se refiera al uso del espectro electromagnético" para la instalación de estaciones radioeléctricas de telecomunicaciones?

A manera de conclusión, para proveer redes y servicios de telecomunicaciones se requiere haber surtido la habilitación general o poseer un título habilitante. En el mismo sentido, para el uso del espectro radioeléctrico, se requiere permiso previo, expreso y otorgado por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

Finalmente (…) **la instalación particular de cada una de las antenas y estaciones radioeléctricas dentro del territorio nacional, que puede conllevar entre otros: estudio de suelos, ubicación geográfica y/o física, ambiente eléctrico, cableado, obras civiles, etc., no requiere de autorización específica por parte del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones**, dado que obedece a las competencias de las entidades territoriales dentro de su Plan de Ordenamiento Territorial, así como, a las autoridades aeronáuticas para la seguridad aérea.

¿En qué consisten estos procedimientos?

En materia de habilitación general, los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones, deben inscribirse en el Registro TIC de conformidad con el artículo 15 de la Ley 1341 de 2009 y el Decreto 4948 de 2009.

En lo que tiene que ver con el permiso para el derecho al uso del espectro radioeléctrico, el Ministerio TIC adelanta periódicamente procesos de selección objetiva, previa convocatoria pública, para el otorgamiento del permiso en las diferentes bandas de frecuencias del espectro, de conformidad con el Decreto 4392 de 2010.

En lo referente a las autorizaciones para la instalación de estaciones radioeléctricas, incluidas las antenas, para el servicio de telefonía móvil celular, los procedimientos y condiciones, corresponden a los que determinen las entidades territoriales dentro de su Plan de Ordenamiento Territorial, así como las autoridades aeronáuticas.

Conforme a esta norma, ¿debe dar el Ministerio alguna licencia para la instalación de estaciones radioeléctricas de telecomunicaciones?

No, la instalación en particular de cada una de las antenas y estaciones radioeléctricas dentro del territorio nacional, puede conllevar entre otros: estudio de suelos, ubicación geográfica y/o física, ambiente eléctrico, cableado, obras civiles, etc., pero no requiere de autorización específica por parte del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, dado que obedece a las competencias de las entidades territoriales dentro de su Plan de Ordenamiento Territorial, así como a las entidades aeronáuticas para la seguridad aérea.

¿Qué es la “Declaración de Conformidad Emisión Radioeléctrica”?

Es una figura creada por el artículo 3 del Decreto 195 de 2005, reglamentado por la Resolución 1645 de 2005 del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Telecomunicaciones.

¿Qué función tiene este Ministerio respecto a la declaración mencionada?

La Declaración de Conformidad Emisión Radioeléctrica es una declaración juramentada para que el Ministerio de TIC o la entidad competente, en desarrollo de sus funciones de Vigilancia y Control del espectro radioeléctrico, verifique e inspeccione, según el caso, el cumplimiento de las obligaciones que en materia de límites de exposición de las personas a los campos electromagnéticos producidos por estaciones radioeléctricas en la gama de frecuencias de 9 KHz a 300 MHz, como las del servicio de radiodifusión sonora, y como prueba suficiente para que las entidades territoriales, en el procedimiento de autorización para la instalación de antenas y demás instalaciones radioeléctricas, en ejercicio de sus funciones de ordenamiento territorial, admitan como prueba suficiente para el cumplimiento de dicho requisito, la copia de la Declaración de Conformidad de Emisión Radioeléctrica con la marca oficial de recibido del Ministerio de Comunicaciones. En consonancia con el Decreto 195 de 2005 y la Resolución 1645 de 2005.

Se resalta que, con ocasión de la expedición de la Ley 1341 de 2009, el Ministerio de Tecnologías de la información y las comunicaciones conservó la función de vigilancia y control del espectro en materia de Radio Difusión sonora. **Por su parte las funciones de Vigilancia y Control en temas de espectro radioeléctrico, fueron conferidas a la Agencia Nacional del Espectro – ANE. En consonancia con el Decreto 4169 de 2011.**

Se señala que en lo que respecta a la salud pública, corresponde a los Entes Territoriales ejercer funciones de inspección, vigilancia y control conforme a lo dispuesto en la Ley 715 de 2001.

¿A qué se refiere el artículo 3 de la Resolución 1645 de 2005, cuando menciona las “fuentes inherentes conformes”?

La expresión “fuentes inherentes conformes” (…) hace referencia a las fuentes inherentemente seguras que producen campos que cumplen los límites de exposición pertinentes a pocos centímetros de la fuente, y por tanto no son necesarias precauciones particulares; de conformidad con el artículo 3º del Decreto 195 de 2005 y la recomendación UIT-T K.52 'Orientación sobre el cumplimiento de los límites de exposición de las personas a los campos electromagnéticos' de la UIT.

El artículo 3 de la Resolución 1645 calificó como “Fuentes Inherentemente Conformes” entre otros, a los emisores que emplean los servicios de Telefonía Móvil Celular y PCS. En este sentido y de conformidad con el parágrafo del artículo 2º del Decreto 195 de 2005, dichos servicios de telefonía móvil no deben presentar Declaración de Conformidad de Emisión Radioeléctrica – DCER.

Lo anterior, sin perjuicio del cumplimiento de los requisitos únicos para la instalación de estaciones radioeléctricas en telecomunicaciones que se deben acreditar ante las autoridades nacionales y/o territoriales competentes, de conformidad con lo establecido en el artículo 16 del Decreto No. 195 de 2005, teniendo presente que asuntos tales como la expedición de permisos y/o licencias para la instalación de estaciones radioeléctricas, la definición de si es o no necesaria la realización de las obras de construcción, ampliación o demolición requeridas para la implementación de las mismas, la determinación de la ubicación de dichas estaciones en determinados sitios de una ciudad o municipios, así como el cumplimiento de reglamentos y trámites de carácter aeronáuticos, no son del resorte ni competencia del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

¿Qué implicaciones tiene que algo sea considerado una “fuente conforme de radiación”?

(…) implica que se trata de un emisor que se constituye en una fuente inherentemente segura por producir campos electromagnéticos que cumplen con los límites de exposición pertinentes a pocos centímetros de la fuente, y por tanto no son necesarias precauciones particulares; de conformidad con el artículo 3º del Decreto 195 de 2005, la Recomendación UIT-T K.52 “Orientación sobre el cumplimiento de los límites de exposición de las personas a los campos electromagnéticos” de la UIT, la Recomendación 519/EC/1999 del Consejo de la Unión Europea, “Por la cual se establecen límites de exposición del público en general a campos electromagnéticos” y las “Recomendaciones para limitar la exposición a campos electromagnéticos”, resultado del estudio realizado por la “Comisión Internacional para la Protección de la Radiación No Ionizante, ICNIRP”, ente reconocido oficialmente por la Organización Mundial de la Salud, OMS.

Conforme a la mencionada resolución, ¿es considerada una antena de telefonía móvil celular, una fuente conforme de radiación?

Una antena de telefonía móvil celular es considerada una fuente conforme de radiación, de conformidad con lo expuesto y en particular teniendo en cuenta que el Ministerio de Comunicaciones, hoy Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, adelantó un estudio con el fin de comprobar el cumplimiento de los límites de exposición del público a campos electromagnéticos, desarrollar la metodología y software necesarios para realizar mediciones según la recomendación UIT-T K.52 'Orientación sobre el cumplimiento de los límites de exposición de las personas a los campos electromagnéticos'.

Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible

La asesora jurídica del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible expuso que, en principio, la instalación de antenas de telecomunicaciones no requiere de la obtención de licencias, permisos u otros tipos de autorizaciones.

ATC Sitios de Colombia S.A.S

El Director Legal de ATC Sitios de Colombia S.A.S. expuso que el vínculo jurídico existente entre Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP y ATC Sitios de Colombia SAS consiste en (i) un contrato marco para el uso y goce de las torres de telecomunicaciones, (ii) un contrato de comodato para el uso de las áreas en piso de los inmuebles donde se encuentran ubicadas las torres, y (iii) un contrato de arrendamiento de espacio en torre con el fin de regularizar los equipos instalados en la estructura de la torre.

Sostuvo que la torre de telecomunicaciones ubicada en el predio contiguo al lugar de habitación de la accionante, fue construida e instalada por la extinta Empresa Nacional de Telecomunicaciones TELECOM hace aproximadamente 38 años.

Del mismo modo expresó que "La torre actualmente se encuentra funcionando, y desde que ATC Sitios de Colombia S.A.S. realizo [sic] la inspección al predio para verificar el estado de la torre en 2010, se tiene conocimiento directo que la misma se encuentra en correcto funcionamiento; mas sin embargo, no tenemos certeza de la fecha en la cual inicio [sic] su funcionamiento, toda vez que la torre fue construida e instalada por la extinta empresa de servicio público de telecomunicaciones Empresa Nacional de Comunicaciones TELECOM.

Por otra parte, con relación a la licencia para la operación de la torre de telecomunicaciones, existe el contrato de concesión No. 007 de 2003 del Ministerio de Comunicaciones, la licencia de la Aerocivil, del 7 de abril de 2011.

En cuanto a las solicitudes presentadas por Comcel S.A. para la operación de la antena, afirmó que [s]i bien es cierto, el operador de telecomunicaciones Comcel S.A. presento [sic] una solicitud a la oficina de Planeación Municipal de Fresno-Tolima; ésta, tenía como finalidad la construcción de una estación base de telecomunicaciones inalámbricas en el predio ubicado en el Municipio de Fresno-Tolima, en la Carrera 6 No. 5-50 Barrio centro, identificado con la cedula [sic] catrastal No. 01-00-0037-0024-000; como consecuencia, la oficina de planeación Municipal expidió Resolución No. 06 de 2008 mediante la cual resolvió negar la licencia de construcción solicitada.

Al respecto aclaró que, la solicitud mencionada se realizó con el fin de constituir una estación base de telecomunicaciones inalámbricas -Torre de telecomunicaciones- y no una antena de transmisión, sobre un predio distinto al señalado en el escrito de tutela. Por lo tanto, sostuvo que no existe razón jurídica que prohíba instalar una antena de transmisión en la torre mencionada en el escrito de tutela, que es la que está siendo administrada por la compañía.

Además, allegaron:

Copia del contrato marco celebrado entre ATC Sitios de Colombia S.A.S. y Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP

Copia del contrato de comodato celebrado entre ATC Sitios de Colombia S.A.S. y Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP, en el cual se establece lo siguiente: "Telefónica Telecom otorga

desde ya la autorización a ATC a fin de que la misma pueda requerir de las autoridades pertinentes los permisos municipales, ambientales y otros que fueren necesarios para la construcción y operación de las Torres y las Áreas.”

Copia del contrato de arrendamiento de espacio en torre celebrado entre ATC Sitios de Colombia S.A.S. y Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP

Certificado de Libertad y Tradición No. 359-3811 del Circuito Registral de Fresno-Tolima

Instituto Nacional de Cancerología

El Instituto Nacional de Cancerología ESE informó que no ha realizado estudios referentes al impacto que tienen las ondas electromagnéticas producidas por las antenas de telefonía móvil celular en la salud de las personas que sufren de cáncer.

