

EXP. N.º 4223-2006-PA/TC

CHIMBOTE

MÁXIMO MEDARDO

MASS LÓPEZ

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 2 del mes de junio de 2007, el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Landa Arroyo, Gonzales Ojeda, Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, y Vergara Gotelli, pronuncia la siguiente sentencia, con el voto singular, adjunto, del magistrado Gonzales Ojeda

I. ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Máximo Medardo Mass López, contra la sentencia de la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Santa, de fojas 501, su fecha 20 de octubre de 2006, que declara improcedente la demanda de amparo de autos.

II. ANTECEDENTES

1. Demanda

El recurrente interpone demanda de amparo contra la empresa NEXTEL DEL PERÚ S.A. (en adelante NEXTEL), a fin de 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. Manifiesta 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.

2. Contestación de la demanda

Con fecha 5 de octubre de 2004, NEXTEL contesta la demanda solicitando que ésta sea desestimada, puesto que el proceso de amparo no constituye una vía idónea para evaluar la validez del contrato de arrendamiento. De otro lado, señala que NEXTEL cuenta con el informe técnico y el certificado de compatibilidad emitidos por la Municipalidad Provincial de Chimbote y niega que, para la instalación de una antena de telecomunicaciones, sea necesario obtener los informes del Ministerio de Transportes y Comunicaciones y de Defensa Civil. Finalmente, rechaza que con la instalación de la antena se estén vulnerando los derechos alegados en la demanda.

3. Resolución de primer grado

Con fecha 15 de febrero de 2005, el Primer Juzgado Civil de Chimbote declara infundada la demanda, argumentando que no se ha acreditado que la antena de telecomunicaciones emita ondas electromagnéticas que pudieran afectar la salud de los pobladores; y, careciendo el proceso de amparo de estación probatoria, no corresponde evaluar en sede constitucional la validez del contrato de arrendamiento celebrado entre NEXTEL y la Cooperativa de Vivienda Los Pinos.

4. Resolución de segundo grado

Con fecha 20 de octubre de 2005, la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Santa declara improcedente la demanda, por considerar que el problema se deriva de la celebración de un contrato de arrendamiento y, dado que el proceso de amparo carece de estación probatoria, tanto la nulidad de dicho contrato como las posibles afectaciones a los derechos invocados en la demanda, deberán ser evaluadas en la vía ordinaria correspondiente.

III. FUNDAMENTOS

§1. Precisión del petitorio de la demanda

1. Del análisis integral del expediente de autos se desprende que el demandante pretende que el Tribunal Constitucional ordene el inmediato desmantelamiento de la antena de NEXTEL y equipos instalados en el Centro Comunal ubicado en la Urbanización Los Pinos, toda vez que, según afirma, se está afectando su derecho a la paz, a la tranquilidad, a gozar de un medio ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida. Como paso previo a que este Colegiado resuelva el fondo de la controversia, se considera pertinente realizar algunas consideraciones previas a la resolución de la controversia.

§2. La vinculación de los poderes públicos y privados a los derechos fundamentales

2. Los derechos fundamentales que la Constitución del Estado reconoce son derechos subjetivos pero también constituyen manifestación de un orden material y objetivo de valores constitucionales en los cuales se sustenta todo el ordenamiento jurídico. Esta última dimensión objetiva de los derechos fundamentales se traduce, por un lado, en exigir que las leyes y sus actos de aplicación se realicen conforme a los derechos fundamentales (efecto de irradiación de los derechos en todos los sectores del ordenamiento jurídico) y, por otro, en imponer, sobre todos los organismos públicos, un deber de tutelar dichos derechos.
3. Desde luego que esta vinculación de los derechos fundamentales en la que se encuentran los organismos públicos, no significa que tales derechos solo se puedan oponer a ellos, en tanto que las personas naturales o jurídicas de derecho privado se encuentren ajenas a su respeto. El Tribunal Constitucional ha manifestado en múltiples ocasiones que, en nuestro sistema constitucional, los derechos fundamentales vinculan tanto al Estado como a los particulares.

