



SEMINARIO FINAL- MODELO DE CASO.

Carrera: Abogacía
Alumno: Palacios Sacha Manuel.
Legajo: ABG06348
DNI: 38338389
Tutor: Carlos Isidro Bustos
Opción de trabajo: Comentario a fallo
Tema elegido: Derecho Ambiental
Fecha de entrega: 05/07/2020.

Sumario: **I.** Introducción **II.** Premisa fáctica: a) Hechos. b) Historia procesal c) Decisión. **III.** Ratio decidendi, **IV.** Antecedentes jurídicos: a) Principio precautorio. b) Poder de Policía. c) Principio de no intervención, como límite del poder de policía. d) Clausula Comercio. **V.** Opinión del autor. **VI.** Conclusión. **VII.** Listado final de bibliografía.

I. INTRODUCCION:

Motiva este comentario la sentencia: “**Telefónica Móviles Argentina SA - Telefónica Argentina SA c. Municipalidad de Gral. Güemes s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad**”. Dictada por la Corte Suprema.

Advierto que en este fallo entran en contradicción normas y principios, esto sucede cuando el municipio dicta, con el fin-principio de tener un ambiente sano y cuidar de la salud de la población, una ordenanza que la actora cree que la perjudica, y recurre a la vía judicial invocando el art. 75, inc. 13 de la Constitución Nacional, también alegando que atenta contra principios y garantías constitucionales. Por otro lado, encontramos el fallo de Cámara que dice que la municipalidad está facultada para ejercer su poder de policía local y lo que requiere la ordenanza se adecua a ello, invocando el art. 176 de la Constitución de la Provincia de Salta, también hace hincapié en la aplicación del principio precautorio, por la incerteza científica.

Este tipo de conflictos entre municipios-provincias con empresas de telecomunicaciones, o que tienen a su cargo un servicio nacional, se han dado en demasía a lo largo de la historia sin que se pueda dar una solución concreta al asunto.

Por lo expuesto la importancia de analizar esta resolución radica en ver si el máximo Tribunal de Justicia de la Nación pone fin a esta situación estableciendo un criterio específico para proceder ante estos conflictos, también observar si fija un límite el poder de policía con el que cuentan los municipios y la aplicabilidad del principio precautorio.

II. PREMISA FACTICA:

- a) **Hechos:** El día 24 de junio del año 2010 la municipalidad de Güemes de la provincia de Salta, a través de su concejo deliberante, dicta la ordenanza 299/10 que disponía, entre otras medidas, la relocalización-erradicación de estructuras y antenas de telefonía móvil de la zona urbana, en un plazo de 60 días cuyo emplazamiento incumpla la distancia mínima de 500 metros respecto de esa zona o en las proximidades de lugares donde se desarrollen actividades educativas, deportivas, sociales o de cualquier tipo que signifique la posibilidad de exposición continua de personas a las emisiones de dichas antenas. Ante esta situación Telefónica Móviles Argentina S.A. y Telefónica de Argentina S.A. iniciaron un proceso con el objeto de que se declare la inaplicabilidad e inconstitucionalidad de la ordenanza en cuestión.
- b) **Historia procesal:** La Cámara Federal de Apelaciones de Salta, al confirmar la resolución de primera instancia, desestimó el proceso iniciado por la parte actora, remitiendo a los precedentes anteriores de la cámara, “Telecom Argentina SA - Telecom Personal SA c. Municipalidad de General Güemes s/ acción meramente declarativa de derecho” y “AMX Argentina SA c. Municipalidad de General Güemes s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad ordinario” en el cual se esgrimieron los siguientes argumentos: 1) la Municipalidad de General Güemes se encuentra habilitada para el dictado de normas referidas a las estructuras de soporte de antenas de acuerdo con el art. 176 de la Constitución de la Provincia de Salta, propias del poder de policía 2) es aplicable al sub lite el principio precautorio, ya que no hay evidencia científica de que las radiaciones de telefonía celular dañen la salud ni de que sean inocuas. En este punto añadió: que el sentido de la decisión en el presente caso no cambiaba por el informe pericial agregado a fs. 1031/1105 afirmando que “ello no significa negar de manera terminante la posibilidad de que eventualmente exista una relación entre la antena de telefonía móvil y sus emisiones y los graves padecimientos en la salud”, por lo que concluyó que se evidenciaba “un estado de incerteza que convalida la aplicación del principio

precautorio”

