

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ
FACULTAD DE DERECHO**



Programa de Segunda Especialidad en Derecho Administrativo

**El Límite del Principio Precautorio en la Función Administrativa
(Análisis de la Sentencia Casatoria N. ° 28162-2017)**

Trabajo académico para optar el título de Segunda
Especialidad en Derecho Administrativo

Autor:

MARIA CAROLINA ESPINOZA BURGOS

Asesor(es):

LUCIO ÁNDRES SÁNCHEZ POVIS

Lima, 2021

RESUMEN

En el presente trabajo se desarrollarán los aspectos normativos y técnicos sobre el uso de las radios electromagnéticas que emanan las antes de telefonía móvil para garantizar un buen servicio a los administrados.

Sin embargo, existe controversia si dicha utilización ocasiona deterioros a la salud de las personas y al medio ambiente, toda vez que por un lado el Tribunal Constitucional peruano ha reiterado, en sus diversos pronunciamientos, que no existe prueba científica que compruebe que su utilización ocasione perjuicio a dichos derechos; y, por otro lado, la Corte Suprema de Justicia del Perú al emitir su pronunciamiento en la Sentencia Casatoria N.º 28162-2017 indicó que puede no es necesario la existencia de un informe técnico- científico que señale que su utilización puede ocasionar un perjuicio en los acotados derechos, ya que lo que se busca garantizar es el principio precautorio.

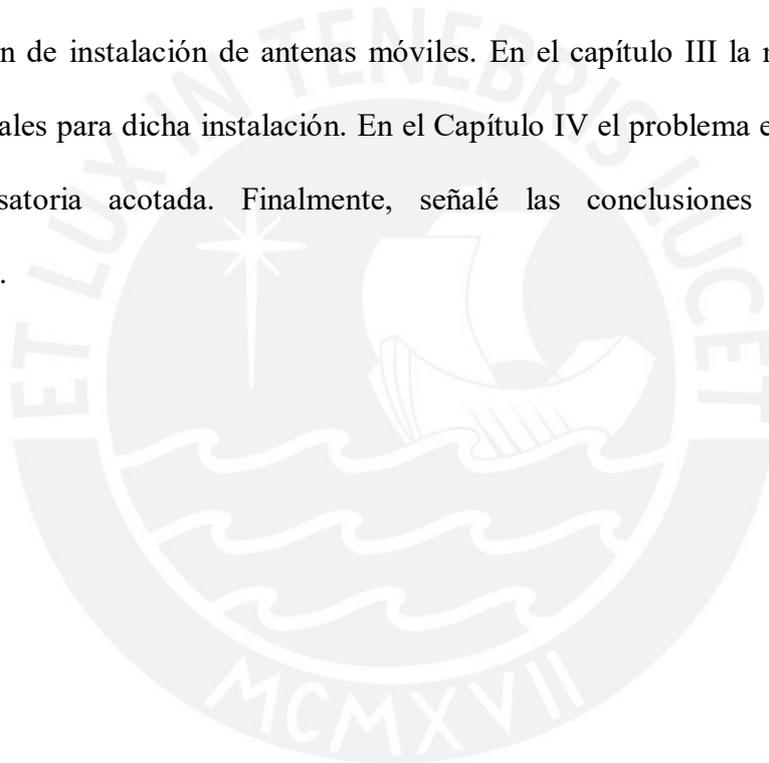
Lo anterior expuesto es explicado desde los enfoques normativos y jurisprudenciales para determinar si el criterio del Tribunal Constitucional es válido en relación a que las ondas electromagnéticas no son perjudiciales para la salud y el medio ambiente.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	3
1. Contenido del trabajo	4
1.1 Justificación de la elección de la resolución.	4
1.2 Relación de los hechos sobre los que versa la controversia de la que trata la resolución.	6
1.3 Identificación de los principales problemas jurídicos	7
1.3.1 Problema Principal:.....	7
1.3.4 Problemas específicos:	7
I. EL MARCO NORMATIVO DE LAS AUTORIZACIONES DE LAS INSTALACIONES DE ANTENAS DE TELEFONIA MÓVIL	7
1. El servicio de telefonía móvil. La necesidad de la infraestructura física para su funcionamiento.....	7
2. La Ley 29022 su fundamentación y reglamentación para la instalación.....	10
3. El marco competencial para instalar las antenas de telecomunicaciones: competencia compartida entre los gobiernos nacional y local.	13
II. LA NEGATIVA DEL GOBIERNO LOCAL PARA AUTORIZAR LA INSTALACION DE ANTENAS DE TELEFÓNICA MÓVIL: CAUSAS Y RAZONES JURIDICAS	17
1. El Principio Precautorio en la legislación peruana, Ley general del Ambiente N. ° 28611 y la Ley Marco del Sistema Nacional de Gestión Ambiental N. ° 28245.	17
2. Sentencia del Tribunal Constitucional peruano N. ° 0964-2002-AA/TC, <i>Caso Alida Cortez Gómez de Nano</i>	19
3. Sentencia del Tribunal Constitucional peruano N. ° 4223-2006-PA/TC, <i>Caso Máximo Medardo Mass López</i>	21
III. PROBLEMA ESPECIFICO: LA SENTENCIA CASATORIA.....	24
1. Análisis de la Sentencia Casatoria N. ° 28162-2017- Arequipa, <i>Caso Base radioeléctricas en el Municipio de Cayma</i>	24
2. Analizar los problemas jurídicos principales de las sentencias, sus fundamentos y rebatirlos.	26
CONCLUSIONES	28
RECOMENDACIONES.....	29
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	30

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo investigación tiene por finalidad analizar la Sentencia Casatoria N. ° 28162-2017 emitida por la Corte Suprema de Justicia del Perú y, para tal fin señalé en el Capítulo I la justificación del trabajo. En el Capítulo II indiqué el marco normativo para la autorización de instalación de antenas móviles. En el capítulo III la negativa de los gobiernos locales para dicha instalación. En el Capítulo IV el problema específico de la sentencia casatoria acotada. Finalmente, señalé las conclusiones y referencias bibliográficas.