4. Un Estado social y democrático de Derecho no solo debe garantizar la existencia de la persona o cualquiera de los demás derechos que en su condición de ser humano y su dignidad le son reconocidos (artículo 1º de la Constitución), sino también de protegerla de los ataques al medio ambiente y a su salud 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 13º 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”.
5. El derecho al ambiente equilibrado y adecuado comporta un deber *negativo* y *positivo* frente al Estado. Su dimensión *negativa* 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 y la salud humana. En su dimensión *positiva* le impone deberes y obligaciones destinadas a conservar el ambiente equilibrado, las cuales se traducen, a su vez, en un haz de posibilidades. Claro está que no solo supone tareas de conservación, sino también de prevención que se afecte a ese ambiente equilibrado.
6. El Tribunal considera que, por la propia naturaleza del derecho, dentro de las tareas de prestación que el Estado está llamado a desarrollar, tiene especial relevancia la tarea de prevención y, desde luego, la realización de acciones destinadas a ese fin. Y es que si el Estado no puede garantizar a los seres humanos que su existencia se desarrolle en un medio ambiente sano, éstos sí pueden exigir del Estado que adopte todas las medidas necesarias de prevención que lo hagan posible. En ese sentido, el Tribunal Constitucional estima que la protección del medio ambiente sano y adecuado no solo es una cuestión de reparación frente a daños ocasionados, sino, y de manera especialmente relevante, de prevención de que ellos sucedan.

§3. Análisis del caso concreto

7. De autos (fojas 158) queda claramente establecido que la Resolución Viceministerial N.º 374-2001-MTC/15.03, de fecha 11 de junio de 2001, en su artículo 1 resolvió asignar espectro radioeléctrico a favor de NEXTEL DEL PERÚ S.A., de acuerdo con el Anexo 1, Descripción de las Estaciones, Asignación de Frecuencias, **Ubicación** y Equipamiento. En efecto, la ubicación autorizada por la Resolución Viceministerial del Ministerio de Transportes y Comunicaciones era el de: **“LS-424-VILLA MADRID, AAHH Villa Madrid, adyacente a los reservorios de agua de Sedapal (Av. José Pardo N.º 168), Ancash, Santa, Chimbote”**.

8. Sin embargo, tal como consta a fojas 2 del expediente, la Municipalidad Provincial del Santa, a propósito del Exp. Adm. N.º 12632-2000, NEXTEL DEL PERÚ S.A., emite el Informe Técnico N.º 537-2000-DPyCU-DDUyR-MPS, **de fecha 7 diciembre de 2000**, en la cual se concluye que “procede otorgar Certificado de Compatibilidad de Uso para Estación Base de Telecomunicaciones, sobre el terreno ubicado dentro del área calificada como Otros Fines del Equipamiento Urbano **de la Urbanización Los Pinos**”. Ante lo cual, dicha Municipalidad otorgó el Certificado de Compatibilidad de Uso N.º 163-2000-DPyDDUyR-MPS, de fecha 7 de diciembre de 2000, señalando, en cuanto a la ubicación que “el terreno está ubicado dentro del área calificada como Otros Fines del Equipamiento Urbano **de la Urbanización Los Pinos**, Ciudad de Chimbote, Provincia del Santa, Departamento de Ancash”.

9. Se infiere, por tanto, que la demandante no cumplió con respetar la ubicación originaria autorizada para la instalación de la antena de telefonía celular, por cuanto que mientras la Resolución Viceministerial N.º 374-2001-MTC/15.03, de fecha 11 de junio de 2001, estableció como ubicación de la misma el **AAHH Villa Madrid, adyacente a los reservorios de agua de Sedapal (Av. José Pardo N.º 168), Ancash, Santa, Chimbote**; la demandante venía tramitando ante la Municipalidad aludida el certificado compatibilidad pero **en la Urbanización Los Pinos**.

10. Precisamente, se aprecia a fojas 6 del expediente que el demandante y un grupo de ciudadanos, **con fecha 08 de enero de 2001**, dirigen una carta al Alcalde de la Municipalidad Provincial del Santa, a fin de “[p]aralizar la instalación de la Antena Celular de NEXTEL **en el Centro Comunal de la Urbanización Los Pinos**”; lo cual también se aprecia de la carta, de fecha 25 de enero de 2001, dirigida a la Sub Región Pacífico-CTAR-Ancash, en la cual dan cuenta de que “en [el] Centro Comunal se viene ejecutando las obras civiles por parte de (...) NEXTEL”.