Contra tal pronunciamiento, Telefónica Móviles Argentina SA Telefónica Argentina SA interpuso el recurso extraordinario, alegando que transgrede el art. 75, inc. 13 de la Constitución Nacional, la Ordenanza viola el principio de supremacía nacional establecido en el artículo 31 de la Constitución Nacional, expresan que la Municipalidad se arroga potestades regulatorias vinculadas con materias interjurisdiccionales que, como las referentes a las telecomunicaciones, son de competencia federal. También hace hincapié en que el a tribunal haya remitido, para decidir la presente causa, a los precedentes que se mencionan en la sentencia, en los cuales se afirmó que “sólo puede aseverarse que no hay evidencia científica inequívoca respecto a que las radiaciones de la telefonía celular dañen la salud humana, pero tampoco que sean inocuas”, toda vez que con tal argumento se prescinde de considerar que en esta causa se ha probado fehacientemente, con evidencia científica, que no se encuentra afectado el principio precautorio.

La procuradora fiscal concluyó que la sentencia era arbitraria dado el silencio del tribunal al efectuar una consideración parcial de las conclusiones del perito, y por lo ello resolvió hacer lugar a la queja, revocar la sentencia apelada para que se dicte un nuevo pronunciamiento.

c) **Decisión:** La Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió: Que se declaren formalmente admisibles la queja y el recurso extraordinario, que se deja sin efecto la sentencia apelada, y que vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo fallo.

III. RATIO DECIDENDI:

Antes de empezar a referirme a los argumentos principales, considero pertinente aclarar que esta resolución judicial no fue tomada de forma unánime por el tribunal, por ello, comencare por analizar los **argumentos que se tuvieron en cuenta para arribar a la decisión final:**

En primer lugar, el Tribunal ha afirmado que el vocablo “comercio” utilizado en el artículo 75, inciso 13, de la Constitución Nacional comprende “la transmisión por

telégrafo, teléfono u otro medio de ideas, órdenes y convenios” Por ello las cuestiones de telecomunicaciones quedarían comprendidas por este artículo.

Por otro lado, nos dice que, “la legislación a la cual se refiere dicha disposición no puede ser otra que la emanada del Congreso de la Nación en ejercicio de los poderes implícitos conferidos por el art. 75, inc. 32, de la Carta Magna. De tal modo la reglamentación del servicio telefónico es facultad delegada por las provincias a la Nación, que a aquéllas les está vedado ejercer (art. 126 .)”.

También nos señala el marco regulatorio del mismo: “el servicio federal de telecomunicaciones se encuentra regulado por la ley de “Tecnologías de la Información y las Comunicaciones” 27.078 (TIC) y por la “Ley Nacional de Telecomunicaciones” 19.798, esta última dispone que “no se podrán instalar ni ampliar medios ni sistemas de telecomunicaciones sin la previa autorización pertinente” y que “las provincias o municipalidades no podrán expropiar las instalaciones de telecomunicaciones, ni suspender, obstaculizar o paralizar las obras o los servicios de jurisdicción nacional” (artículo 6°).

En síntesis señala: “el carácter interjurisdiccional del servicio justifica y determina la competencia regulatoria federal y, por tanto, la imposibilidad de los municipios de adoptar medidas que interfieran u obstaculicen dicha competencia”

Por otro lado, también hace hincapié en la aplicación del principio de “no interferencia u obstaculización” que ha utilizado ese tribunal en casos anteriores y que está consagrado en el artículo 75, inciso 30, Dicha disposición establece que “las autoridades provinciales y municipios conservarán los poderes de policía e imposición sobre estos establecimientos, en tanto no interfieran en el cumplimiento de sus fines específicos”

En cuanto a la aplicación del principio precautorio nos dice: “aun existiendo una incertidumbre científica respecto al riesgo, requiere un mínimo de demostración de la posible concreción del daño, circunstancia que no se verifica en autos”

Por último, concluye: “que la ordenanza resulta inconstitucional, por cuanto invade un aspecto regulatorio que hace al funcionamiento y organización del servicio, competencias que, según surge de la Constitución Nacional, son propias de la autoridad federal, en tanto han sido delegadas por las provincias a la Nación (artículos 75, inciso 13 y 121 de la Constitución Nacional)”.

Ahora procederé a analizar los principales **argumentos de la parte del tribunal que vota en disidencia con la resolución final de la corte (doctores Maqueda y Rosatti)**:

Señalaron “Todos los niveles de jerarquía normativa aplicables al caso (Constitución Nacional, leyes federales, Constitución de Salta, leyes provinciales y Carta Orgánica municipal) reconocen a la Municipalidad de General Güemes competencia para regular sobre materias ambientales, de salud pública y de planeamiento territorial”

Por ello, concluye: “que la municipalidad cuenta con atribuciones para regular la instalación de antenas y soportes de infraestructura de las redes de telecomunicaciones, en las cuales confluyen aspectos federales (la eficiente prestación del servicio de telecomunicaciones), concurrentes (aspectos vinculados al medioambiente y la salud pública) y principalmente locales (el planeamiento territorial)”.