1. Contenido del trabajo

1.1 Justificación de la elección de la resolución.

El Derecho Administrativo es el conjunto de principios y normas jurídicos que regulan y rigen la Función Administrativa del Poder, la Administración Pública, al Administrado y la relación entre la Administración Pública y el Administrado. Por ello, la Administración Pública y con ella quienes ejercen función administrativa no solo deben respetar la legalidad previstas en el ordenamiento jurídico, sino también los principios y valores constitucionales. Es sí que a través de sus actuaciones o pronunciamientos (actos administrativos o actos reglamentarios) deben estar parámetros dentro de la Carta Magna.

Sin embargo, existen situaciones en las cuales quienes ejercen función administrativa, esto es, su actuar funcional infringen los principios y valores constitucionales; empero, también concurren otras circunstancias en donde el ente administrativo a pesar de que cautela los principios y valores, no obstante, dicha actuación no es la debida, un ejemplo es la Sentencia Casatoria N. ° 28162-2017-Arequipa, del 20 de julio de 2019, en el cual Tribunal Supremo peruano consideró que el Municipio de Cayma, como entidad del Estado, tiene por obligación principal proteger y prever que no sea dañado el medio ambiente, conforme lo prevé la Ordenanza Municipal N. ° 018-2007MDC; por lo que, este al emitir su respectivo pronunciamiento respecto a la referida solicitud de autorización presentado por la empresa demandante (Empresa Nextel, ahora Entel S.A.) fue conforme a lo establecido en la referida Ordenanza, advirtiéndose que dicha disposición se sustentó en el principio precautorio, regulado además en la Ley 28611, Ley General del Ambiente, que autoriza al Estado a través de medidas normativas de difusión, capacitación e incentivo proteger la salud de las personas ante la exposición a radiaciones, el uso y la generación de radiaciones ionizantes; debiéndose tener en cuenta además que dicho principio comporta adoptar medidas de cautela ante la amenaza de un daño a la salud o al medio ambiente, pues la falta de certeza científica sobre sus causas y efectos no es óbice para que se adopten las acciones tendentes a tutelar el derecho al medio ambiente y a la salud de las personas.

El referido pronunciamiento no condice con lo señalado por el Tribunal Constitucional (TC, 2006) en el *Caso Mass López*:

No siempre la prohibición absoluta de determinada actividad es la única vía para alcanzar determinado grado de protección, pues, dependiendo del caso, el mismo puede ser alcanzado, mediante la reducción de la exposición al riesgo, con el establecimiento de mayores controles y la imposición de ciertas limitaciones. En el presente caso, de los informes técnicos solicitados por este Tribunal se concluye que no existe riesgo de exposición radioeléctrica, por lo que una decisión en el sentido de ordenar el desmantelamiento de la antena de NEXTEL, sería una medida irrazonable y desproporcionada.

Lo cual no obsta para que se disponga la realización permanente de mediciones de la exposición radioeléctrica de la población, a fin de que se garantice la no afectación de los derechos fundamentales al medio ambiente y a la salud; de conformidad con el artículo 5.1 del D.S. N.º 038-2003-MTC, el cual establece que los titulares de concesiones o autorizaciones vigentes adoptarán las medidas necesarias a efectos de garantizar que las radiaciones que emitan sus estaciones radioeléctricas, no excedan los límites máximos permisibles establecidos en el Decreto Supremo N.º 038-2003-MTC. El incumplimiento de esta obligación configurará una infracción muy grave, según lo dispuesto en el Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones. [véase fundamentos jurídicos 35 y 36 del Expediente N.º 4223-2006-PA/TC]

En ese sentido, resulta necesario realizar una investigación para determinar si existe un límite al principio precautorio en la función administrativa, conforme se ha detallado precedentemente.

1.2 Relación de los hechos sobre los que versa la controversia de la que trata la resolución.

En el presente caso, la empresa Nextel, ahora Entel S.A., solicitó la autorización para la instalación de una base radioeléctrica en el inmueble, ubicado en jirón Ayacucho, manzana B, Lote N. 14- Pueblo Joven Buenos Aires de Cayma, Zona A, Distrito de Cayma, Provincia y Departamento de Arequipa.

Sin embargo, tal solicitud fue denegada por el Municipio de Cayma –en adelante Municipio– señalando que no procedía la instalación solicitada por la ubicación del inmueble donde se pretende desarrollar la infraestructura en telecomunicaciones, contraviniendo lo dispuesto en la Ordenanza Municipal N. ° 018-2007-MDC, que en su artículo 3 estableció como una de las condiciones específicas para la instalación de infraestructura de telecomunicaciones que las antenas se ubiquen en las "zonas altas del Distrito de Cayma a partir de la línea de límite de amortiguamiento de la Reserva Natural de Salinas y Aguada Blanca”.

De otro lado, cabe acotar que la Ley N. ° 29022 y su Reglamento suspenden a la Ordenanza citada por la entidad demandada, toda vez que dichas normas se aprobaron a fin de regular un régimen especial y temporal para la expansión de infraestructura de telecomunicaciones en todo el territorio nacional, así pues el régimen aprobado por la Ley para la expansión de Infraestructura en Telecomunicaciones y su Reglamento, vincula a todas las entidades del Estado, teniendo por finalidad promover la formalización e instalación de la infraestructura necesaria para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones. En conclusión, cualquier disposición que establezca la no procedencia de dichas instalaciones se encuentra suspendidas en estricta aplicación de la Sétima Disposición Transitoria y Final de la Ley N. ° 29022.

1.3 Identificación de los principales problemas jurídicos

1.3.1 Problema Principal:

¿La función administrativa puede limitar el principio precautorio?

1.3.4 Problemas específicos:

¿Existen límites al principio precautorio?

¿Es necesario un informe técnico- científico que determine si la base radioeléctrica instalada dentro de un sector poblacional produce un daño ambiental?

¿Las bases radioeléctricas contaminan el medio ambiente?

I. EL MARCO NORMATIVO PARA LA AUTORIZACIÓN DE TELEFONIA MÓVIL

1. El servicio de telefonía móvil. La necesidad de la infraestructura física para su funcionamiento.

El servicio público es aquellas actividades que buscan satisfacer una necesidad esencial y de interés general, las cuales pueden ser prestadas por el Estado directamente o a través de un particular, reservándose en cualquier caso el control de su ejercicio.