11. Estas afirmaciones del demandante no han sido desvirtuadas por la demandada, pues tal como ésta misma señala en su escrito de fecha 10 de diciembre de 2004 (fojas 211), es la Resolución Directoral N.º 917-2004-MTC/17, **de fecha 14 de octubre de 2004**, la que recién aprueba el “traslado” de la antena a la ubicación “LN424-LOS PINOS, Urb. Los Pinos I-7, Ancash, Santa, Chimbote”.

12. Sobre esto, el Tribunal Constitucional estima pertinente señalar, a partir de lo dispuesto en los artículos 58º, 59º, 61º, 65º y 84º de la Constitución, que existe una íntima vinculación entre la economía, la democracia y los derechos fundamentales de las personas, por cuanto

que un sistema democrático que no garantice o brinde condiciones mínimas de bienestar a los ciudadanos no puede garantizar la eficacia plena de los derechos fundamentales.

13. Pero también una economía, por más que sea eficiente pero que desconozca los valores y principios constitucionales, y los derechos fundamentales no es compatible con un sistema democrático, toda vez que “confundir la tolerancia dentro de un sistema de valores con el relativismo, supone desconocer el valor y la esencia de la democracia”¹[1]. De ahí que sea necesario arribar a un concepto constitucional de mercado. Lo cual se justifica por cuanto éste no puede ser entendido en términos puramente económicos sino también, desde la perspectiva del Derecho Constitucional, como un espacio social y cultural en el que la dignidad de la persona humana y su defensa –en tanto fin supremo del Estado y de la sociedad (artículo 1º de la Constitución)– no sólo sea declarativamente respetada sino prácticamente realizada a través del mercado y de las libertades económicas.

14. La perspectiva solamente económica del mercado y de la libertad de empresa constituye una negación de la persona humana, porque la única relación que cabe en un Estado social y democrático de Derecho, es el de medio a fin, de aquéllos con respecto a ésta. Ello es así, por cuanto “el mercado no es la medida de todas las cosas y sin lugar a dudas no es la medida del ser humano”²[2].

15. De ahí que una perspectiva constitucional del mercado y de las libertades económicas no puede soslayar determinados elementos constitucionales: (1) la persona humana y su dignidad, en la medida que ésta no puede ser un objeto de los poderes públicos o privados, (2) las libertades económicas que la Constitución reconoce, pero ejercidas en armonía con el conjunto de valores, principios y derechos constitucionales, (3) la observancia ineludible de las normas y procedimientos legales, (3) el respeto de los derechos laborales dentro del marco constitucional y legal establecido, lo cual no es sino una manifestación del primer elemento mencionado y (4) el respeto al medio ambiente, que es también una concretización de la responsabilidad social de las empresas.

1[1] EHMKE, Horst. “Economía y Constitución”. En *Revista de Derecho constitucional Europeo*, Año 3, N.º 5, enero-junio, 2006. (www.ugr.es/~REDCE5/articulos).

2[2] HÄBERLE, Peter. “Siete Tesis para una teoría constitucional del mercado”. En *Revista de Derecho constitucional Europeo*, Año 3, N.º 5, enero-junio, 2006. (www.ugr.es/~REDCE5/articulos).

16. En ese sentido, en el presente caso tal como se ha visto *supra* la demandante no observó lo dispuesto por la Resolución Viceministerial N.º 374-2001-MTC/15.03, de fecha 11 de junio de 2001, puesto que la instalación de la antena no se realizó en la ubicación autorizada –esto es, en el AAHH Villa Madrid, adyacente a los reservorios de agua de Sedapal (Av. José Pardo N.º 168), Ancash, Santa, Chimbote–, sino más bien en la Urbanización Los Pinos; situación que se regularizó recién en el año 2004, mediante Resolución Directoral N.º 917-2004-MTC/17 (fojas 208).