Sin embargo, la entidad presentó un informe preparado por el Área de Investigaciones del Instituto Nacional de Cancerología ESE, a través del cual señaló:

Dado que la evidencia existente no puede excluir por completo los efectos a largo plazo de la exposición a las ondas electromagnéticas emitidas por las antenas repetidoras de telefonía móvil, el principio de cautela es de útil aplicación. Este principio no es de naturaleza absoluta de todo o nada, por el contrario en una estrategia que aplica en los casos donde existe la incertidumbre. **Las medidas que dicta el principio de precaución están basadas en el grado de severidad del riesgo y el grado de certeza acerca del mismo.**

A la luz de la evidencia actual, tanto la severidad del riesgo como el grado de certeza no son conclusivos. Ante esta situación, el principio de cautela sugiere las siguientes medidas:

Limitar la exposición a los niveles más bajos alcanzables (Guías de exposición)

Limitar la exposición ambiental (Zonas de Exclusión)

Emitir comunicaciones de precaución

Aspectos relevantes de la diligencia de inspección judicial que se practicó el pasado 13 de julio en la estación base ubicada en la calle 5ª con carrera 6ª - Esquina, en Fresno - Tolima.

Mediante auto del 22 de junio de 2012 el Magistrado Sustanciador ordenó la práctica de una inspección judicial en el inmueble ubicado en la calle 5ª con carrera 6ª - Esquina, en Fresno, Tolima, para el día 13 de julio de 2012 a la 1:00 PM. Adicionalmente se invitó a participar en la práctica de la diligencia ordenada, a la Especialización de Derecho Ambiental de la Facultad de Jurisprudencia del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.

En la fecha y hora señaladas se desplazaron tres funcionarias del despacho, en compañía de los señores Carlos Parrado Delgado[3] y Gloria Amparo Rodríguez[4], profesores de la Especialización de Derecho Ambiental de la Facultad de Jurisprudencia del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, quienes acompañaron el desarrollo de la diligencia y emitieron concepto técnico de la misma.

A continuación se hace un recuento de las circunstancias fácticas acreditadas durante la inspección judicial precticada.

La estación base sólo cuenta con una antena de microondas que no se encuentra operativa. En

consecuencia, las mediciones realizadas en el punto de ubicación de la antena base, con los distintos equipos utilizados[5], no presentaron rangos de lectura que indicaran la existencia de contaminación electromagnética.

Del mismo modo, se hicieron mediciones en el área de influencia de la antena base, específicamente en la habitación de la menor. En esta área las mediciones no arrojaron valores que indicaran niveles de contaminación electromagnética, en razón a que actualmente no existe ninguna antena funcionando en la estación base.

Sin embargo, se constató que la distancia entre la antena base y la habitación es de 26 metros, de modo que, en caso de existir una antena de telefonía móvil celular ubicada en la estación base, la menor estaría expuesta a radiación a una distancia de 26 metros de la fuente.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

COMPETENCIA

Con base en las facultades conferidas por los artículos 86 y 241, numeral 9°, de la Constitución, la Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, es competente para revisar el fallo de tutela adoptado en el proceso de la referencia.

PROBLEMA JURÍDICO

En atención a lo expuesto, corresponde a la Corte Constitucional determinar si las entidades demandadas vulneran el derecho fundamental a la salud de la menor de edad Luisa María Vélez Aristizábal, quien padece de cáncer, al instalar una antena de telefonía móvil celular a escasos metros de su vivienda.

Con el fin de dar solución al problema jurídico planteado, la Sala entrará a estudiar los siguientes temas: primero, analizará la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la procedencia de la acción de tutela contra particulares que prestan servicios públicos; segundo, establecerá el marco normativo que regula la ubicación y el funcionamiento de antenas de telefonía móvil celular; tercero, determinará las implicaciones que tiene la falta de regulación de la exposición a radiación, desde el punto de vista de las garantías fundamentales; cuarto, referirá a la jurisprudencia de esta Corporación sobre el interés superior del menor y el derecho a la salud de los niños. Posteriormente, se aplicarán los criterios señalados al caso concreto.

PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PARTICULARES QUE PRESTAN UN SERVICIO PÚBLICO

Dado que en este caso fueron demandadas empresas particulares, encargadas de prestar el servicio de telefonía móvil celular, es preciso establecer la legitimación pasiva para interponer la acción de tutela en su contra.

El inciso final del artículo 86 de la Constitución Política consagra que la acción de tutela es procedente contra particulares que presten un servicio público, que afecten de manera grave y directa un interés colectivo o aquellos frente a los cuales el demandante se encuentra en estado de subordinación o de indefensión. La misma disposición confía al legislador el desarrollo de dichos supuestos, encargo que es cumplido por el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, el cual desarrolla las causales de procedencia de la acción de tutela contra las actuaciones u omisiones de los particulares.

El numeral primero de la norma mencionada dispone que la acción de tutela procede “[c]uando aquél contra quien se hubiere hecho la solicitud esté encargado de la prestación del servicio público de educación”. En sentencia C-134 de 1994[6], la Corte Constitucional aclaró que dicho numeral debía entenderse de manera que la tutela procede siempre contra el particular que esté prestando cualquier servicio público, y por la violación de cualquier derecho constitucional fundamental (Subrayado fuera de texto).

Con fundamento en estos preceptos, la Corte Constitucional ha precisado que [s]on tres las hipótesis previstas por el Constituyente respecto de la procedencia de la acción de tutela en el caso de acciones u omisiones de particulares, a saber: a) Cuando el particular presta un servicio público; b) Cuando la conducta del particular afecta grave y directamente el interés colectivo; y c) Cuando el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión frente al particular.[7] (Subrayado fuera de texto).

La jurisprudencia constitucional ha justificado la procedencia de la tutela contra particulares que prestan servicios públicos, en la posición de supremacía que éste asume, la cual rompe el plano de igualdad propio de las relaciones entre particulares[8].

Igualmente, en un estudio de constitucionalidad reciente, en el que se demandó el concepto de “domiciliarios” de los servicios públicos contenido en la tercera causal del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, la Corte advirtió que la acción de tutela procede frente a particulares encargados de la prestación de **cualquier** servicio público[9]. Dicha decisión señaló:

En suma, la noción de servicios públicos, tema verdaderamente complejo en el Derecho público, no corresponde sólo a una definición de orden formal o desde una perspectiva organicista, sino que en ella subyacen también aspectos materiales relacionados con el cumplimiento de los fines del Estado y el bienestar general de los asociados, ya sea de manera directa por las autoridades estatales o bien con el concurso de la empresa privada.

(…)

En efecto, el operador que brinda un servicio público, cualquiera que sea, dispone de una sólida infraestructura técnica, económica y humana que le sitúa en una instancia de poder y evidente asimetría frente al usuario, quien para tales efectos se halla en condiciones objetivas de indefensión. De esta manera, la acción de tutela representa el mecanismo de control a la arbitrariedad, como es lógico con independencia de que los servicios públicos prestados sean o no domiciliarios.

(…)

Sin embargo, como ha sido explicado, esta suerte de limitación implícita a la procedencia de la tutela contra particulares que brindan servicios públicos no domiciliarios resulta contraria a los artículos 4 y 86 de la Carta Política, pues se trata de una regla de exclusión que desdibuja la supremacía de la Constitución, su carácter expansivo, y resulta incompatible con la naturaleza misma de la acción de tutela como medida de protección contra la violación de los derechos fundamentales.

En la providencia citada, la Corte reiteró los argumentos contenidos en la sentencia C-134 de 1994, y afirmó que las causales previstas en los numerales 1 y 3 del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, consagraban limitaciones al ejercicio de la acción de tutela contra particulares, puesto que, conforme al texto original, ésta sólo se podría intentar cuando se pretendía la protección de

los derechos fundamentales enunciados, configurándose una distinción arbitraria por parte del solicitante de la protección. En ese sentido, el legislador desconoció el verdadero alcance de la acción de tutela dispuesta por el mismo Constituyente[10].

Teniendo en cuenta los criterios jurisprudenciales expuestos, en el presente caso se demanda a Comcel S.A. y Telefónica, particulares que ejercen un servicio público, toda vez que se trata de empresas operadoras de telecomunicaciones que ejercen una actividad privada que afecta directamente el interés colectivo.

Ahora bien, la sociedad ATC Sitios de Colombia S.A. desarrolla la labor de administración de la infraestructura de telefonía móvil celular. En este orden de ideas, la empresa mencionada es participante del servicio de las telecomunicaciones, y por tanto se enmarca dentro de la lógica de un servicio público.

Lo anterior se confirma si se tiene en cuenta que el artículo 4 del Decreto Ley 1900 de 1990 determina que las telecomunicaciones[11] son un servicio público a cargo del Estado. Posteriormente, el artículo 1 de la Ley 37 de 1993 establece que la telefonía móvil celular es una especie de servicio de telecomunicación y, por ende, también es calificada como servicio público[12].

Adicionalmente, el servicio público de telefonía móvil celular está a cargo de la Nación, quien lo puede prestar directa o indirectamente, a través de concesiones otorgadas mediante contratos, a empresas estatales, sociedades privadas, o de naturaleza mixta en las que participen directa o indirectamente operadores de la telefonía fija o convencional en Colombia.

Marco normativo de la actividad ejercida por las empresas de telefonía móvil celular

En sentencia C-318 de 1994[13], esta Corporación analizó la constitucionalidad de la Ley 37 de 1993, [p]or la cual se regula la prestación del servicio de telefonía móvil celular, la celebración de contratos de sociedad y de asociación en el ámbito de las telecomunicaciones y se dictan otras disposiciones. En esa ocasión se aclaró que, a pesar de ser posible la concesión para la prestación del servicio de telefonía móvil, las tareas de gestión y control del espectro electromagnético permanecen confiadas al Estado, con todas las facultades que éstas aparejan, entre otras, la asignación y verificación de frecuencias, el otorgamiento de permisos para su utilización, la comprobación técnica de emisiones, el establecimiento de condiciones técnicas de equipos terminales y redes, la detección de irregularidades y perturbaciones, y la adopción de medidas tendientes a establecer su correcto y racional uso.

En efecto, el servicio público de telefonía móvil celular está regulado por el Decreto 195 de 2005, **[p]or el cual se adoptan límites de exposición de las personas a campos electromagnéticos, se adecúan procedimientos para la instalación de estaciones radioeléctricas y se dictan otras disposiciones, mediante el cual el Gobierno Nacional adoptó los límites de exposición de las personas a campos electromagnéticos indicados por la Comisión Internacional para la Protección de la Radiación No Ionizante y por la Unión Internacional de Telecomunicaciones -UIT-.**[14] **Adicionalmente, la norma delegó al Ministerio de Comunicaciones la reglamentación de las denominadas fuentes inherentemente conformes, que corresponden a aquellos dispositivos que, debido a su baja potencia de radiación, no requieren medidas de precaución particulares.**

En consecuencia, el Ministerio de Comunicaciones expidió la Resolución 1645 de 2005 en la cual se adoptaron los lineamientos de la UIT, y se estableció que son fuentes inherentes

conformes, entre otros, los emisores que emplean los sistemas de telefonía móvil celular, por cuanto los campos electromagnéticos emitidos por estos cumplen con los límites de exposición pertinentes y por tanto no son necesarias precauciones particulares[15]. Así pues, estos servicios no están obligados a realizar las mediciones de que trata el Decreto 195 de 2005, ni a presentar la Declaración de Conformidad de Emisión Electromagnética contenida en dicha disposición. Sin embargo, la norma aclara que esto no impide que el Ministerio de Comunicaciones los revise periódicamente e incluya alguno de estos servicios cuando lo crea conveniente, o los niveles se superen debido a cambios en tecnología u otros factores.