Dentro de los servicios públicos se encuentran dos categorías: esenciales y no esenciales, siendo que en esta última está el sector de telecomunicaciones que en los últimos años ha sufrido cambios progresivos.

En esas líneas de ideas, cabe señalar lo indicado por el Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (Osiptel, 2004):

A diferencia del servicio telefónico fijo y del servicio portador de larga distancia nacional e internacional, que se mantuvieron bajo un régimen

de competencia limitada hasta agosto de mil novecientos noventa y ocho; los servicios móviles, el servicio portador local, el servicio de Internet y el servicio de televisión por cable permanecieron bajo un régimen de libre competencia; sin embargo, es a partir de la liberalización total del mercado de telecomunicaciones que este se ha dinamizado, permitiendo que los usuarios obtengan mayores beneficios en términos de menores tarifas, mejor calidad y mayor variedad de productos. Recuperado de

[https://www.osiptel.gob.pe/Archivos/Publicaciones/Las Telecomunicaciones_en-el_Per%C3%BA_Mercados_de_Servicios.pdf](https://www.osiptel.gob.pe/Archivos/Publicaciones/Las_Telecomunicaciones_en-el_Per%C3%BA_Mercados_de_Servicios.pdf)

Lo anterior se desprende que el “servicio telefónico móvil es aquel que se presta a través del medio radioeléctrico en las bandas específicamente determinadas por el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones –en adelante el MTC– , mediante terminales móviles que se pueden transportar de un lugar a otro dentro del área de servicio de la empresa operadora, la misma que se encuentra configurada en células” (Recuperado de: https://portal.mtc.gob.pe/comunicaciones/concesiones/servicios_publicos/informacion_conseccionarios.html).

Para prestar este servicio óptimamente a los usuarios, se requiere de infraestructura física para su funcionamiento; para ello la Ley N. ° 29022, Ley para el Fortalecimiento de la Expansión de Infraestructura en Telecomunicaciones, en su artículo 2, señala que : “Infraestructura necesaria para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones: Todo poste, ducto, conducto, canal, cámara, torre, estación de radiocomunicación, derechos de vía asociados a la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones, así como aquella que así sea declarada en el reglamento”.

Sin embargo, cabe señalar que Ley N. ° 29022 señala, en su artículo 7, que existen prohibiciones para la instalación de la infraestructura para los concesionarios de servicios públicos de telecomunicaciones, las cuales son:

- a) Obstruir la circulación de vehículos, peatones o ciclistas.
- b) Impedir el uso de plazas y parques.
- c) Afectar la visibilidad de conductores de vehículos que circulen por la vía pública.
- d) Interferir en la visibilidad de la señalización de tránsito
- e) Dañar, impedir el acceso o hacer inviable el mantenimiento, funcionamiento o instalación de infraestructura de otros servicios públicos.
- f) Dañar el patrimonio urbanístico, histórico, cultural, turístico y paisajístico.
- g) Poner en riesgo la seguridad de terceros y de edificaciones vecinas.
- h) Generar radiación no ionizante en telecomunicaciones sobre los límites máximos permisibles establecidos por la regulación sectorial, de acuerdo con los estándares internacionales.
- i) Afectar la biodiversidad y los ecosistemas al interior de las áreas naturales protegidas, sus zonas de amortiguamiento y en las áreas de conservación regional.

Lo referido se advierte que los concesionarios de servicios públicos de telecomunicaciones deben desarrollar sus proyectos con tecnología que permita que las estaciones de radiocomunicación, las torres y las antenas sean instaladas con el mínimo de impacto paisajístico, en armonía estética con el entorno y edificaciones circundantes, integradas al paisaje urbano y con impacto ambiental reducido.

2. La Ley 29022 su fundamentación y reglamentación para la instalación.

La Ley N. ° 29022, en su artículo 1, señala que: “un régimen especial y temporal en todo el territorio nacional para la instalación y expansión de los servicios públicos de telecomunicaciones, en especial en áreas rurales y lugares de preferente interés social y zonas de frontera, a través de la adopción de medidas que promuevan la inversión privada en Infraestructura de Telecomunicaciones”.

Aunado a ello, cabe señalar que la Ley N. ° 30228, que modificó la Ley N. ° 29022, establece un procedimiento estándar para instalar antenas y además ya regula la variable ambiental, al señalar, entre otros aspectos, el principio precautorio o de precaución que se da cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza absoluta no debe utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces y eficientes para impedir la degradación del ambiente.

También la acotada Ley indica cuáles son los soportes materiales y tecnológicos de la infraestructura, tales como la torre de telecomunicaciones que es la estructura que sirve de soporte a la antena o sistema de antenas de las estaciones radioeléctricas, y antena que es el dispositivo que emite o recibe señales radioeléctricas.

Sumado a ello, cabe indicar que el Decreto Supremo N. ° 003-2015-MTC, en su artículo 7, establece que: “Las Autorizaciones que sean necesarias para instalar Infraestructura de Telecomunicaciones, se sujetan a un procedimiento de aprobación automática, previo cumplimiento de los requisitos señalados en el Título II.7.2 Para acogerse al Procedimiento de Instalación de Infraestructura de Telecomunicaciones, el Solicitante presenta ante la Entidad otorgante el FUIIT, acompañando a dicho documento los requisitos señalados en el Título II. La falta de alguno de estos

requisitos, conforme lo exige la norma, impide la aprobación automática de su solicitud.7.3 Los procedimientos que se tramitan al amparo de la presente norma se encuentran sujetos a la fiscalización posterior a que se refiere el numeral 5.1 del artículo 5° de la Ley”.