17. Esto precisamente refleja que la demandada ha ejercido de manera ilegítima su derecho fundamental a la libertad de empresa, al no respetar, desde un inicio, el lugar de ubicación para la instalación de la antena de telefonía celular en cuestión. De otro lado, se aprecia la desidia de los funcionarios públicos responsables de la entidad competente para hacer respetar las disposiciones legales, en este caso, la Resolución Viceministerial N.º 374-2001-MTC/15.03; más aún si la Constitución establece en su artículo 45º que quienes ejercen el poder del Estado lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen.

18. En ese sentido, el Tribunal Constitucional considera que se debe iniciar el procedimiento administrativo sancionador correspondiente, contra la demandada, por el incumplimiento de lo establecido en la Resolución Viceministerial aludida *supra*, en la medida que el artículo 88º inciso 5) del Decreto Supremo N.º 013-93-TCC, tipifica como infracción grave “[l]os cambios de emplazamiento o de las características técnicas de las estaciones radioeléctricas sin la correspondiente autorización”.

19. Ahora bien, ya en cuanto se refiere a la supuesta afectación de los derechos fundamentales invocados por el demandante, cabe considerar que éste afirma que

“conforme se aprecia de las fotografías que se adjuntan la antena se encuentra instalada a escasos metros de las viviendas generando un peligro inminente al no respetar la distancia recomendada por los organismos internacionales así como consumir un hecho que resulta perjudicial para la paz, la tranquilidad y a gozar de un medio ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida(...)”.

Asimismo, señala (fojas 28) que

“si bien con la propagación de ondas electromagnéticas no esté demostrado completamente que afecte el derecho a la salud, sí existen estudios científicos en países desarrollados los cuales muestran que podría causar cáncer al cerebro sin existir un consenso a nivel científico, pero sí existiendo consenso que el Estado a través del PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN prevea mediante medidas de regulación en la prestación de ese servicio público. Sin embargo lo que sí está demostrado es que dichos equipos causan interferencia en otros aparatos eléctricos, incluidos audífonos y marcapasos”.

20. En la sentencia 0048-2004-PI/TC se ha señalado que el contenido del derecho fundamental a un medio ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la persona humana está determinado por los siguientes elementos: (1) el derecho a gozar de ese medio ambiente y (2) el derecho a que ese medio ambiente, se preserve.
21. En su primera manifestación, esto es, el derecho a gozar de un medio ambiente equilibrado y adecuado, comporta la facultad de las personas de poder disfrutar de un medio ambiente en el que sus elementos se desarrollan e interrelacionan de manera natural y armónica; y, en el caso de que el hombre intervenga, no debe suponer una alteración sustantiva de la interrelación que existe entre los elementos del medio ambiente. Esto supone, por tanto, el disfrute no de cualquier entorno, sino únicamente del adecuado para el desarrollo de la persona y de su dignidad (artículo 1º de la Constitución). De lo contrario, su goce se vería frustrado y el derecho quedaría, así, carente de contenido.
22. En relación con el segundo elemento del contenido esencial se establece que el derecho en análisis se concretiza en el derecho a que el medio ambiente se preserve. El derecho a la preservación de un medio ambiente sano y equilibrado entraña obligaciones ineludibles, para los poderes públicos, de mantener los bienes ambientales en las condiciones adecuadas para su disfrute. A juicio de este Tribunal, tal obligación alcanza también a los particulares, y con mayor razón a aquellos cuyas actividades económicas inciden, directa o indirectamente, en el medio ambiente.
23. En cuanto al vínculo existente entre las actividades económicas y el derecho a un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida, la jurisprudencia de este Colegiado ha considerado que éste se materializa en función de los siguiente principios: (1) el *principio de desarrollo sostenible* o sustentable (que merecerá luego un análisis), (2) el *principio de conservación*, en cuyo mérito se busca mantener en estado óptimo los bienes ambientales; (3) el *principio de prevención*, que supone resguardar los bienes ambientales de cualquier peligro que pueda afectar a su existencia; (4) el principio de restauración, referido al saneamiento y recuperación de los bienes ambientales deteriorados, (4) el *principio de mejora*, en cuya virtud se busca maximizar los beneficios de los bienes ambientales en pro del disfrute humano, (5) el *principio precautorio*, que comporta adoptar medidas de cautela y

reserva cuando exista incertidumbre científica e indicios de amenaza sobre la real dimensión de los efectos de las actividades humanas sobre el ambiente, y (6) el *principio de compensación*, que implica la creación de mecanismos de reparación por la explotación de los recursos no renovables (STC 0048-2004-PI/TC).