Posteriormente, el Ministerio de Comunicaciones expidió la Circular 270 de 2007, en la cual estableció que los operadores de telefonía móvil no tienen restricción alguna para instalar sus estaciones base cerca o dentro de lugares de acceso público tales como centros educativos, centros geriátricos, centros de servicio médico y zonas residenciales, y no tiene obligación de tomar mediciones de radiación por estar instalados cerca o dentro de dichos sitios, conforme la normatividad nacional y las recomendaciones internacionales.

En conclusión, de conformidad con el Decreto 195 de 2005, por regla general, no existe ningún requisito para la instalación de estaciones base en telecomunicaciones[16], ni de las antenas ubicadas en estas construcciones. De manera que, en principio, basta con que las empresas operadoras de telecomunicaciones celebren un contrato de arrendamiento con la persona jurídica que tiene a su cargo la administración de la estación base, para que procedan a instalar una antena de telefonía móvil celular.

Ahora bien, en caso de que se deba acreditar algún requisito específico ante las autoridades nacionales y/o territoriales competentes, se requerirá de las licencias o permisos que establezcan la Aeronáutica Civil; el Ministerio de Ambiente, o a las Corporaciones Autónomas Regionales, en caso de necesitar autorización de tipo ambiental; y los curadores urbanos y las Oficinas de Planeación de los municipios y distritos, para los permisos de construcción y ocupación del espacio público.

Por otra parte, en lo que tiene que ver con la función de inspección, vigilancia y medición de las emisiones producidas por las antenas de telefonía móvil celular, la Ley 1341 de 2009 creó la Agencia Nacional del Espectro, ANE, cuyo objetivo es brindar el soporte técnico para la gestión y la planeación, la vigilancia y control del espectro electromagnético, en coordinación con las diferentes autoridades que tengan funciones o actividades relacionadas con el mismo. Del mismo modo, esta entidad tiene a su cargo la función de **adelantar investigaciones a que haya lugar, por posibles infracciones al régimen del espectro** definido por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones así como imponer sanciones, con excepción de lo dispuesto en el artículo 76 de la Constitución Política. (Negrillas fuera del texto).[17]

A pesar de la existencia de la norma mencionada, en el trámite de la acción de tutela la Agencia Nacional del Espectro sostuvo que la entidad encargada de la vigilancia y control del cumplimiento de las normas referentes al funcionamiento de las antenas de telefonía móvil celular es el Ministerio de Tecnologías de la Información y no la ANE.

Sin embargo, el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones afirmó que, con ocasión de la expedición de la Ley 1341 de 2009, tal entidad conservó la función de vigilancia y control del espectro en materia de radio difusión sonora, mientras que las funciones de vigilancia y control en temas de espectro radioeléctrico, fueron conferidas a la Agencia

Nacional del Espectro, en concordancia con el Decreto 4169 de 2011.

De las respuestas recibidas por esta Corporación, la Sala debe señalar que, aunque la norma determina que existe una obligación de vigilancia y control del espectro radioeléctrico a cargo de la Agencia Nacional del Espectro, tal entidad niega ser la responsable de esa función. En este orden de ideas, en la actualidad ninguna autoridad está cumpliendo la función de vigilancia y control del espectro radioeléctrico en Colombia, a pesar de que hay una norma que determina la existencia de esa función.

LA FALTA DE REGULACIÓN DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LAS GARANTÍAS FUNDAMENTALES

La descripción realizada en el aparte anterior pone de presente dos características propias del estado de cosas que existe en relación con la regulación de la emisión de ondas electromagnéticas de los equipos de telefonía móvil celular, a saber: (i) la ley presume que las antenas de telefonía móvil celular son una fuente inherente conforme y en consecuencia no existe ninguna norma especial de orden nacional que limite su ubicación y funcionamiento y, (ii) la función de vigilancia y control del espectro ha sido regulada por el Estado pero a pesar de que la norma existe, en la actualidad ninguna entidad estatal se ocupa de su cumplimiento.

El contexto antes descrito plantea un interrogante al juez constitucional: ¿es esta situación admisible desde el punto de vista de las garantías fundamentales o, en aras de proteger los derechos fundamentales de la población, el Estado debe evitar que sus ciudadanos sean expuestos a riesgos y regular asuntos como la emisión de ondas electromagnéticas con base en el principio de cautela?

Para responder este cuestionamiento la Sala deberá abordar: primero, la naturaleza jurídica y contenido del principio de precaución, segundo, si la exposición a las ondas emitidas por los equipos de telefonía móvil celular representa un riesgo para la salud, y tercero, las normas y decisiones judiciales que se han dado sobre la materia en otros países.

naturaleza y alcance del principio de precaución

Consagración del principio de precaución

Dentro del marco constitucional, la Carta de 1991 le dio una especial importancia a la protección del medio ambiente, y ha sido incluso reconocida con el nombre de "Constitución Ecológica". En efecto, múltiples artículos constitucionales, dentro de los que cabe destacar el 49 (que obliga al Estado garantizar la atención en salud y el saneamiento ambiental), el 58 (que reconoce la función ecológica de la propiedad), el 79 (que garantiza el derecho de todas las personas a gozar de un ambiente sano), el 80 (que impone al Estado la obligación expresa de prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados) y el 226 (que consagra la internalización de las relaciones ecológicas), contienen claros fundamentos de amparo ambiental.

Específicamente, el segundo inciso del artículo 80 superior impone al Estado el deber de prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados.

En el ámbito internacional, el principio No. 15 de la Declaración de Río de Janeiro de junio de 1992, sobre Medio Ambiente y Desarrollo, se refiere al principio de precaución de la siguiente

manera:

Principio 15. Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a 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. (Subrayado fuera del texto)

Esta normativa internacional, que se encuentra expresamente mencionada en el numeral primero del artículo primero de la Ley 99 de 1993[18], explica el alcance del principio de precaución, señalando que en aquellos casos en que exista un peligro de daño grave o irreversible, la autoridad estatal correspondiente no podrá argumentar la falta de certeza científica absoluta para evadir su obligación de adoptar las medidas necesarias para impedir la ocurrencia del daño.

Adicionalmente, en la legislación nacional, este principio se encuentra consagrado en el numeral sexto del artículo primero de la mencionada Ley 99 de 1993, con base en el cual las autoridades ambientales y los particulares están obligados a darle cabal aplicación.

Alcance y contenido del principio de precaución

En primer lugar, se deben diferenciar los principios de precaución y de prevención, aplicables en materia ambiental. El principio de prevención se aplica en los casos en los que es posible conocer las consecuencias que tendrá sobre el ambiente el desarrollo de determinado proyecto, obra o actividad, de modo que la autoridad competente puede adoptar decisiones antes de que el riesgo o el daño se produzca, con la finalidad de reducir sus repercusiones o de evitarlas. En este orden de ideas, el principio de prevención se materializa en mecanismos jurídicos tales como la evaluación del impacto ambiental o el trámite y expedición de autorizaciones previas, que permiten actuar a favor del medio ambiente, en el evento en el que se conoce cuál será el resultado.

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[19], 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.

La constitucionalidad del principio de precaución fue estudiada por esta Corporación en la sentencia C-293 de 2002[20], en la que se concluyó 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.

Adicionalmente, en la misma decisión 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.

En segundo lugar, conforme a los instrumentos internacionales y a las normas y jurisprudencia nacionales, el principio de precaución puede ser aplicado para proteger la salud humana.

En su Observación General No. 14[21] el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales[22] desarrolló el contenido del derecho a la salud, y a grandes rasgos señaló que se trata de un derecho inclusivo que no sólo abarca la atención de salud oportuna y apropiada, sino también los principales factores determinantes de la salud, como son el acceso al agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, el suministro adecuado de alimentos sanos, una nutrición adecuada, una vivienda adecuada, condiciones sanas en el trabajo y el medio ambiente, entre otros.

En particular, determinó que el mejoramiento de todos los aspectos de la higiene ambiental e industrial entraña la reducción de la exposición de la población a sustancias nocivas tales como radiaciones y sustancias químicas nocivas u otros factores ambientales perjudiciales que afectan directa o indirectamente a la salud de los seres humanos.

Al respecto, el Comité hace referencia al principio 1 de la Declaración de Río de Janeiro de 1992, conforme al cual **Los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible. Tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza.**

Así pues, de conformidad con la interpretación que el Comité DESC ha dado del derecho a la salud, el amparo de éste conlleva, entre otras obligaciones, la de proteger el medio ambiente. Por tanto, la aplicación del principio de precaución no sólo tiene como finalidad la protección del medio ambiente, sino que también, indirectamente, tiene como propósito evitar los daños que en la salud pueden tener los riesgos medioambientales.

En desarrollo de tal obligación estatal, la Ley 99 de 1993, además de definir el principio de precaución, consagra expresamente algunas medidas a través de las cuales (i) se materializa este principio y, (ii) la protección del medio ambiente lleva consigo la del derecho a la salud. En este sentido, el artículo 85 de la norma mencionada establece:

El Ministerio del Medio Ambiente y las Corporaciones Autónomas Regionales impondrán al infractor de las normas sobre protección ambiental o sobre manejo y aprovechamiento de recursos naturales renovables, mediante resolución motivada y según la gravedad de la infracción, los siguientes tipos de sanciones y medidas preventivas:

c) <u>Suspensión de obra o actividad, cuando de su prosecución pueda derivarse daño o peligro para los recursos naturales renovables o la salud humana</u>, o cuando la obra o actividad se haya iniciado sin el respectivo permiso, concesión, licencia o autorización. (Negrillas y subrayas fuera del texto original)

La anterior disposición fue demandada ante la Corte Constitucional, y mediante la sentencia C-293 de 2002, estableció que no se violaban los artículos constitucionales mencionados por el actor (trabajo, propiedad, derechos adquiridos), si, como consecuencia de una decisión de una autoridad ambiental que, acudiendo al principio de precaución, con los límites que la propia norma legal consagra, procede a la suspensión de la obra o actividad que desarrolla el particular, mediante el acto administrativo motivado, si de tal actividad se deriva daño o peligro para los recursos naturales o la salud humana, así no exista la certeza científica absoluta.(Negrillas fuera del texto)

Esta decisión evidencia que, tanto la norma como la jurisprudencia constitucional, reconocen la posibilidad de aplicar el principio de precaución, para proteger la salud de las personas.

Aplicación del principio de precaución en la jurisprudencia constitucional para el caso de la radiación

A pesar de que la legislación colombiana no establece una normativa especial que limite la exposición de las personas a la radiación producida por los equipos de telefonía móvil celular, la Corte Constitucional ha tenido en cuenta la evidencia científica existente, sobre el riesgo que ésta comporta para la salud de las personas. A contiuación se hará referencia a la aplicación que se ha dado del principio de precaución en la jurisprudencia constitucional, con el fin de evitar que la población sea sometida al peligro de sufrir un daño, en razón al vacío normativo reseñado.