Adicionando a lo anterior, cabe señalar que el Decreto Supremo N. ° 003-2015-MTC, en su artículo 12, señala :

- a) Cronograma detallado de ejecución del proyecto.
- b) Memoria descriptiva, detallando la naturaleza de los trabajos a realizar, así como las características físicas y técnicas de las instalaciones, adjuntando los planos de ubicación de la Infraestructura de Telecomunicaciones, a escala 1/5000. En caso de ejecutarse obras civiles para la instalación de Estaciones de Radiocomunicación, se deben anexar además planos de estructuras, y planos eléctricos, de ser el caso, a escala 1/500 detallado y suscrito por ingeniero civil o eléctrico colegiado, según corresponda.
- c) Declaración jurada del ingeniero civil colegiado y responsable de la ejecución de la obra, según el formato previsto en el Anexo 4, que indique expresamente que la edificación, elementos de soporte o superficie sobre la que se instalará la Infraestructura de Telecomunicaciones, reúne las condiciones que aseguren su estabilidad y adecuado comportamiento en condiciones de riesgo tales como sismos, vientos, entre otros. En el caso de Estaciones de Radiocomunicación la declaración debe considerar además el impacto que las cargas ocasionen sobre las edificaciones existentes, incluyendo el peso de las obras civiles. En ambos casos se anexa un informe

con los cálculos que sustentan la declaración jurada efectuada, a efectos de realizar la fiscalización posterior de lo declarado

d) En caso la obra implique la interrupción del tránsito, se debe adjuntar el plano de ubicación conteniendo la propuesta de desvíos y señalización, e indicar el tiempo de interferencia de cada vía, así como las acciones de mitigación adecuadas por los inconvenientes generados en la ejecución de la instalación estableciendo la mejor forma de reducir los impactos que esto genere.

e) Copia simple del Certificado de Habilidad vigente, que acredite la habilitación del Ingeniero responsable de la ejecución de la obra, y de ser el caso, del ingeniero civil que suscribe los planos descritos en el literal b, expedidos por el Colegio de Ingenieros del Perú.

f) Formato de mimetización de acuerdo a lo previsto en la Sección I del Anexo 2.

g) Carta de compromiso del Operador o del Proveedor de Infraestructura Pasiva, por la cual se compromete a adoptar las medidas necesarias para revertir y/o mitigar el ruido, las vibraciones u otro impacto ambiental durante la instalación de la Infraestructura de Telecomunicaciones, así como a cumplir los Límites Máximos Permisibles.

3. El marco competencial para instalar las antenas de telecomunicaciones: competencia compartida entre el gobierno nacional y los gobiernos locales.

La Constitución Política del Perú, en su artículo 194, se establece que: “las municipalidades provinciales y distritales son los órganos de gobierno local, tienen autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia; y, adicionalmente, se determina que las municipalidades de los centros poblados son creadas conforme a ley”.

Asimismo, en el artículo 195 de la norma fundamental señala que: “los gobiernos locales promueven el desarrollo, la economía local, la prestación de los servicios públicos de su responsabilidad, en armonía con las políticas y planes nacionales y regionales de desarrollo; y se reconoce que son competentes para desarrollar distintas actividades que son precisadas en la misma disposición constitucional, entre las cuales se encuentra planificar el desarrollo urbano y rural”.

Resulta relevante describir dos conceptos que contiene la competencia asignada a los municipios, el primero de ellos es ‘urbanismo’: Se entiende por urbanismo al conjunto de conocimientos relativos a la planificación, desarrollo, reforma y ampliación de los edificios y espacios de las ciudades, trata de organizar la ciudad y el territorio, planificando una mejor intervención en búsqueda de una ciudad más ordenada; el segundo, ‘zonificación’: Se entiende por esta al conjunto de normas urbanísticas que regulan el uso del suelo en función de las demandas físicas, económicas y sociales de la población, lo cual permite la localización compatible, equilibrada y armónica de sus actividades con fines de vivienda, producción comercio, industria, equipamiento, servicios, recreación, turismo, cultura, protección ambiental y de defensa civil, conforme así lo señalan los instrumentos normativos municipales.

Sumado a lo anterior, cabe señalar que el Tribunal Constitucional (TC, 2001), al emitir la sentencia recaída en el Expediente N° 010-2001-AI/TC indicó:

La autonomía municipal constituye, en esencia, una garantía institucional, esto es, un instituto constitucionalmente protegido que, por su propia naturaleza, impide que el legislador pueda desconocerla, vaciarla de contenido o suprimirla; protege a la institución de los excesos que pudieran cometerse en el ejercicio de la función legislativa, y persigue asegurar que, en su tratamiento jurídico, sus rasgos básicos o su identidad no sean trastocados de forma que la conviertan en impracticable o irreconocible.

La autonomía municipal supone capacidad de autodesenvolvimiento en lo administrativo, político y económico de las municipalidades, sean éstas provinciales o distritales. Ciertamente, la garantía de la autonomía municipal no impide que el legislador nacional pueda regular su régimen jurídico, siempre que, al hacerlo, se respete su contenido esencial. En este contexto, respetar el contenido esencial de la institución constitucionalmente garantizada quiere decir no sujetar o condicionar la capacidad de autodesenvolvimiento pleno de los gobiernos locales a relaciones que se puedan presentar como injustificadas o irrazonables.

Por consiguiente, ha de tratarse de relaciones que sean, en lo fundamental, de coordinación y, sólo excepcionalmente, de subordinación, en aquellos casos en que la Constitución expresamente lo permita, a fin de que la capacidad de autodesenvolvimiento no termine vaciada de contenido. Autonomía no significa autarquía; por ello, cuando

a un órgano se le reconoce tal garantía institucional, se le impone implícitamente que dicha capacidad de autonormación y administración deba realizarse dentro del ordenamiento jurídico y, en particular, dentro de los límites constitucionalmente establecidos. Y es que la capacidad de autogobierno, esto es, el desenvolvimiento con libertad y discrecionalidad, no significa dejar de pertenecer a una estructura general de la cual se forma parte en todo momento, que está representada por el Estado y por el ordenamiento jurídico que lo rige. Por su propia naturaleza, la autonomía hace referencia a un poder limitado, en el que se ejercita un conjunto de atribuciones, pero respetando el principio de unidad del Estado, al que se refiere el segundo párrafo del artículo 43.º de la Constitución (resaltado nuestro).

Adicionalmente, el Tribunal Constitucional (TC, 2005), al emitir pronunciamiento en la sentencia emitida en el Expediente N° 0015-2005-PI/TC, se precisó:

Esta garantía [autonomía municipal] permite a los gobiernos locales desenvolverse con plena libertad en dichos ámbitos; es decir, **se garantiza que los gobiernos locales, en los asuntos que constitucionalmente les atañen, puedan desarrollar las potestades necesarias que garanticen su autogobierno** (énfasis nuestro).