24. El artículo 67° de la Constitución establece la obligación ineludible del Estado de instituir la *política nacional del ambiente*. Ello implica un conjunto de acciones que el Estado se compromete a desarrollar o promover, con el fin de preservar y conservar el ambiente frente a las actividades humanas que pudieran afectarlo. Esta política nacional –entendida como el conjunto de directivas para la acción orgánica del Estado a favor de la defensa y conservación del ambiente– debe permitir el desarrollo integral de todas las generaciones de peruanos que tienen el derecho de gozar de un ambiente adecuado para el bienestar de su existencia.
25. Esta responsabilidad estatal guarda relación con lo dispuesto en el artículo 2°, inciso 22), de la Constitución, que reconoce el derecho fundamental de toda persona “a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida”. En concordancia, el artículo I del Título Preliminar del Código del Medio Ambiente prevé que “[t]oda persona tiene el derecho irrenunciable a gozar de un ambiente equilibrado, saludable, ecológicamente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida, y asimismo, a la preservación del paisaje y la naturaleza. Todos tiene el deber de conservar dicho ambiente (...). Le corresponde –al Estado– prevenir y controlar la contaminación ambiental”.
26. De otro lado, el *principio precautorio* ha sido recogido primero por el Derecho Internacional del Medio Ambiente, y adoptado posteriormente por nuestro Derecho interno. En efecto, el principio 15 de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo (1992) establece que

“Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deben 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”.

27. Este principio se encuentra enunciado en el inciso 3 del artículo 3 del Convenio Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático, que ha sido aprobado mediante Resolución Legislativa N.º 26185. Además, forma parte de los lineamientos que conforman la Política Nacional de Salud, como lo establece el artículo 10°, inciso f), del Decreto Supremo 022-2001-PCM, el cual 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 deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces para impedir la degradación del ambiente”.

28. Dicho principio ha sido recogido por diversas normas nacionales relacionadas con cambio climático, diversidad biológica, recursos naturales, y, en general, en todas las áreas relacionadas con el medio ambiente y su protección. El *principio precautorio* se encuentra estrechamente ligado al *principio de prevención*. El primero 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. La falta de certeza científica no es óbice para que se adopten acciones tendentes a tutelar el derecho al medio ambiente y a la salud de las personas. El segundo exige la adopción de medidas de protección antes de que se produzca, realmente, el deterioro al medio ambiente.
29. Al respecto, en cada ocasión en la que se vean involucrados en una controversia derechos como los que aquí se reclaman, y que evidentemente requieren de una adecuada delimitación respecto de sus alcances o contenidos, es obligación del juzgador constitucional prestar una atención preferente a su dilucidación, la que muchas veces depende, no solo de apreciar lo que las partes puedan alegar en un sentido u otro, sino de lo que se pueda actuar en favor de un mejor esclarecimiento de los hechos.
30. De ahí que en ejercicio de la potestad que le reconoce el artículo 119° del Código Procesal Constitucional solicitó información a la Dirección General de Gestión de Telecomunicaciones del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, y a la Dirección Regional de Defensa Civil de Ancash, en el presente caso, con la finalidad de que lo que va a resolverse responda a un adecuado razonamiento sustentado en suficientes elementos objetivos.
31. Mediante sendas resoluciones, de fecha 08 de noviembre de 2006, se solicitó información a la Dirección General de Gestión de Telecomunicaciones del Ministerio de Transportes y Comunicaciones y a la Dirección Regional de Defensa Civil de Ancash. Con fecha 19 de diciembre de 2006, la primera de ellas remite copia del Informe 4757-2006-MTC/18.01.2, en el cual se concluye que