En la sentencia T-1062 de 2001[23] esta Corporación estudió la acción de tutela instaurada por los señores Lucila Baena de Parra y Luis Carlos Parra Molina contra la Compañía Celular de Colombia COCELCO S.A. y la administración del Conjunto Residencial Portón de San Carlos, quienes celebraron un contrato de arrendamiento que tuvo por objeto la utilización de algunas de las áreas comunes del inmueble para la instalación de una base de telefonía celular. Los accionantes afirmaron que al ponerse en funcionamiento las antenas ubicadas en la estación base, el estado de salud de la señora Baena se agravó al punto de verse obligada a cambiar de residencia. En aquella ocasión la Corte encontró probada la relación de causalidad entre la agravación de las dolencias de la señora de Parra y las emisiones de radiaciones electromagnéticas y, en consecuencia, decidió tutelar de manera transitoria los derechos a la intimidad, igualdad y libre determinación, y ordenó suspender la operación de los equipos de telefonía, hasta que la jurisdicción civil diera solución definitiva a este conflicto concerniente a las relaciones de vecindad.

Posteriormente, en la **sentencia T-299 de 2008**[24], la Corte conoció el caso de una pareja que presentó acción de tutela en nombre propio y en representación de sus hijos menores de edad, 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. Aunque se trató de un hecho superado, porque la entidad accionada había retirado la subestación eléctrica, en esa ocasión la Corte hizo referencia al principio de precaución y concluyó que, para aplicar este postulado y proteger los derechos al medio ambiente y a la salubridad pública, era necesario tener en cuenta 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.

Adicionalmente la Sala estimó necesario aclarar que, antes de analizar la posibilidad de pronunciarse acerca del principio de precaución, era necesario verificar si se cumplía con los principios señalados por la jurisprudencia, y determinar si procedía la acción tutela para proteger derechos colectivos, que 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 este sentido, la Corte aceptó la aplicación del principio de precaución, pero la limitó a los casos en los que se alega la perturbación de un derecho colectivo. Esto restringe la implementación de dicho postulado, porque uno de los requisitos para que proceda la tutela cuando se pretende la protección de los derechos colectivos, es que la amenaza del derecho fundamental aparezca expresamente probada en el expediente.

Por otra parte, en la **sentencia T-360 de 2010**[25], se examinó el caso de una mujer que **manifestó que la empresa Comcel S.A. instaló una torre de telefonía móvil a 76 metros de su residencia**. La accionante sufría de una enfermedad coronaria aguda, motivo por el cual fue intervenida quirúrgicamente y le fue implantado un "cardiodesfibrilador". La accionante explicó que, como consecuencia de la radiación emitida por la torre, el dispositivo falló. En aquella oportunidad la Sala concluyó 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, después de haberse sometido a una segunda intervención quirúrgica, el dispositivo funcionó debidamente, a pesar de que habitaba la misma vivienda, ubicada cerca de la estación base de telefonía móvil.

Sin embargo, la Corte dispuso que existe la necesidad de que se evalúen las medidas indicadas en la comunidad internacional, puesto que, aunque las investigaciones y estudios científicos realizados hasta la fecha no arrojen 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**, deben aplicarse medidas de prevención y precaución para proteger a los seres humanos de los posibles efectos nocivos, sobre todo tratándose de la población más vulnerable, como los niños y los adultos mayores**. (Negrillas fuera del texto)

En consecuencia, 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 fuera del texto)

Como se puede observar, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha adoptado distintas posiciones al analizar el riesgo que representa la exposición de las personas a las ondas electromagnéticas. La tres posiciones adoptadas se pueden sintetizar de la siguiente manera:

La primera posición considera que, pese a tener una clara relación con el derecho a la salud, la

emisión de ondas electromagnéticas plantea una controversia relativa a las relaciones de vecindad, razón por la cual la tutela procede para obtener la protección de los derechos constitucionales fundamentales, pero sólo de manera transitoria con el fin de evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable. En este orden de ideas, las radiaciones son consideradas como inmisiones, por lo que el mecanismo idóneo para conseguir la defensa de los derechos de las personas afectadas por éstas, es la jurisdicción civil.

Conforme a la segunda posición, la radiación se encuentra ligada a los derechos colectivos al medio ambiente sano y a la salud pública. Adicionalmente considera que en estos casos se debe dar aplicación al principio de precaución, herramienta hermenéutica idónea para determinar la necesidad de intervención por parte de las autoridades públicas ante daños potenciales a dichos derechos colectivos. Así, esta teoría circunscribe la aplicación de tal principio a la protección de los derechos al medio ambiente sano y a la salud pública, de manera que, para que la tutela proceda en los casos en los que se analiza la emisión de ondas, previamente se debe verificar que se cumpla con los requisitos de procedencia de la tutela para la protección de derechos colectivos, dentro de los cuales se encuentra que la amenaza al derecho fundamental aparezca expresamente probada. Lo anterior lleva a que, en la práctica, la aplicación del principio de cautela por vía de tutela resulte casi imposible, pues si sólo se tiene un principio de certeza del peligro, el amparo es improcedente para proteger los derechos colectivos.

Finalmente, la tercera posición frente el tema, plantea la posibilidad de aplicar el principio de precaución para proteger el derecho a la salud de las personas expuestas a la emisión de ondas. A pesar de que la tutela no fue procedente en el caso específico, la decisión de la Corte reconoció la posibilidad de aplicar este principio en casos en los que se pretende la protección del derecho fundamental a la salud.

La exposición a ondas electromagnéticas emitidas por las antenas de telefonía móvil celular como fuente de riesgo para la salud

Aunque los campos electromagnéticos producidos por las estaciones base de telefonía móvil son pequeños, distintas entidades han investigado la posibilidad de que las antenas emisoras sean perjudiciales para la salud y han establecido lineamientos con el fin de limitar la exposición de las personas a la radiación.

La **Comisión Internacional para la Protección Contra las Radiaciones No Ionizantes** (ICNIRP, por sus siglas en inglés) es una organización no gubernamental reconocida oficialmente por la OMS. En 1998 la ICNIRP, publicó las "Recomendaciones para Limitar la Exposición a Campos Eléctricos, Magnéticos y Electromagnéticos hasta 300 GHz", documento a través del cual estableció las restricciones y límites a la exposición de las personas a los campos electromagnéticos, con el fin de evitar efectos negativos a la salud conocidos científicamente **hasta la fecha**.

El documento mencionado establece que, la información disponible es insuficiente para determinar si existen efectos potenciales a largo plazo producidos por la exposición a campos electromagnéticos, como el aumento en el riesgo de cáncer, por cuanto las investigaciones han proporcionado evidencia sugestiva, pero no convincente, de una posible asociación con la producción de efectos cancerígenos.

Al observar los posibles efectos nocivos causados por la radiación electromagnética no ionizante,

el 12 de julio de 1999, el **Consejo Europeo** aprobó la recomendación para la "Exposición del Público en General a Campos Electromagnéticos"[26] de O Hz a 300 GHz. En tal instrumento se sugieren unos límites de exposición que coinciden con los establecidos por la de ICNIRP y se deja abierta la posibilidad de que los Estados miembros establezcan un nivel de protección superior, partiendo de las restricciones básicas y los niveles de referencia establecidos.

Por otra parte, la **Organización Mundial de la Salud**, investigó los efectos que puede ocasionar la exposición a campos electromagnéticos, y concluyó que, respecto a las consecuencias negativas para la salud, relacionadas con los efectos no térmicos que genera la exposición a las ondas emitidas por los teléfonos celulares, "podrían producirse efectos sutiles sobre las células que podrían influir en el desarrollo del cáncer. También se ha planteado la hipótesis de posibles efectos sobre los tejidos excitables por estímulos eléctricos que podrían influir en la función del cerebro y los tejidos nerviosos".

La Agencia Internacional para la Investigación del Cáncer (IARC, por sus siglas en inglés), forma parte de la Organización Mundial de la salud, su objetivo es promover la colaboración internacional para la investigación del cáncer. A través de su programa de monografías, la IARC ha identificado las distintas causas de esta enfermedad con el fin de prevenir este padecimiento en el mundo.

El preámbulo de las monografías de la IARC[27] determina la forma en la que se clasifican los agentes de riesgo para la salud humana, así:

GRUPO	EFECTO
Grupo 1	Exposición carcinógena a los humanos
Grupo 2A	Exposición probablemente carcinógena a los humanos
Grupo 2B	Exposición posiblemente carcinógena a los humanos
Grupo 3	Exposición no se puede clasificar como carcinógena a los humanos –pero no excluye que lo sea, se requiere más información-
Grupo 4	Exposición probablemente no es carcinógena a los humanos

En ejercicio de esta función, del 24 al 31 de mayo de 2011, un grupo de 31 científicos de 14 países, se reunió en Francia para determinar qué riesgo representan los campos electromagnéticos de producir cáncer. A través del Comunicado de Prensa Número 208 del 31 de mayo de 2011[28], se hizo pública la decisión de la IARC de clasificar los campos electromagnéticos de radiofrecuencia como **posiblemente carcinógenos para los humanos**, **es decir que en la actualidad, los campos electromagnéticos se encuentran clasificados en la Categoría 2B**[29].

Los resultados arrojados por las investigaciones mencionadas fueron publicados en la revista médica inglesa The Lancet Oncology, en la que se estableció que los campos electromagnéticos generados por las fuentes RF se unen con el cuerpo, resultando en campos eléctricos y magnéticos inducidos y asociados con corrientes en los tejidos. Los factores más importantes que determinan los campos inducidos son: la distancia existente entre la fuente y el cuerpo, y el nivel de potencia de salida. Adicionalmente, la eficiencia de la unión y la distribución de los campos

inducidos en el cuerpo dependen de la frecuencia, la polarización, y la dirección de la onda y las características anatómicas de la persona expuesta, incluyendo la altura, el índice de masa muscular, la postura y las características de los tejidos.[30]

DECISIONES JUDICIALES ACERCA DE LA EMISIÓN DE ONDAS ELECTROMAGNÉTICAS EN EL DERECHO COMPARADO

Las decisiones judiciales internacionales relevantes, referentes al riesgo generado por la exposición humana a campos electomagnéticos, fueron reseñadas en la sentencia T-360 de 2010,[31] a continuación se hará una breve mención a dichos pronunciamientos.

El 27 de septiembre de 2000, se celebró la audiencia en Fráncfort, en la que se estudió un caso en el que los accionantes solicitaron el amparo frente a los posibles efectos negativos a largo plazo para su salud, como consecuencia de la exposición continua a los campos electromagnéticos emitidos por una torre de telefonía móvil. Lo anterior con base en publicaciones científicas internacionales sobre los efectos biológicos de los campos electromagnéticos de altas frecuencias moduladas.

Al analizar el caso se consideró que los demandantes acreditaron adecuadamente, mediante estudios científicos, que las ondas de alta frecuencia emitidas por la torre de telefonía, debido a sus características y magnitudes, eran susceptibles de provocarles en el futuro daños de importancia en la salud. En efecto, se consideró que, a pesar de no existir certeza científica acerca de los efectos adversos en la salud, exisren criterios científicos que consideran factible la asociación entre las radiaciones y los perjuicios para la salud.

En consecuencia, se decidió prohibir el funcionamiento de una estación base de telefonía móvil, que emitía ondas electromagnéticas de 900 MHz, instalada en la torre del campanario de la iglesia evangélica de La Cruz, a pocos metros de la vivienda de los demandantes y del colegio en donde estudicaba un hijo de uno de los peticionarios.