Adicionando a lo anterior, cabe resaltar que el Tribunal Constitucional (TC, 2009) en el Expediente N.º 00014-2009-PI/TC expresó:

Para delimitar las competencias de las distintas entidades, debe tenerse en cuenta efectivamente lo establecido en la Constitución, partiendo específicamente de: i) el principio de unidad, ii) el principio de cooperación y lealtad nacional, regional y municipal, y; iii) de la cláusula de taxatividad y cláusula de residualidad. Sobre estos principios este Colegiado ha expresado en la STC 0010-2008-PI/TC, lo siguiente:

“Principio de unidad.– De acuerdo con este principio, el Estado peruano es unitario y descentralizado (artículo 43° de la Constitución), esto es, un Estado en el cual los Gobiernos Regionales y Locales no sólo tienen autonomía administrativa, sino también económica y, lo que es más importante, autonomía política. Por tanto, sus órganos son elegidos por sufragio directo (artículo 191° de la Constitución), y tienen la capacidad de dictar normas con rango de ley (artículo 192. 6 y 200. 4 de la Constitución).

Así pues, la garantía institucional de la autonomía regional [y local] no puede contraponerse, en ningún caso, al principio de unidad del Estado, porque si bien éste da vida a sub-ordenamientos que resultan necesarios para obtener la integración política de las comunidades locales en el Estado, estos no deben encontrarse en contraposición con el ordenamiento general.”

Principio de cooperación, y lealtad nacional y regional.– Este principio implica que el carácter descentralizado del Estado peruano no es incompatible con la configuración de Estado unitario, toda vez que si

bien ella supone el establecimiento de órganos de poder territorialmente delimitados, a los cuales se les dota de autonomía política, económica y administrativa, su ejercicio debe realizarse dentro del marco constitucional y legal que regula el reparto competencial de los Gobiernos Regionales y Municipales, por lo que de este principio se derivan, a su vez, deberes concretos para ambos.

Así, mientras el Gobierno Nacional debe cumplir el *principio de lealtad regional* [y local] y, por consiguiente, cooperar y colaborar con los Gobiernos Regionales [y Gobiernos locales], estos deben observar el *principio de lealtad nacional*, en la medida en que no pueden afectar a través de sus actos normativos fin estatal alguno, por lo que no pueden dictar normas que se encuentren en contradicción con los intereses nacionales que se derivan de la Constitución.

II. LA NEGATIVA DE LOS GOBIERNOS LOCALES PARA AUTORIZAR LAS INSTALACIONES DE ANTENAS DE TELEFÓNICA MÓVIL: CAUSAS Y RAZONES JURIDICAS

1. El Principio Precautorio en la legislación peruana, Ley general del Ambiente N. ° 28611 y la Ley Marco del Sistema Nacional de Gestión Ambiental N. ° 28245.

El Perú es una Estado de Derecho Constitucional que no solo trata de proteger y garantizar los derechos fundamentales de las personas, sino también d de protegerla de los ataques al medio ambiente en el que esa existencia se desenvuelve, a fin de permitir que su vida se desarrolle en condiciones ambientales aceptables, pues, como se afirma en el artículo 13 de la Declaración americana sobre los derechos de los pueblos indígenas, el “derecho

a un medio ambiente seguro, sano, es condición necesaria para el goce del derecho a la vida y el bienestar colectivo”.

En base a ello, el Tribunal Constitucional (TC, 2003), al emitir la Sentencia recaída en el Expediente N. ° 3510-2003-AA/TC, *caso Julio César Huayllasco Montalva, señaló que:*

“El derecho al ambiente equilibrado y adecuado participa tanto de las propiedades de los derechos reaccionales como de los derechos prestacionales. En su faz reaccional, este se traduce en la obligación del Estado de abstenerse de realizar cualquier tipo de actos que afecten al medio ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida humana”

En su dimensión prestacional, impone al Estado tareas u obligaciones destinadas a conservar el ambiente equilibrado, las cuales se traducen, a su vez, en un haz de posibilidades. Desde luego, no solo supone tareas de conservación, sino también de prevención que se afecte a ese ambiente equilibrado” (véase fundamento jurídico n. ° 2).

Por ello, el Estado peruano, en aras de proteger y garantizar el medio ambiente, optó en promover políticas públicas, inclusive promulgando legislación.

La Ley General del Ambiente N. ° 28611, publicada el 15 de octubre de 2005, en su Título Preliminar, artículo VII, prevé que: “Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza absoluta no debe utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces y eficientes para impedir la degradación del ambiente”; evidenciándose la existencia del principio precautorio.

El principio precautorio “Exige la adopción de medidas de protección antes de que se produzca realmente el deterioro al medio ambiente. Aquel opera más bien ante la amenaza de un daño a la salud o medio ambiente y la falta de certeza científica sobre sus causas y efectos. Es justamente en esos casos en que el principio de precaución puede justificar una acción para prevenir el daño, tomando medidas antes de tener pruebas de este” (véase fundamento jurídico 4 de la Sentencia recaída del Expediente N. ° 3510-2003-AA/TC)

En ese orden de ideas, existen medidas de protección que deben tener en cuenta as entidades públicas. Por ejemplo, existe la Ley Marco del Sistema Nacional de Gestión Ambiental que tiene por finalidad orientar, integrar, coordinar, supervisar, evaluar y garantizar la aplicación de las políticas, planes, programas y acciones destinados a la protección del ambiente y contribuir a la conservación y aprovechamiento sostenible de los recursos naturales.

Aunado a lo anterior, la referida Ley, en su artículo 5, literal K, señala que: “La aplicación del criterio de precaución, de modo que cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza absoluta no debe utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces y eficientes para impedir la degradación del ambiente”.

2. Sentencia del Tribunal Constitucional peruano N. ° 0964-2002-AA/TC, *Caso Alida Cortez Gómez de Nano*

En el presente caso, la demandante Alida Cortez Gómez de Nano interpone su demanda de amparo contra NEXTEL DEL PERÚ S.A., arguyendo como pretensión principal que se ordene el inmediato desmantelamiento de la antena y los equipos instalados por la demandada en la Av. Prolongación Javier Prado Este N.° 7069, en el distrito de Ate, provincia y departamento de Lima, por violarse los derechos constitucionales a la paz, tranquilidad y a gozar de un medio ambiente sano y adecuado.