[I]os niveles de intensidad de campo eléctrico medidos en el entorno de la estación base troncalizado denominado Los Pinos LN424 de la empresa Nextel Perú S.A., donde se encuentran ubicadas 03 entidades educativas, en los puntos de medición el coeficiente de exposición poblacional máximo es menor que 1.5%, asimismo según lo establecido en el Art. 5 de la Resolución Ministerial N.º 120-2005-MTC/03 del 28/02/2005 no contemplan distancias de protección, sino densidades

de potencia y/o intensidad de campo de la radiación electromagnética como factores limitantes en la ubicación de las estaciones emisoras de ondas electromagnéticas, por lo que se concluye que la mencionada empresa sí cumple con la Norma Técnica sobre Restricciones Radioeléctricas en Áreas de Uso Público

ENTIDAD	UBICACIÓN	COEFICIENTE DE EXPOSICIÓN POBLACIONAL (%)
Universidad Privada San Pedro	Calle Huiracocha Mz. A Lote s/n	0.3565953
Institución Privada Garabatos	A2-19 Urb. Los Pinos	1.1685296
Colegio A. Einsten	G-17 Urb. Los Pinos	0.6708685

32. Por su parte, la Dirección Regional de Defensa Civil de Ancash, con fecha 16 de abril de 2007, remite el Oficio N.º 157-2007-INDECI/16.2, documento en el cual se da cuenta de lo siguiente:

“a. La frecuencia (f) que irradia la Estación Base, es de 800 MHZ y la Potencia Isotrópica Radiada Equivalente (PIRE) es de 1200 vatios, no existiendo riesgo de exposición radioeléctrica, cumpliendo con el Art. 5º de la Resolución Ministerial 120-2005-MTC/03.
 b. La distancia de la antena con respecto a los límites de exposición poblacional es de 7.8 ml, de radio y la altura de la antena Nextel materia del informe supera ampliamente dicho límite al registrar una altura de 40 m, en tal forma cumple con el Art. 8 anexo 3 del D.S. 038-2003 MTC, sobre límites máximos permisibles de radiaciones no ionizantes en telecomunicaciones

Las Instituciones Educativas y Centros de Salud guardan una distancia con respecto a la antena en los términos siguientes:

- A la Universidad Particular San Pedro. 250 ml.
- Al I.E.P. San José (Urb. Laderas del Norte). 300 ml.
- Al C.E.I. Don Martín 320 ml.

- Al C.E. N.º 88034 – Pedro Ruiz Gallo. 350 ml.
- Al Centro Educativo Especial N.º 01- Zona Norte 400 ml.
- Al Hospital de ESSALUD N.º 3. 800 ml.

Por lo expuesto podemos señalar que las condiciones de la instalación de la antena de la empresa NEXTEL DEL PERÚ cumplen con las normas internas”.

33. Ahora bien, ya se ha señalado (STC 0921-2003-AA/TC, FJ 5) que “cuando una dependencia del Estado emite una opinión técnica acerca de un asunto propio de su competencia, no vulnera ni amenaza *per se* derechos constitucionales, a menos que con la emisión de dicho dictamen se hubiese obrado de una forma absolutamente incompatible con los objetivos propios de la función que se ejerce, u omitido el cumplimiento de normas preestablecidas que regulan su ejercicio”. En el presente caso el Tribunal Constitucional estima que los informes remitidos por las instituciones requeridas se ajustan a los extremos , por lo que deben ser objeto de valoración jurídica.
34. 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.
35. 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.
36. 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 “[l]os 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”.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar **INFUNDADA** la demanda.
2. Disponer 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 los demandantes.
3. Remitir los actuados a la Dirección General de Gestión de Telecomunicaciones del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, a fin de que proceda de conformidad con el fundamento 18 de la presente sentencia.

Publíquese y notifíquese

SS.

LANDA ARROYO

ALVA ORLANDINI

BARDELLI LARTIRIGOYEN

VERGARA GOTELLI

EXP. N.º 04223-2006-PA/TC

CHIMBOTE

MÁXIMO MEDARDO

MASS LÓPEZ

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO GONZALES OJEDA

Con el debido respeto del criterio de mis colegas, suscribo este voto singular porque no comparto lo resuelto por la mayoría, ni los fundamentos en que apoyan su decisión, por los siguientes motivos.