Por otra parte, se encuentra un antecedente de la jurisprudencia española, porferido en Barcelona el 6 de febrero de 2001 por la Sección Dieciséis de la Audiencia Provincial, que resolvió el recurso de apelación contra la decisión del juez de primera instancia de Hospitalet de Llobregat. En aquella oportuidad, se resolvió revocar la sentencia de primera instancia y declarar la nulidad de un acuerdo comunitario, celebrado el 18 de mayo de 1999, por medio del cual los vecinos del Hospitalet de Llobregat autorizaron la instalación de una estación base de telefonía móvil en la azotea de un edificio. El demandante, quien ocupaba el piso más cercano a la azotea, adujo que dicha instalación podía comportar perjuicios para su salud y en consecuencia, solicitó declarar la nulidad del acuerdo referido.

El juez de segunda instancia acogió las pretensiones del demandante, por considerar que los posibles beneficios que dicha instalación produzca a la comunidad, no justifica la adopción de una medida tan gravosa para uno sus integrantes, como es la autorización de una instalación que puede resultar nociva para su salud, de manera que la oposición razonada y fundada de dicho propietario debía prosperar.

En conclusión, la jurisprudencia de otros países también ha optado por aplicar el principio de precaución ante la falta de certeza científica sobre los efectos nocivos causados a la salud de las personas, como resultado de la exposición a campos electromagnéticos. A pesar de que no es posible constatar una relación directa entre las afecciones de salud de los demandantes y la radiación no ionizante, las autoridades judiciales han decidido proteger los derechos de las

personas, con el fin de evitar que se produzcan daños como consecuencia del peligro al que están siendo sometidos, en razón a la omisión legislativa frente a la radiación.

EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD DE LOS NIÑOS Y EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

El derecho fundamental a la salud de los niños

Entre los derechos fundamentales de los cuales los niños y adolescentes son titulares, se encuentra el derecho a la salud, consagrado en el artículo 44 de la Constitución y en el artículo 27 Código de la Infancia y la Adolescencia. Las normas mencionadas establecen que todos los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la salud integral, la cual es definida como el estado de bienestar físico, psíquico y fisiológico de los menores. En este orden de ideas, conforme a la jurisprudencia constitucional, el derecho fundamental a la salud de los menores merece especial observancia, debido a las condiciones de indefensión y vulnerabilidad que los caracteriza y que los hace sujetos de especial protección constitucional.[32]

Por otra parte, conforme al artículo 13 de la Constitución Política el Estado debe tomar medidas con la finalidad de superar las desigualdades que afrontan las personas que se encuentran en situación de debilidad manifiesta, o que soportan ciertos grupos que son tradicionalmente discriminados o marginados.

En este orden de ideas, la igualdad en sentido material supone la obligación a cargo del Estado de adelantar acciones afirmativas[33], con el fin de garantizar materialmente el ejercicio de este derecho a las personas que se encuentran en situación de discapacidad para conseguir que estas personas, que se encuentran en una situación distinta a las demás, estén en condiciones de igualdad en dignidad y derechos.

La Corte se ha referido en varias ocasiones[34] a la especial protección que se debe dar a un menor de edad cuando padece alguna enfermedad. Al respecto, ha establecido que la protección del derecho fundamental a la salud de los niños enfermos, no sólo obedece al reconocimiento de su condición de sujeto de especial protección constitucional, sino a la necesidad de que la familia, la sociedad y el Estado den cumplimiento a los principios de igualdad y solidaridad que orientan la construcción del Estado Social de Derecho.

Teniendo como fundamento el interés superior del menor, el derecho a la salud de los niños, niñas y adolescentes, y el derecho a la igualdad, el Congreso de la República profirió la Ley 1388 de 2010, [p]or el derecho a la vida de los niños con cáncer en Colombia.[35] A través de la norma referida el legislador otorgó una especial protección a los menores de edad que padecen esta enfermedad. En el informe de ponencia para segundo debate al proyecto de ley número 094 de 2007 ante el Senado[36], se estableció que es apremiante la necesidad de adoptar, por Ley de la República, los aspectos regulatorios que garanticen cambios contundentes en las tendencias que presenta esta enfermedad que afecta a la población más vulnerable de Colombia, pues la tasa de mortalidad en la población infantil en razón a este padecimiento es muy elevada.

Por este motivo, tratándose de un niño, niña o adolescente, enfermo de cáncer, el ordenamiento jurídico ha dado especial prevalencia a este grupo poblacional, que además de ser sujetos de especial protección en razón a su edad, merecen que su derecho fundamental a la salud sea garantizado de manera urgente, pues se trata de personas enfermas que además sufren una afección que el legislador ha decidido proteger de forma preferencial.

El interés superior del menor

La Convención sobre Derechos del Niño[37] y el Código de la Infancia y la Adolescencia[38] hacen una conceptualización especial de los derechos de los niños, al consagrar la obligación de las autoridades de tener una consideración especial por su satisfacción y protección. Del mismo modo, la Constitución Política establece que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás y así, eleva al niño a la posición de sujeto merecedor de especial protección por parte del Estado, la sociedad y la familia. En este orden de ideas, cuando se trata de proteger los derechos de los menores, cobra relevancia el **interés superior del menor**, lo que significa que todas las medidas que le conciernan a los niños, niñas y adolescentes, deben atender al interés superior del niño sobre otras consideraciones y derechos, para así apuntar a que los menores reciban un trato preferente, de forma que se garantice su desarrollo integral y armónico como miembro de la sociedad.[39]

Al respecto, esta Corporación ha señalado que (...) el interés superior del menor, se caracteriza por ser: (1) real, en cuanto se relaciona con las particulares necesidades del menor y con sus especiales aptitudes físicas y sicológicas; (2) independiente del criterio arbitarario [sic] de los demás y, por tanto, su existencia y protección no dependen de la voluntad o capricho de los padres, en tanto se trata de intereses jurídicamente autónomos; (3) un concepto relacional, pues **la garantía de su protección se predica frente a la existencia de intereses en conflicto cuyo ejercicio de ponderación debe ser guiado por la protección de los derechos del menor**; (4) la garantía de un interés jurídico supremo consistente en el desarrollo integral y sano de la personalidad del menor."[40]

Por consiguiente, al momento de aplicar el mencionado principio a un caso particular, se debe prestar atención a las circunstancias individuales, únicas e irrepetibles de cada menor de edad. Particularmente, en sentencia T-510 de 2003[41] esta Corte señaló que (...) para establecer cuáles son las condiciones que mejor satisfacen el interés superior de los niños en situaciones concretas, debe atenderse tanto a consideraciones (i) **fácticas** –las circunstancias específicas del caso, visto en su totalidad y no atendiendo a aspectos aislados–, como (ii) **jurídicas** –los parámetros y criterios establecidos por el ordenamiento jurídico para promover el bienestar infantil–. (Negrilla fuera del texto)

En esa ocasión, la Sala señaló además que, son criterios jurídicos para determinar el interés superior del menor, entre otros: (i) la garantía del desarrollo integral del menor de edad, (ii) la garantía de las condiciones para el pleno ejercicio de sus derechos fundamentales del menor y (iii) la protección del menor frente a riesgos prohibidos, (iv) el equilibrio con los derechos de los padres, (v) la provisión de un ambiente familiar apto para el desarrollo del menor, y (vi) la necesidad de razones poderosas que justifiquen la intervención del Estado en las relaciones paterno/materno - filiales.

Para el caso que se analiza, resultan relevantes los tres primeros criterios jurídicos señalados, motivo por el cual se reiteran a continuación:

1. Garantía del desarrollo integral del menor. Es necesario, como regla general, asegurar el desarrollo armónico, integral, normal y sano de los niños, desde los puntos de vista físico, psicológico, afectivo, intelectual y ético, así como la plena evolución de su personalidad. Esta obligación, consagrada a nivel constitucional (art. 44, C.P.), internacional (Convención sobre los Derechos del Niño, art. 27) y legal (Código del Menor, art. 3), compete a la familia, la sociedad y el Estado, quienes deben brindar la protección y la asistencia necesarias para materializar el

derecho de los niños a desarrollarse integralmente, teniendo en cuenta las condiciones, aptitudes y limitaciones propias de cada menor.

2. Garantía de las condiciones para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del menor. Estos derechos, cuyo catálogo es amplio y se debe interpretar de conformidad con las disposiciones de los tratados e instrumentos de derecho internacional público que vinculan a Colombia, incluyen en primer lugar aquellos que expresamente enumera el artículo 44 Superior: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Sin embargo, no se agotan en éstos.

3. Protección del menor frente a riesgos prohibidos. Se debe resguardar a los niños de todo tipo de abusos y arbitrariedades, y se les debe proteger frente a condiciones extremas que amenacen su desarrollo armónico, tales como el alcoholismo, la drogadicción, la prostitución, la violencia física o moral, la explotación económica o laboral, y en general, el irrespeto por la dignidad humana en todas sus formas. No en vano el artículo 44 de la Carta ordena que los menores "serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos", y el artículo 8 del Código del Menor precisa que los niños tienen derecho a ser protegidos de "toda forma de abandono, violencia, descuido o trato negligente, abuso sexual y explotación". En este orden de ideas, las distintas situaciones irregulares que consagra el Código del Menor[42] proporcionan un catálogo de riesgos graves para los menores que se deben evitar a toda costa; sin embargo, **dicha enunciación no agota todas las distintas situaciones que pueden constituir amenazas para el bienestar de cada niño en particular, las cuales deberán determinarse atendiendo a las circunstancias del caso concreto.** (Negrilla fuera del texto)[43]

En suma, la protección del derecho a la salud de los menores de edad debe responder a su interés superior, lo que quiere decir que el juez de tutela debe analizar la posible vulneración de esta garantía constitucional teniendo como base criterios fácticos y jurídicos.

Los criterios jurídicos conforme a los cuales el juez deberá determinar la manera de dar prevalencia al interés del menor cuando está de por medio el derecho a la salud, son: (i) la garantía del desarrollo integral del menor de edad, que conlleva el deber del Estado de brindar a los niños, niñas y adolescentes protección y asistencia, teniendo en cuenta sus condiciones, aptitudes y limitaciones propias; ii) la garantía de las condiciones para que se de el pleno ejercicio del derecho fundamental a la salud; y (iii) la protección de los niños, niñas y adolescentes frente a riesgos prohibidos, que amenazan el bienestar de cada niño, situación que debe ser evaluada en cada caso concreto.

CASO CONCRETO

Resumen de los hechos

La menor Luisa María Vélez Aristizábal interpuso acción de tutela contra el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, el Ministerio de Protección Social, la Secretaría de Planeación Municipal de Fresno, 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.; por considerar que tales entidades vulneran 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, al

instalar una antena de telefonía móvil celular junto a su vivienda, a pesar de sufrir de cáncer. En consecuencia, pide 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 ubicado en la calle 5ª con carrera 6ª - Esquina, en Fresno, Tolima.

Además pide ordenar a las accionadas revisar y ajustar los permisos concedidos a otros operadores o contratistas, o sociedades que manejen las estaciones, torres y antenas circundantes en la pequeña extensión territorial de la zona urbana de Fresno, Tolima y tener en cuenta la nueva Ley de Ordenamiento Territorial, con el fin de que las mismas sean ubicadas en lugares más distantes o en su defecto sean desmontadas.