Tal argumento esbozado por la parte demandada fue amparada por el Tribunal Constitucional (TC, 2002) por las siguientes razones jurídicas:

La posible afectación del derecho a la salud y a un medio ambiente sano y adecuado a consecuencia de la propagación de ondas electromagnéticas, este Tribunal debe destacar que se trata de un tema en el que, desde un punto de vista científico, no existe actualmente consenso.

Sí existe consenso, sin embargo, en que a través de la legislación correspondiente se establezca una serie de precauciones destinadas a evitar

que la carencia de resultados satisfactorios en la investigación sobre el tema, no termine generando problemas irreversibles en la salud y el medio ambiente, y, en ese sentido, que en la medida de lo posible tales equipos y antenas se instalen en lugares donde la gente no pase prolongados periodos de tiempo.

Forma parte de ese denominado “principio de precaución”, que el Estado prevea a través de medidas de regulación en la prestación de ese servicio público o mediante la regulación de la materia urbanística, que la instalación de tales equipos y antenas no se efectúe cerca de hospitales, escuelas o zonas residenciales, y que se asegure que los que operan en el mercado en la prestación del servicio público en referencia, compartan torres para reducir su número.

El deber de prevención que el derecho de contar con un medio ambiente sano y adecuado impone sobre los poderes públicos y dentro del cual hay que considerar al principio de precaución, es que el Tribunal estima que tales antenas y equipos, cuando no fuese posible su instalación en otras áreas que no sean las zonas residenciales, deben necesariamente colocarse distante de las viviendas.

En el presente caso, la recurrente ha acreditado, mediante fotos, que la instalación cuestionada está extremadamente próxima a diversas viviendas y, además, pese a lo que se ha expuesto en el fundamento N.º 5 de esta sentencia, que la demandada no contaba con la autorización municipal para instalarlas.

El hecho de que exista una necesidad de mejorar la prestación de ciertos servicios públicos no significa que ésta se satisfaga afectando los intereses de

esos mismos ciudadanos o de otros distintos, como parece ocurrir en el presente caso.

El Tribunal consideró que al no haber obtenido la emplazada la autorización municipal para la ejecución de la obra, no se ha acreditado técnicamente que ésta no representa una amenaza para los derechos fundamentales invocados por la recurrente.

Comentario: En el presente caso, el TC determina que no existe consenso científico en relación con que las propagaciones de las ondas electromagnéticas causen desmedro en la salud y al medio ambiente sano de los ciudadanos.

3. Sentencia del Tribunal Constitucional peruano N. ° 4223-2006-PA/TC, *Caso Máximo Medardo Mass López*.

En el presente caso, el demandante *Mass López* interpone demanda de amparo contra NEXTEL PERÚ S.A., solicitando que se ordene el inmediato desmantelamiento de la antena de telecomunicaciones y demás equipos instalados por la demandada en el Centro Comunal ubicado en la Urbanización Los Pinos, puesto que considera que su permanencia constituye una grave vulneración al derecho a la paz, a la tranquilidad y a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida, así como el derecho a la salud de los pobladores de dicha urbanización; que, en el mes de diciembre del año 2000, la demandada inició la instalación de los equipos, sobre la base de un contrato de arrendamiento nulo y sin contar con los informes favorables del Ministerio de Transportes y Comunicaciones y de Defensa Civil.

Tal argumento esbozado por la parte demandada no fue amparado por el Tribunal Constitucional (TC, 2006) por las siguientes razones jurídicas:

En los fundamentos precedentes, se ha señalado que el *principio precautorio* se aplica ante la amenaza de un daño a la salud o medio ambiente y ante la falta de certeza científica sobre sus causas y efectos. Si bien el presupuesto esencial para la aplicación del principio precautorio es precisamente la falta de certeza científica –aun cuando no sea imprescindible demostrar plenamente la gravedad y realidad del riesgo–, sí resulta exigible que haya indicios razonables y suficientes de su existencia y que su entidad justifique la necesidad de adoptar medidas urgentes, proporcionales y razonables.

No siempre la prohibición absoluta de determinada actividad es la única vía para alcanzar determinado grado de protección, pues, dependiendo del caso, el mismo puede ser alcanzado, mediante la reducción de la exposición al riesgo, con el establecimiento de mayores controles y la imposición de ciertas limitaciones.

En el presente caso, de los informes técnicos solicitados por este Tribunal se concluye que no existe riesgo de exposición radioeléctrica, por lo que una decisión en el sentido de ordenar el desmantelamiento de la antena de NEXTEL, sería una medida irrazonable y desproporcionada.

Lo cual no obsta para que se disponga la realización permanente de mediciones de la exposición radioeléctrica de la población, a fin de que se garantice la no afectación de los derechos fundamentales al medio ambiente y a la salud; de conformidad con el artículo 5.1 del D.S. N.º 038-2003-MTC, el cual establece que “los titulares de concesiones o autorizaciones vigentes adoptarán las medidas necesarias a efectos de garantizar que las radiaciones que emitan sus estaciones radioeléctricas, no excedan los límites máximos permisibles establecidos en el Decreto Supremo N.º 038-2003-MTC. El incumplimiento de esta obligación

configurará una infracción muy grave, según lo dispuesto en el Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones”.

Comentario: El Tribunal Constitucional peruano, en el presente caso, determinó que al no existir evidencias científicas que respalden que lapropagación de ondas electromagnéticas que afecten los derechos a la salud y al medio ambiente sano no podía amparar la demanda interpuesta; pero, sí dispuso, como medida preventiva la realización permanente de mediciones de la exposición radioeléctrica de la población.