1. Los hechos del presente caso son bastante simples: los pobladores de una urbanización reclaman que una antena de telecomunicaciones construida por Nextel exactamente al costado de sus hogares, podría causar daños a su salud, y afecta su derecho a un medio ambiente equilibrado. Está acreditado en el expediente que Nextel construyó la antena en dicho sector, pese a no contar con la autorización municipal requerida. Pese a eso, la mayoría, basándose en unos informes técnicos que demuestran que las ondas emitidas no son dañinas para la salud de los pobladores, concluye que la demanda debe ser desestimada, sin perjuicio de las sanciones administrativas a las que de lugar la falta cometida por Nextel (esto es, construir una antena en un lugar urbano sin autorización para hacerlo).
2. La mayoría llega a esta conclusión luego de hacer unas apreciaciones respecto a lo que allí se denomina “concepto constitucional de mercado” (fundamento jurídico 13). Consideramos que se confunde conceptos en estas especulaciones teóricas que, como luego se verá, han terminado por distraer los propios hechos del caso. En efecto, un “mercado” no es ni puede ser “constitucional”, de la misma manera que no lo es el precio de los productos, la información o una piedra. El “mercado” es simplemente un concepto que sirve para describir un escenario donde las decisiones de consumo son tomadas individualmente, a través de la dinámica entre la oferta y la demanda. El mercado, en ese sentido, no puede confundirse con el papel del Estado en la Economía, el mismo que, en atención a determinados valores democráticos, muchas veces puede terminar (como de hecho sucede) regulando determinadas actividades y, de ese modo, sacándolas del ámbito de la libre decisión individual, esto es, del mercado. En suma, es la política económica de un Estado la que puede estar influenciada por determinados valores democráticos, pero esto no convierte al “mercado” en una abstracción susceptible de ser calificada como “constitucional” (o no).

3. Esta confusión no sería tan relevante si no fuera porque, a nuestro entender, en el esfuerzo de rendir culto a la jurisprudencia de conceptos, la sentencia en mayoría se olvida de la resolución del caso. Es decir, la fundamentación se “pierde”, en el afán de encontrar el máximo grado de abstracción conceptual, y olvida los reales alcances de los derechos constitucionales alegados y, lo que es quizá peor, los hechos del caso.

4. Así sucede, por ejemplo, con el “principio de precaución” al que acude la sentencia en mayoría para resolver el caso. Su aplicación, sin embargo, se efectúa con un contenido y alcances totalmente distinto al que en anteriores oportunidades le hemos dado en casos sustancialmente iguales. Hemos dicho, en efecto, que:

“(…). Forma parte de ese denominado “principio de precaución”, que el Estado prevea a través de medidas de regulación en la prestación del servicio público o mediante la regulación en materia urbanística, que la instalación de tales equipos y antenas no se efectúe cerca de hospitales, escuelas o zonas residenciales, que se asegure que los que operan en el mercado en la prestación del servicio público en referencia, compartan las torres para reducir su número. Lo anterior, desde luego, no excluye que se puedan considerar otras medidas y, entre ellas, a título meramente enunciativo, que con fines de prevención, las empresas que operan con tales servicios, tengan como obligación prestar, directa o indirectamente, servicios médicos, estrictamente relacionados con los riesgos propios de los servicios que prestan.

Precisamente, en ese deber de prevención que el derecho a contar con un medio ambiente sano y adecuado impone a los poderes públicos y dentro del cual debe considerarse el 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, (...) que la demandada no contaba con la autorización municipal para instalarlas” (STC 0964-2002-AA, F.J. 11 y 12).

5. En el presente caso, en la medida que está acreditado que (i) la antena está dentro de un área residencial y relativamente cerca de centros de salud y educativos; ii) la antena está construida de manera muy próxima a viviendas; iii) Nextel ha construido una antena en una zona que no es apropiada de acuerdo a las normas de urbanización; y, iv) la empresa, de

acuerdo al punto anterior, no contaba con la debida autorización para la construcción de la antena, la aplicación del principio de precaución debió terminar con la expedición de una sentencia estimatoria, y no como finalmente se ha decidido en mayoría.

Por ello, mi voto es porque se declare **FUNDADA** la demanda.

S.

GONZALES OJEDA