De otra parte, solicita que se ordene a las accionadas iniciar un programa nacional para proteger la salud de los colombianos frente al hecho irrefutable de que los teléfonos celulares y sus equipos de transmisión de señales electromagnéticas son cancerígenos.

El juez de primera instancia negó el amparo por considerar que en este caso la menor de edad no probó la vulneración o amenaza de sus derechos fundamentales, de manera que la falta de certeza sobre el impacto que tienen las ondas emitidas por las antenas de telefonía móvil celular en la salud humana, genera la improcedencia del acción.

El ad quem confirmó dicha decisión y señaló: (i) que se debió acudir a la acción popular, que es el mecanismo idóneo para que se ordene a los Ministerios accionados iniciar programas para proteger la salud de los colombianos de los efectos causados por las torres y antenas; (ii) que no se encuentra probado que la radiación producida por las estaciones base de los celulares tengan efectos negativos en la salud de los individuos, razón por la cual no puede asegurarse que la enfermedad de la menor de edad haya sido causada, o pueda empeorar, con ocasión de las antenas instaladas en Fresno; y (iii) que las decisiones proferidas por las autoridades se controvierten ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo y no ante la jurisdicción constitucional.

EXAMEN DE PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA

Legitimación activa. Facultad de los niños para ejercer la acción de tutela directamente.

El artículo 86 de la Constitución Política establece que toda persona podrá acudir a la acción de tutela para reclamar ante los jueces la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales.

Esto quiere decir que, [l]a Constitución ha conferido la acción de tutela a todas las **personas**, es decir que no limita las posibilidades de acudir a ella por razones de nacionalidad, sexo, edad, origen de raza o capacidades intelectuales, razón por la cual es factible que la ejerzan los niños, los indígenas, los presos, los campesinos, los analfabetas y en general todo individuo de la especie humana que se halle dentro del territorio colombiano.[44] (Negrillas en el texto original)

Al respecto, la jurisprudencia[45] de la Corte Constitucional ha establecido que los niños, niñas y adolescentes, se encuentran perfectamente legitimados para ejercer la acción de tutela por sí mismos, dado que no existe norma alguna que exija una edad a partir de la cual se puede pedir directamente la protección judicial por vía de tutela.

Por consiguiente, la adolescente Luisa María Vélez Aristizábal, se encuentra legitimada para interponer la acción de tutela por sí misma con el fin de reclamar la protección de los derechos fundamentales que considera vulnerados.

Legitimación pasiva

La legitimación pasiva en la acción de tutela hace referencia a la aptitud legal de la entidad contra quien se dirige la acción, de ser efectivamente la llamada a responder por la vulneración o amenaza del derecho fundamental, en caso de que la transgresión del derecho alegado resulte demostrada.[46]

Al respecto, el artículo 42 del decreto 2591 de 1991 dispone que la tutela procede contra particulares que presten un servicio público, como son las empresas prestadoras de servicios de telecomunicaciones.

En consecuencia, teniendo en cuenta lo establecido en las consideraciones previas, las empresas demandadas -Comcel S.A., ATC Sitios de Colombia S.A.S., y Colombia Telecomunicaciones S.A.- operadoras de telecomunicaciones, son particulares que prestan un servicio público, razón por la cual pueden ser demandadas en sede de tutela cuando se considera que sus actuaciones configuran violaciones a derechos fundamentales.

Por otro lado, el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, el Ministerio de Salud y Protección Social, el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, la Secretaría de Salud Departamental del Tolima, la Alcaldía de Fresno, y la Secretaría de Planeación Municipal de Fresno; son autoridades públicas contra las cuales, conforme al artículo 86 de la Constitución Política, procede la tutela.

Consideraciones sobre el cumplimiento del requisito de subsidiariedad en el caso estudiado

La Sala deberá establecer la procedencia de esta acción, determinando si la adolescente Vélez Aristizábal cuenta con otro mecanismo de defensa judicial, distinto de la tutela, para la protección de sus derechos fundamentales.

El principio de subsidiaridad está consagrado en el inciso 4º del artículo 86 de la Constitución, que establece que [e]sta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En este orden de ideas, existiendo otros mecanismos de defensa judicial para la protección reclamada, se debe recurrir a ellos antes de pretender el amparo por vía de tutela.

En el trámite de la presente tutela los jueces de instancia consideraron que el requisito de la subsidiariedad no se cumplía, por cuanto (i) la accionante no acudió a la acción popular, que es el mecanismo idóneo para obtener lo que pretende, esto es, que se ordene a los Ministerios accionados iniciar programas para proteger la salud de los colombianos de los efectos causados por las torres y antenas de telefonía móvil, y (ii) no se controvirtieron las decisiones de las autoridades administrativas mediante la autoridad competente, que es la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

En primer lugar, observa la Sala que la acción popular no es el mecanismo idóneo para que la menor de edad obtenga la protección de sus derechos fundamentales, supuestamente vulnerados por las entidades accionadas. La Corte Constitucional ha señalado que, aunque se dirijan a la

protección y amparo judicial de los concretos intereses y derechos colectivos, las acciones populares no pueden ejercerse con el fin de conseguir la reparación subjetiva o plural de los eventuales daños que pueda causar la acción o la omisión de la autoridad pública o del particular sobre ellos, pues para obtener estos fines, el constituyente consagró, entre otras, la acción de tutela.[47] En este caso, la adolescente pretende la garantía de sus derechos fundamentales, de manera que no tiene sentido instarla –como lo hizo el juez de segunda instancia- a acudir a la acción popular.

En segundo lugar, el fallador incurrió en un error al considerar que la accionante pudo controvertir las decisiones de las entidades demandadas a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Tal argumento no puede ser admitido, pues deja de lado la realidad fáctica del caso, e ignora que el mecanismo idóneo para garantizar la protección de los derechos presuntamente vulnerados, es la tutela. Debe anotarse que una acción contencioso administrativa no es apta para garantizar los derechos de la menor, quien actúa con la finalidad de evitar que la falta de regulación posibilite la ubicación de una antena de telefonía móvil celular y la exponga a la emisión de ondas electromagnéticas. En este orden de ideas, no existe un acto administrativo que pueda ser controvertido para evitar la supuesta vulneración de sus derechos fundamentales.

Por último, conforme a la sentencia SU-225 de 1998[48], que estudió la protección especial de los derechos de los niños, la tutela es el mecanismo idóneo para su garantía. La decisión referida determinó que los derechos de los menores tienen un contenido esencial de aplicación inmediata que limita la discrecionalidad de los órganos políticos y que cuenta con un mecanismo judicial reforzado para su protección: **la acción de tutela**.

En el mismo sentido, el artículo 41 del Código de la Infancia y la Adolescencia dispone que, en cumplimiento de sus funciones, el Estado debe:

4. Asegurar la protección y el efectivo restablecimiento de los derechos que han sido vulnerados.

(...)

7. Resolver con carácter prevalente los recursos, peticiones o acciones judiciales que presenten los niños, las niñas y los adolescentes, su familia o la sociedad para la protección de sus derechos.

Por consiguiente, cuando está de por medio la protección de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, no se puede afirmar, como lo hizo el ad quem, que la tutela no es el mecanismo idóneo para su protección.

En suma, en este caso la tutela es procedente, pues se discute la presunta vulneración de los derechos fundamentales de una menor de edad, como consecuencia de la omisión normativa de las autoridades.

ANÁLISIS DE LA VULNERACIÓN ALEGADA

De los hechos narrados en el escrito de tutela y los documentos aportados en el trámite de la acción, la Sala encuentra probados los siguientes hechos:

La accionante tiene 16 años de edad y vive en Fresno, Tolima. A los 12 años le fue diagnosticado un tipo de cáncer denominado histiocitosis de células langerhans y su oncóloga ordenó evitar al máximo la exposición a ondas electromagnéticas.

En el predio contiguo a la casa de la accionante existe una estación base, de propiedad de Telefónica Telecom S.A. E.S.P., dicha propiedad fue entregada en comodato a la empresa ATC Sitios de Colombia S.A.S. para su administración. A la vez, ATC Sitios de Colombia S.A.S. celebró un contrato con Comcel S.A. para la instalación de una antena de telefonía móvil celular en la estación base.

En agosto de 2011, sin contar con el permiso de la Secretaría de Planeación Municipal, funcionarios de Comcel S.A. iniciaron labores locativas en el inmueble clandestinamente, con el fin de instalar la antena en la estructura de propiedad de Telefónica Telecom S.A. E.S.P.

Ante la oposición de los vecinos, el día 16 de agosto de 2011, un funcionario de la Secretaría de Planeación e Infraestructura Municipal se desplazó al lugar de la construcción y suspendió los trabajos de demolición que se venían realizando sobre un andén. La autoridad constató que se estaban realizando labores de obra en la infraestructura del edificio, como la instalación de cableado, equipos y soportes en la torre de telecomunicaciones.

Los trabajos que se venían desarrollando sobre la torre tenían como finalidad la instalación de antenas de telefonía móvil de la empresa Comcel S.A.

En la actualidad la estación base no tiene ninguna antena en funcionamiento, Comcel retiró los equipos instalados y suspendió las obras que pretendían la adecuación del inmueble. La estación base no produce ningún tipo de radiación.

Sin embargo, en cualquier momento algún operador de telefonía móvil podría instalar una antena en la estación base.

Adicionalmente, en el trámite de la acción, Comcel S.A. afirmó que sí pretende instalar una antena de telefonía móvil celular en ese lugar.

La antena de telefonía móvil sería ubicada a 26 metros de distancia de la habitación de la menor.

El Concejo Municipal de Fresno no ha proferido acuerdo alguno que reglamente la telefonía móvil celular en la circunscripción municipal.

En primer lugar, la Sala encuentra probada una actuación irregular por parte de la empresa Comcel S.A., la cual entró a hacer modificaciones al inmueble de propiedad de Telefónica Telecom S.A. E.S.P. de manera clandestina.

En el trámite de la acción de tutela se constató que la empresa accionada hizo adecuaciones locativas a la estructura física del inmueble sin contar con la licencia urbanística de la Secretaría de Planeación Municipal para tal fin. En efecto, los trabajos se realizaron en las noches y fue la comunidad, la que alertó a las autoridades de la actuación temeraria observada por la empresa prestadora del servicio de telecomunicaciones.

A pesar de que la actuación cesó en razón a la orden de suspensión de obra emitida por la Alcaldía Municipal de Fresno, se debe establecer que tales hechos ocurrieron y que la Sala rechaza la conducta de Comcel S.A.

En segundo lugar, esta Corporación debe pronunciarse sobre la posible vulneración del derecho a la salud de la adolescente Luisa María Vélez Aristizábal, como consecuencia de la ubicación de una antena de telefonía móvil celular, a 26 metros de su lugar de habitación.

Tal como se estableció en las consideraciones generales de esta sentencia, numeral 2.2.2., de conformidad con el Decreto 195 de 2005, reglamentado por la Resolución 1645 de 2005, se consideran como fuentes inherentes conformes, entre otros, los emisores que emplean los sistemas de telefonía móvil celular, por cuanto los campos electromagnéticos emitidos por estos equipos, cumplen con los límites de exposición pertinentes y, por tanto, no se fijan precauciones particulares.