III. EL PROBLEMA ESPECIFICO: LA SENTENCIA CASATORIA.

1. Análisis de la Sentencia Casatoria N. ° 28162-2017- Arequipa, *Caso Base radioeléctricas en el Municipio de Cayma*

La demanda fue interpuesta por la empresa NEXTEL PERÚ S.A. contra la Municipalidad de Cayma solicitando que:

- i. Se declare la nulidad total de la Resolución de Gerencia Municipal N. °129-2014-GM-MDC, quedecaró infundado su recurso de apelación interpuesto contra la Resolución de Gerencia de Desarrollo Urbano N. °247-2014-GDU-MDC, resolución del cual también se pide su nulidad, siendo que esta última resuelve declarar improcedenteelrecurso dereconsideracióninterpuestoporEntelcontra la Resolución de Gerencia de Desarrollo Urbano N. °107-2014-GDU-MDC, mediante el cual se declaró improcedente la solicitud de autorización para la instalación de una base radioeléctrica en el inmueble ubicado en jirón Ayacucho, manzana B, Lote catorce—Pueblo Joven Buenos Aires de Cayma, ZonaA, distrito de Cayma, provincia y departamento de Arequipa.
- ii. Cumplió con todos los requisitos establecidos en la Ley N. °29022ysu reglamento; sin embargo, la entidad edil ha denegado su pedido argumentando que no procedía la instalación solicitada por la ubicación del inmueble donde se pretende desarrollar la infraestructura en telecomunicaciones, contraviniendo lo dispuesto en la Ordenanza Municipal N. °018-2007-MDC, que en su artículo3 ha

establecido como una de las condiciones específicas para la instalación de infraestructura de telecomunicaciones que las antenas se ubiquen en las "zonas altas del Distrito de Cayma a partir de la línea de límite de amortiguamiento de la Reserva Natural de Salinas y Aguada Blanca".

Dichos agravios expuestos por la demandante NEXTEL PERÚ S.A. fueron amparados tanto en primera como en segunda instancia en mérito a las siguientes razones jurídicas:

- i. Si bien la Ordenanza N. ° 018-2007-MDC regula en forma específica el espacio territorial donde se pueden instalar este tipo de antenas en armonía con las normas de medio ambiente, salud pública, ornato, áreas protegidas, orden interno, seguridad nacional y otros; cabe señalar que el Gobierno Central publicó con fecha veinte de mayo de dos mil siete la Ley N. ° 29022, Ley de Fortalecimiento de la Expansión de Infraestructura en Telecomunicaciones con el objeto de establecer un régimen especial y temporal en todo el territorio nacional, para la instalación y desarrollo de la infraestructura necesaria para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones; dicha ley es de aplicación y observancia obligatoria en todas las Entidades de la Administración Pública.
- ii. La única documentación exigible por cualquier autoridad es la establecida en la Ley N. ° 29022, dado que durante la vigencia de dicha norma se suspende la aplicación de las disposiciones que se le opongan, y que la aplicación y observancia de la misma es obligatoria en todas las entidades de la administración pública comprendiéndose también a los gobiernos locales, por lo tanto no resulta aplicable la Ordenanza N. ° 018-2007-MDC, en consecuencia las resoluciones impugnadas devienen en nulas.

Lo referido líneas arriba fue impugnado por el Municipio de Cayma, al interponer su recurso de casación, por las siguientes causales:

a) Infracción normativa de los artículos 92 y 79, inciso 3.6.5 de la Ley Orgánica de las Municipalidades-Ley N. ° 27972-. Alega que dicha normatividad, respectivamente, indica que las licencias de construcción y funcionamiento que otorguen las Municipalidades deben estar en conformidad con los planes integrales

de desarrollo distrital y provincial; y, que reconoce como función específica exclusiva de las Municipalidades Distritales, normar, regular y otorgar autorizaciones, derechos y licencias, y realizar la fiscalización de construcción de estaciones radioeléctricas y tendido de cables de cualquier naturaleza; por lo que, la Sala Superior no advirtió que la petición de autorización para la construcción de una estación de telecomunicaciones (antenas) presentada por la demandante Entel Perú Sociedad Anónima contraviene el Plan Urbano Distrital de Cayma, aprobado mediante Ordenanza Municipal N. ° 013 -2006-MDC, que contempla el cuadro de índice de usos para la ubicación de actividades urbanas, toda vez que el predio donde la parte actora pretende ubicar la referida instalación de telecomunicaciones se encuentra en una zona residencial de baja intensidad, situación que ha sido informada, mediante Oficio N. ° 504-2015-MDC-GDU, emitido por la Gerencia de Desarrollo Urbano de la entidad recurrente, por lo que *dicha petición de autorización, no se ajusta al plan integral de desarrollo distrital, a que se refiere el artículo 92 de la Ley Orgánica de Municipalidades, en concordancia con el artículo 6 de la Ley de Regulación de Habilitaciones Urbanas y de Edificaciones –Ley N. ° 29090, permitiendo la decisión impugnada una práctica abusiva en la ubicación de estaciones de telecomunicaciones que no solo desconoce la normativa nacional y municipal sino también, las medidas de seguridad que aquéllas regulan a efectos de proteger a la ciudadanía.*

b) Infracción a los incisos 3 y 5 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado. Causal admitida de manera excepción –de conformidad con lo regulado en el artículo 139 de la Constitución Política del Estado–, ya que la sentencia de vista impugnada podría haber incurrido en la vulneración de los derechos al debido proceso, tutela jurisdiccional efectiva y motivación de resoluciones judiciales.

Lo anterior fue analizado por el Tribunal Supremo peruano, declarando fundado el recurso de casación interpuesto por el Municipio por las siguientes razones jurídicas:

- La Municipalidad de Cayma, como entidad del Estado, tiene por obligación principal proteger y prever que no sea dañado el medio ambiente, frente a ello, publicó la Ordenanza Municipal N. ° 018-2007- MDC, el ocho de diciembre de dos mil siete, que tiene carácter de ley, que en su artículo 3°, señala las condición

es específicas para la ubicación e instalación de antenas para la transmisión de ondas de teléfono móvil, y estaciones radio eléctricas en la jurisdicción del distrito de Cayma “Solo se permitirán la instalación de antes para la transmisión de ondas de teléfono móvil y estaciones radioeléctricas en la zonas altas del distrito de Cayma a partir de la línea de límite de amortiguamiento de la (RNSAG) Reserva Natural de Salinas y Aguada Blanca”.

El Municipio recurrente, al emitir su respectivo pronunciamiento respecto a la referida solicitud de autorización presentado por la empresa demandante fue conforme a lo establecido en la Ordenanza Municipal N.º 018-2007-MDC, advirtiéndose que dicha disposición tiene sustento en el principio precautorio, regulado además en la Ley 28611, Ley General del Ambiente, que autoriza al Estado a través de medidas normativas de difusión, capacitación e incentivo proteger la salud de las personas ante la exposición a radiaciones, el uso y la generación de radiaciones ionizantes; debiéndose tener en cuenta además que dicho principio comporta adoptar medidas de cautela ante la amenaza de un daño a la salud o al medio ambiente, pues la falta de certeza científica sobre sus causas y efectos no es óbice para que se adopten las acciones tendentes a tutelar el derecho al medio ambiente y a la salud de las personas.