En consecuencia, en principio, no existe ningún requisito para la instalación de estaciones base en telecomunicaciones, ni de las antenas ubicadas en estas construcciones. De manera que, en Colombia existe un vacío normativo en lo referente a la ubicación de las antenas de telefonía móvil celular a nivel nacional. Esto ocurre porque la normativa existente sólo se basa en unas referencias técnicas que limitan la emisión de la radiación no ionizante, pero no se ha concebido una regulación que proteja a las personas de la exposición, limitando la distancia entre la fuente y los seres humanos.

No obstante, tanto la jurisprudencia nacional, como la de otros países, han optado por aplicar el principio de precaución ante la falta de certeza científica sobre los efectos nocivos causados a la salud de las personas, como consecuencia de la exposición a campos electromagnéticos en el ambiente. En efecto, tales decisiones han dado aplicación a dicho principio con el fin de proteger el derecho fundamental a la salud de las personas expuestas a la emisión de ondas electromagnéticas.

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.

Al respecto, la Corte Constitucional de Colombia dispuso que existe la necesidad de que se evalúen las medidas sugeridas por la comunidad internacional, puesto que, aunque las investigaciones y estudios científicos realizados hasta la fecha no arrojen 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, deben aplicarse medidas de prevención y precaución para proteger a los seres humanos de los posibles efectos nocivos, sobre todo tratándose de la población más vulnerable, como los niños y los adultos mayores.[49]

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. Conforme a la jurisprudencia de esta Corporación, los criterios a tener en cuenta para determinar cuál es la medida que mejor satisface el interés superior de la accionante, ante la existencia de los intereses que se enfrentan en este caso, se debe tener en cuenta que aquella: (i) garantice su desarrollo integral, (ii) propicie el ejercicio de su derecho a la salud y, (iii) la proteja frente a riesgos prohibidos.

Observa la Sala que, pese a que en este momento no hay antenas instaladas, es claro que el hecho de que exista la estación base en el inmueble contiguo a la vivienda de la menor de edad, sumado al vacío normativo que se evidenció en las consideraciones generales de esta providencia,

permiten que en cualquier momento se sitúe una antena de telefonía móvil en la construcción, la cual emitiría radiación a una distancia de 26 metros entre la fuente y el cuerpo de la accionante.

En este sentido, la omisión de regulación por parte del Estado, genera un peligro de daño grave e irreversible para la salud de Luisa María Vélez Aristizabal, el cual se constata con el principio de certeza científica (conforme al aparte 2.2.4.2. de esta providencia, el término principio de certeza científica, en oposición a la certeza científica absoluta, se refiere a una duda fundada, que justifica la aplicación del principio de precaución) dado por la IARC, al calificar los campos electromagnéticos como posibles cancerígenos. Por consiguiente, atendiendo a las circunstancias del caso concreto, la Sala encuentra que, si la estación base continúa situada en el predio contiguo a la vivienda de la menor, Comcel S.A., o cualquier otra empresa operadora, podrá instalar una antena 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.

En suma, el vacío normativo sobre los límites de exposición a la radiación, sumado a la existencia de una estación base de telefonía móvil celular a 26 metros de la vivienda de la adolescente Luisa María Vélez Aristizábal, constituye una vulneración de sus derechos fundamentales a la salud y al interés superior del menor. En este orden de ideas, teniendo en cuenta la obligación del Estado de proteger a los menores enfermos de cáncer, la Corte deberá aplicar el principio de precaución, que en el caso de esta adolescente es reforzado, y en consecuencia (i) evitar cualquier riesgo medioambiental que pueda resultar nocivo para la salud de esta adolescente, y (ii) amparar sus derechos fundamentales. Por consiguiente, se ordenará el desmonte de la estación base de telefonía móvil celular localizada en el predio contiguo a la vivienda de Luisa María Vélez Aristizábal.

En tercer lugar, la Sala observa la necesidad de (i) reiterar el riesgo al que son sometidas las personas en razón a la omisión de regulación por parte del Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, y (ii) señalar la falta de vigilancia y control de los límites permitidos de radiación, por parte de la Agencia Nacional del Espectro.

Omisión de regulación

En sentencia T-360 de 2010[50], esta Corporación se pronunció sobre la falta de regulación de la distancia permitida para la exposición a ondas electromagnéticas y, hasta este momento, ni el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, ni la Comisión de Regulación de Comunicaciones –quien afirma no tener competencia para el efecto- han acatado el llamado para diseñar una regulación al respecto. La providencia mencionada decidió:

Segundo: Exhortar al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y a la Comisión de Regulación de Comunicaciones para que:

2.1. 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.

2.2. 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.

De manera que, al observar que no sólo Luisa María Vélez Aristizábal, sino también el resto de la población, está siendo sometida al riesgo que representan los campos electromagnéticos, la Corte Constitucional reprocha la falta de regulación por parte del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

Por consiguiente, a pesar de tratarse de fuentes inherentes conformes, la realidad científica actual permite ver que los campos electromagnéticos se clasifican como posibles cancerígenos, motivo por el cual se debe aplicar el principio de precaución, y regular la ubicación de las antenas de telefonía móvil celular, de manera que se sometan a unos límites que impidan la exposición imprudente de las personas a la radiación.

Omisión de vigilancia y control

En lo que tiene que ver con la función de inspección, vigilancia y medición de las emisiones producidas por las antenas de telefonía móvil celular, la Sala reitera que, conforme a la Ley 1341 de 2009, la Agencia Nacional del Espectro es el ente encargado de brindar el soporte técnico para la gestión y la planeación, la vigilancia y control del espectro electromagnético y, en consecuencia, corresponde a esta entidad adelantar las investigaciones a que haya lugar, por posibles infracciones al régimen del espectro definido por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, así como imponer sanciones.

Tal como se señaló en las consideraciones generales de esta sentencia, el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones afirmó que, con ocasión de la expedición de la Ley 1341 de 2009[51], las funciones de vigilancia y control en temas de espectro radioeléctrico, fueron conferidas a la Agencia Nacional del Espectro, en concordancia con el Decreto 4169 de 2011.

En síntesis, en el trámite de revisión del asunto de la referencia ante esta Corporación se evidenció que: (i) en la actualidad ninguna autoridad ejerce la función de vigilancia y control del espectro radioeléctrico en Colombia y, (ii) existe claridad de que la función de vigilancia y control corresponde a la Agencia Nacional del Espectro.

Conclusión y decisión a adoptar

En suma, la Sala concluye que en este caso se debe proteger el interés superior de la adolescente Luisa María Vélez Aristizábal, e implementar medidas que propicien su desarrollo integral, teniendo en cuenta que se trata de una menor de edad que sufre de cáncer y merece una especial protección.

En consecuencia, la Sala revocará las sentencias del 21 de octubre de 2011, proferida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, que confirmó la decisión proferida por la Sala Civil – Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, el 19 de septiembre de 2011, a través de la cual se declaró improcedente el amparo y, en su lugar, concederá la tutela.

Por tanto, ordenará a Telefónica Telecom S.A. E.S.P. desmontar la estación base localizada en el inmueble ubicado en la calle 5ª con carrera 6ª - Esquina, en Fresno, Tolima.

Además, ordenará al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones que, en aplicación del principio de precaución, regule la distancia prudente entre las torres de telefonía móvil y las viviendas, instituciones educativas, hospitales y hogares geriátricos.

Por último, ordenará a la Agencia Nacional del Espectro que, en ejercicio de su 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.

1. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

PRIMERO.- LEVANTAR la suspensión de los términos para decidir, ordenada mediante auto del veintiséis (26) de marzo de 2012.

SEGUNDO.- REVOCAR la decisión adoptada por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia el 21 de octubre de 2011, que confirmó la decisión proferida por la Sala Civil – Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, el 19 de septiembre de 2011, dentro del trámite de la acción de tutela promovida por Luisa María Vélez Aristizábal contra el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, el Ministerio de Protección Social, el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, la Secretaría de Planeación Municipal de Fresno, la Alcaldía de Fresno, Colombia Telecomunicaciones S.A., la Secretaría de Salud Departamental del Tolima, Comcel S.A., y ATC Sitios de Colombia S.A.S, y en su lugar, CONCEDER el amparo.

TERCERO.- ORDENAR a Telefónica Telecom S.A. E.S.P. desmontar la estación base localizada en el inmueble ubicado en la calle 5ª con carrera 6ª - Esquina, en Fresno, Tolima.

CUARTO.- ORDENAR al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones que, en aplicación del principio de precaución, regule la distancia prudente entre las torres de telefonía móvil y las viviendas, instituciones educativas, hospitales y hogares geriátricos.

QUINTO.- ORDENAR a la Agencia Nacional del Espectro que, en ejercicio de su 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.

SEXTO.- Por Secretaría General líbrese las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

ALEXEI JULIO ESTRADA

Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] En el trámite de la acción de tutela Comcel S.A. cambió su razón social y en la actualidad se denomina Claro S.A.; cada vez que se haga referencia a Comcel S.A. se debe entender que las decisiones que se tomen en esta providencia afectan a la entidad Claro S.A.

[2] Folio 681, Cuaderno Primera Instancia

[3] Doctor en contaminación y recursos naturales Universidad Politécnica de Cataluña.

[4] Directora de la Especialización en Derecho Ambiental del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.

[5] Los equipos utilizados fueron: Medidor de radiofrecuencia 50 a 3.500 Mhz, Medidor de campo eléctrico y electromagnético M.E., Cell Sensor, Analizador de espectros portátil de alto rendimiento SPECTRAN HF-6080 V4.

[6] M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

[7] Cfr. Sentencia C-378 de 2010 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[8] En palabras de la Corte: "Las relaciones entre los particulares discurren, por regla general, en un plano de igualdad y de coordinación. La actividad privada que afecte grave y directamente el interés colectivo, adquiere una connotación patológica que le resta toda legitimación, máxime en un Estado social de derecho fundado en el principio de solidaridad y de prevalencia del interés general. De otro lado, la equidistancia entre los particulares se suspende o se quebranta cuando a algunos de ellos se los encarga de la prestación de un servicio público, o el poder social que, por otras causas, alcanzan a detentar puede virtualmente colocar a los demás en estado de subordinación o indefensión. En estos eventos, tiene lógica que la ley establezca la procedencia de la acción de tutela contra los particulares que prevalecidos de su relativa superioridad u olvidando la finalidad social de sus funciones, vulneren los derechos fundamentales de los restantes miembros de la comunidad (CP art. 86). La idea que inspira la tutela, que no es otra que el control al abuso del poder, se predica de los particulares que lo ejercen de manera arbitraria". Sentencia T-251 de 1993 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Ver entre otras, sentencias T-720 de 2005 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, T-558 de 2006 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, T-1091 de 2007 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[9] Ver sentencia C-378 de 2010 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. En este fallo la Corte decidió que; "siguiendo los lineamientos del artículo 86 de la Carta Política y de acuerdo con los parámetros fijados en la jurisprudencia constitucional, particularmente de la Sentencia C-134 de 1994, la Corte debe declarar inexequible la expresión "domiciliarios" del numeral 3º del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, a fin de asegurar, de una vez por todas, que la acción de tutela proceda siempre contra el particular que esté prestando cualquier servicio público y por la violación de cualquier derecho constitucional fundamental".