2. Analizar los problemas jurídicos principales de las sentencias, sus fundamentos y rebatirlos.

El Tribunal Supremo peruano, al emitir pronunciamiento en la Sentencia de Casatoria, materia de análisis, arguye que el Municipio de Cayma tiene autonomía, dentro de su jurisdicción, para adoptar medidas legales que protejan la “Reserva Natural de Salinas y Aguada Blanca”, en mérito al principio precautorio, por lo que publicó la Ordenanza Municipal N.º 018-2007- MDC. Además, menciona que la falta de certeza científica sobre sus causas y efectos no es óbice para que se adopten las acciones tendentes a tutelar el derecho al medio ambiente y a la salud de las personas.

Lo anterior, se advierte que en la Sentencia Casatoria, materia de análisis, existen problemas jurídicos, al considerar que el Municipio cuenta con autonomía municipal – amparada constitucionalmente y legalmente, para adoptar políticas que protejan los

derechos a la salud y al medio ambiente de sus pobladores; dicha facultad es concordante con la Ley General de Ambiente que prevé en principio precautorio. Sin embargo, cabe señalar que dicha facultad no es absoluta, ya que el mismo Tribunal Constitucional peruano (TC, 2006), en el Expediente N. ° 4223-2006-PA/TC, Caso *Mass López*—conforme se detalló en párrafos precedentes—, que tiene como fundamento principal que:

El *principio precautorio* se aplica ante la amenaza de un daño a la salud o medio ambiente y ante la falta de certeza científica sobre sus causas y efectos. Si bien el presupuesto esencial para la aplicación del principio precautorio es precisamente la falta de certeza científica —aun cuando no sea imprescindible demostrar plenamente la gravedad y realidad del riesgo—, sí resulta exigible que haya indicios razonables y suficientes de su existencia y que su entidad justifique la necesidad de adoptar medidas urgentes, proporcionales y razonables

Pero no siempre la prohibición absoluta de determinada actividad es la única vía para alcanzar determinado grado de protección, pues, dependiendo del caso, el mismo puede ser alcanzado, mediante la reducción de la exposición al riesgo, con el establecimiento de mayores controles y la imposición de ciertas limitaciones. En el presente caso, de los informes técnicos solicitados por este Tribunal se concluye que no existe riesgo de exposición radioeléctrica, por lo que una decisión en el sentido de ordenar el desmantelamiento de la antena de NEXTEL, sería una medida irrazonable y desproporcionada (véase fundamentos jurídicos 34 y 35°).

Finalmente, la conclusión es que el principio precautorio no es un criterio válido para fundamentar la oposición a las instalaciones de antenas de telefónico móvil.

CONCLUSIONES

1. El Tribunal Constitucional (TC), en el presente caso, determinó que al no existir evidencias científicas que respalden que la propagación de ondas electromagnéticas que afecten los derechos a la salud y al medio ambiente sano no podía amparar la demanda interpuesta; pero, sí dispuso, como medida preventiva la realización permanente de mediciones de la exposición radioeléctrica de la población.
2. El Tribunal Constitucional (TC) determina que no existe consenso científico en relación con que las propagaciones de las ondas electromagnéticas causen desmedro en la salud y al medio ambiente sano de los ciudadanos.
3. El principio precautorio no es un criterio válido para fundamentar la oposición a las instalaciones de antenas de telefónico móvil.

RECOMENDACIONES

Los principios de predictibilidad y de seguridad jurídicas rigen en todo el ordenamiento jurídico peruano, sin embargo, cuando existen discrepancias o falta de uniformidad en las decisiones judiciales transgreden dichos principios; es por ello para evitar dichas vulneraciones los magistrados, al momento de emitir sus respectivos pronunciamientos, deben tener en cuenta las decisiones emitidas por el Tribunal Constitucional del Perú (TC), ya que sus decisiones tienen el carácter *erga omnes*.



REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- COVILLA, J. (2015). Identificación de la función administrativa internacional como criterio para definir la administración pública desde una perspectiva funcional. *Revista digital de Derecho Administrativo, N. 13, Primer Semestre/2015, pp. 193-209.*
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley N. ° 28245, Ley Marco del Sistema Nacional de Gestión Ambiental, Lima 08 de junio 2004.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA². Ley N. ° 28611, Ley General del Ambiente, Lima 15 de octubre de 2005.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley N. ° 29022, Ley para la Expansión de Infraestructura en Telecomunicaciones, Lima 20 de mayo de 2007.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley N. ° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, Lima, 27 de mayo de 2003, y sus modificatorias.
- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ (2019). Lima, Perú: Jurista Editores.
- MINISTERIO DE TRANSPORTE Y TELECOMUNICACIONES (MTC) Decreto Supremo N. ° 003-2015-MTC, Reglamento de la Ley N. ° 29022, Lima 18 de abril de 2015.
- PODER JUDICIAL (PJ). Sentencia Casatoria N. ° 28162-2017- Arequipa, *Caso Base radioeléctricas*, del 20 de junio de 2019.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ (TC). Sentencia recaída en el Expediente N. ° 0964-2002-AA/TC, Caso Cortez Gómez de Nano, Lima 17 de marzo de 2003. Recuperado de: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00964-2002-AA.html>.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ (TC). Sentencia recaída en el Expediente N. ° 3510-2003-AA/TC, *Caso Julio César Huayllasco Montalva*. Recuperado de: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/03510-2003-AA.html>.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ (TC). Sentencia recaída en el Expediente N. ° 4223-2006-PA/TC, *Caso Mass López*, del 02 de junio de 2007. Recuperado de: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/04223-2006-AA.html>.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ (TC). Sentencia recaída en el Expediente N. ° Expediente N. ° 010-2001-AI/TC, *Caso Marcelino Tineo Silva y otros*, del 03 de marzo de 2003. Recuperado de: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00010-2002-AI.html>.