[10] En sentencia C-134 de 1994 y reiterado en el fallo aludido de la C-378 de 2010, la Corte

Constitucional afirmó "Al respecto, cabe preguntarse: ¿Acaso no procede la acción de tutela cuando se pretenda proteger, por ejemplo, el derecho fundamental a la honra (Art. 21 C.P.), o los derechos fundamentales de los niños (Art. 44 C.P.) frente a los particulares que presten el servicio público de educación? ¿Acaso no procede la acción de tutela cuando se pretenda proteger, por ejemplo, el derecho fundamental a la integridad física (Art. 12 C.P.), o el derecho fundamental de petición (Art. 23 C.P.), o el derecho fundamental a la igualdad (Art. 16 C.P.), frente a los particulares que presten el servicio público de salud? ¿Acaso no procede cuando el solicitante se encuentre en estado de indefensión o de subordinación y pretenda que se le ampare, por ejemplo, su derecho fundamental a la igualdad (Art. 16 C.P.), a la libertad de expresión (Art. 20 C.P.) o a la circulación (Art. 24 C.P.)? La respuesta a estos interrogantes es una sola: la acción de tutela no puede ser un instrumento discriminatorio respecto de la protección de los derechos constitucionales fundamentales de las personas, así sea frente a otras personas particulares".

[11] De conformidad con la norma citada (artículo 2), se entiende por telecomunicación toda emisión, transmisión o recepción de señales, escritura, imágenes, signos, sonidos, datos o información de cualquier naturaleza, por hilo, radio, u otros sistemas ópticos o electromagnéticos.

[12] El Artículo 1 de la Ley 37 de 1993 dispone: La telefonía móvil celular es un servicio público de telecomunicaciones, no domiciliario, de ámbito y cubrimiento nacional, que proporciona en sí mismo capacidad completa para la comunicación telefónica entre usuarios móviles y, a través de la interconexión con la red telefónica pública conmutada (RTPC), entre aquellos y usuarios fijos, haciendo uso de una red de telefonía móvil celular, en la que la parte del espectro radioeléctrico asignado constituye su elemento principal.

[13] M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

[14] En la Recomendación UIT-T K.52 se encuentra la "Orientación sobre el cumplimiento de los límites de exposición de las personas a los campos electromagnéticos".

[15] El Artículo 3 de la Resolución 1645 de 2005 establece: Fuentes inherentemente conformes. Además de los emisores que cumplan con los parámetros estipulados en el numeral 3.11 del Decreto 195 de 2005, para los efectos del Decreto 195 de 2005 y de la presente resolución, se definen como fuentes inherentemente conformes, los emisores que emplean los siguientes sistemas y servicios, por cuanto sus campos electromagnéticos emitidos cumplen con los límites de exposición pertinentes y no son necesarias precauciones particulares:

? Telefonía Móvil Celular

? Servicios de Comunicación Personal, PCS

? Sistema Acceso Troncalizado-Trunking

? Sistema de Radiomensajes-Beeper

? Sistema de Radiocomunicación Convencional Voz y/o Datos-HF

? Sistema de Radiocomunicación Convencional Voz y/o Datos VHF

? Sistema de Radiocomunicación Convencional Voz y/o Datos UHF

? Proveedor de Segmento Espacial.

Por lo tanto, estos servicios no están obligados a realizar las mediciones que trata el Decreto 195 de 2005, ni a presentar la Declaración de Conformidad de Emisión Electromagnética. Sin embargo, esto no impide al Ministerio de Comunicaciones de revisar periódicamente estos valores e incluir alguno de estos servicios cuando lo crea conveniente o los niveles se superen debido a cambios en la tecnología u otros factores.

[16] La estación base es la edificación en la cual se instalan las antenas de telefonía móvil celular.

[17] El artículo 76 de la Constitución dispone: "La intervención estatal en el espectro electromagnético utilizado para los servicios de televisión, estará a cargo de un organismo de derecho público con personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonial y técnica, sujeto a un régimen legal propio.

Dicho organismo desarrollará y ejecutará los planes y programas del Estado en el servicio a que hace referencia en el inciso anterior."

[18] La inclusión de la Declaración de Río a la ley 99 de 1993 fue demandada ante la Corte Constitucional, por no haber entrado en vigencia en el ordenamiento jurídico colombiano mediante una ley aprobatoria. Sin embargo, esta Corporación decidió declararla exequible, en la sentencia C-528 de 1994, señaló que este artículo es exequible, por considerar que la declaración a la que se hace referencia no es un instrumento internacional, ni es un documento que está abierto a la adhesión de los Estados o de los organismos internacionales o supranacionales, con el carácter de un instrumento internacional con fuerza vinculante; es una declaración producida por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, reunida en Río de Janeiro del 3 al 14 de junio de 1992, en la que se proclaman los mencionados principios.(sentencia C-528 de 1994, M.P. Fabio Morón Díaz)

[19] Sentencia C-703 de 2010, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[20] M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

[21] En este instrumento el Comité interpretó el numeral primero del artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que establece:

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:

a) La reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños;

b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente;

c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas;

d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.(Negrillas fuera del texto)

[22] El Comité DESC es el órgano autorizado para interpretar las normas incorporadas al Pacto

Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales – instrumento que es parte del bloque de constitucionalidad y forma parte del ordenamiento interno, conforme al artículo 93 de la Constitución Política-, con el objetivo de lograr la plena efectividad de los derechos proclamados en este instrumento. La función interpretativa de este órgano es ejercida a través de observaciones generales, las cuales, aunque no forman parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto, sí forman parte del bloque como fuente interpretativa, conforme al artículo 93, inciso 2, de la Constitución Política. En consecuencia, la Corte Constitucional en su jurisprudencia, ha adoptado los lineamientos proferidos por este órgano para determinar el alcance y contenido de derechos constitucionales, dentro de los cuales se encuentra el derecho a la salud.

[23] M.P. Álvaro Tafur Galvis.

[24] M.P. Jaime Córdoba Triviño.

[25] M.P. Nilson Pinilla Pinilla

[26] El término de campos electromagnéticos aplicable en esta recomendación "comprende los campos estáticos, los campos de frecuencia extraordinariamente baja (FEB) y los campos de radiofrecuencia (RF), incluidas las microondas, abarcando la gama de frecuencia de O Hz a 300 GHz".

[27] http://monographs.iarc.fr/ENG/Preamble/CurrentPreamble.pdf

[28] http://www.iarc.fr/en/media-centre/pr/2011/pdfs/pr208_E.pdf

[29] Próximamente será publicada la Monografía número 102, a través de la cual la IARC sentará las bases para el manejo de los riesgos producidos por este agente que ahora es considerado como posible cancerígeno.

[30] Carcinogenicity of radiofrequency electromagnetic fields. The Lancet Oncology, Volume 12, Issue 7, Pages 624-626. Robert Baan, Yann Grosse, Béatrice Lauby-Secretan, Fatiha El Ghissassi, Véronique Bouvard, Lamia Benbrahim-Tallaa, Neela Guha, Farhad Islami, Laurent Galichet, Kurt Straif. En: http://www.thelancet.com/journals/lanonc/article/PIIS1470-2045(11)70147-4/fulltext

[31] M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

[32] Ver sentencias T-197 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[33] Sobre la naturaleza de las acciones afirmativas, la Corte Constitucional, en Sentencia C-371 de 2000, explicó que la expresión alude a (...) políticas o medidas dirigidas a favorecer a determinadas personas o grupos, ya sea con el fin de eliminar o reducir las desigualdades de tipo social, cultural o económico que los afectan, bien de lograr que los miembros de un grupo subrepresentado, usualmente un grupo que ha sido discriminado, tengan una mayor representación.

[34] Ver sentencias SU-225 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-787 de 2007, M.P. Rodrigo Escobar Gil; y T-855 de 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[35] La referida norma tiene por objeto [d]isminuir de manera significativa, la tasa de mortalidad por cáncer en los niños y personas menores de 18 años, a través de la garantía por parte de los

actores de la seguridad social en salud, de todos los servicios que requieren para su detección temprana y tratamiento integral, aplicación de protocolos y guías de atención estandarizados y con la infraestructura, dotación, recurso humano y tecnología requerida, en Centros Especializados habilitados para tal fin.

[36] Ver Gaceta 358/2008,

[37] ARTÍCULO 3º. 1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

[38] ARTÍCULO 8o. INTERÉS SUPERIOR DE LOS NIÑOS, LAS NIÑAS Y LOS ADOLESCENTES. Se entiende por interés superior del niño, niña y adolescente, el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes.

[39] Ver las sentencias T-514 de 1998, M.P. José Gregorio Hernández Galindo; T-510 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-292 de 2004. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; y T-794 de 2007. M.P. Rodrigo Escobar Gil

[40] Sentencia T-408 de 1995. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

[41] M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

[42] Código del Menor, artículo 30:"Un menor se halla en situación irregular cuando: 1. Se encuentre en situación de abandono o peligro, 2. Carezca de la atención suficiente para la satisfacción de sus necesidades básicas, 3. Su patrimonio se encuentre amenazado por quienes lo administren, 4. Haya sido autor o partícipe de una infracción penal, 5. Carezca de representante legal, 6. Presente deficiencia física, sensorial o mental, 7. Sea adicto a sustancias que produzcan dependencia o se encuentre expuesto a caer en la drogadicción, 8. Sea trabajador en condiciones no autorizadas por la ley, 9. Se encuentre en una situación especial que atente contra sus derechos o su integridad"

[43] Sentencia T-510 de 2003. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

[44] Sentencia T-459 de 1992. M.P. José Gregorio Hernández Galindo

[45] Ver Sentencias T-341 de 1993, M.P. José Gregorio Hernández Galindo; T-293 de 1994, M.P. José Gregorio Hernández Galindo; T-456 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero; T-079 de 1994, M.P. Antonio Barrera Carbonell

[46] Ver sentencias T-1015 de 2006, M.P. Álvaro Tafur Galvis y T-780 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[47] Ver sentencia T-405 de 1993, MP. Dr. Hernando Herrera Vergara

[48] M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

[49] Ver la sentencia T-360 de 2010, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

[50] M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

[51] ARTÍCULO 26. La Agencia Nacional del Espectro tendrá, entre otras, las siguientes funciones: (...)

4. Ejercer la vigilancia y control del espectro radioeléctrico, con excepción de lo dispuesto en el artículo 76 de la Constitución Política. (...)

10. Adelantar las investigaciones a que haya lugar, por posibles infracciones al régimen del espectro definido por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones así como imponer las sanciones, con excepción de lo dispuesto en el artículo 76 de la Constitución Política.

11. Ordenar el cese de operaciones no autorizadas de redes, el decomiso provisional y definitivo de equipos y demás bienes utilizados para el efecto, y disponer su destino con arreglo a lo dispuesto en la ley, sin perjuicio de las competencias que tienen las autoridades Militares y de Policía para el decomiso de equipos.

12. Actualizar, mantener y garantizar la seguridad y confiabilidad de la información que se genere de los actos administrativos de su competencia.

13. Las demás que por su naturaleza le sean asignadas o le correspondan por ley. **(...)**

PARÁGRAFO 2o. Para el ejercicio de las funciones de vigilancia y control, la Agencia Nacional del Espectro podrá contar con Estaciones Monitoras fijas y móviles para la medición de parámetros técnicos; la verificación de la ocupación del espectro radioeléctrico; y la realización de visitas técnicas a efectos de establecer el uso indebido o clandestino del espectro, en coordinación y con apoyo del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones

Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.
Compilación Juridica MINTIC
n.d.
Última actualización: 31 de julio de 2019