También hicieron énfasis al límite del ejercicio de no interferencia (art. 75, inc. 30): En este punto, los jueces señalaron que “existirá interferencia en la medida que las atribuciones locales constituyan un obstáculo real y efectivo a la prestación del servicio habilitado por la autoridad nacional., que menoscabe o impida los fines propios por los que debe velar el Estado Nacional”

Sobre esa base, expresaron que: “como principio, no constituyen por sí mismos obstáculos reales y efectivos para el logro de los fines de utilidad nacional invalidantes de las normas locales: i) la mera incidencia económica, ponderada de forma aislada, que acarrear las normas locales sobre los operadores nacionales; ii) las regulaciones que resulten periféricas y extrínsecas al núcleo o la sustancia de la regulación federal en

cuestión; iii) las disposiciones que no impliquen una interrupción sine die o conlleven la degradación de la actividad de jurisdicción nacional, esto es -en lo que respecta al presente conflicto- la prestación del servicio de telecomunicaciones”

IV. ANTECEDENTES JURIDICOS:

A los efectos de presentar los antecedentes jurídicos decidí ir encuadrándolos de acuerdo a conceptos relativos al problema planteado:

a) Principio precautorio:

Néstor A. Cafferatta (2004) nos dice que: “...Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente” (p.29)

A su vez La ley 25.675 nos dice que “cuando haya un peligro de daño grave o irreversible la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente”

Cafferatta, Néstor A (2013) nos indica que cuando se pide que se aplique el principio precautorio: “...debe demostrar la existencia de una o más posibilidades que amenazan con la producción de un daño mayúsculo, o por el contrario es que debe probar el riesgo de daño grave e irreversible”.(p.5)

La aplicación del principio en cuanto a campos electromagnéticos se refiere, Rufino Bonomo, Florencia (2020) nos dice:

Es fundamental la aplicación del mencionado principio en esta temática y como se puede ver —de acuerdo con los fallos citados— es de gran importancia y utilidad. En razón de lo antedicho, ante la falta de certeza científica, pero existiendo sospechas fundadas y riesgos potenciales —de los efectos que pudieran llegar a causar la instalación de los distintos CEM— resulta inminente tomar las medidas necesarias (p.13)

También concluye:

No considerar las consecuencias que producen o pueden llegar a producir los CEM, es desconocer la realidad. Como se ha explicitado anteriormente, en muchos casos ha producido daños graves e irreversibles a la salud, generando incluso enfermedades terminales en la población. (p.13)

b) Poder de policía: (Art 5, 75 inc30 y 123CN) Este ha sido definido en (Fallo 319:1934) como:

La potestad reguladora del ejercicio de los derechos y del cumplimiento de los deberes constitucionales del individuo, la que para asumir validez constitucional debe reconocer un principio de razonabilidad que disipe toda iniquidad y que relacione los medios elegidos con los propósitos perseguidos.

También ha sido definido por, (Ávalos Eduardo, Buteler, Alfonso, Massimino Leonardo 2014) como:

Es la facultad del Estado de reglamentar los derechos y garantías constitucionales de los ciudadanos. Como tal presupone la relatividad de los derechos, es decir, que todos los derechos son pasibles de ser reglamentados, siempre que con ello persiga el bien común.(p.375)

c) Principio de no intervención (art. 75, inc. 30 CN) como limite al poder de policía: “Las autoridades provinciales y municipales conservarán los poderes de policía e imposición sobre estos establecimientos, en tanto no interfieran en el cumplimiento de aquellos fines”.

Este criterio ha sido adoptado por la corte en distintos fallos entre ellos: Fallo: (332:66) En donde concluye:

Tal como lo indicó el Tribunal en Fallos: (324:3048), resulta esencial atender a la imposibilidad de que los poderes locales dicten normas que obstaculicen o menoscaben el tráfico interprovincial, pues ello afecta el objetivo constitucional de asegurar un régimen uniforme que mantenga y consolide la unión nacional.

d) Clausula comercio: Art 75 inc 13 :

Bidart Campos (2008) nos dice que: "...comercio no es solo tráfico o intercambio, sino también comunicación, o sea, comprende el tráfico de personas, el transporte, la transmisión de mensajes, la navegación, la energía eléctrica e hidráulica, los **servicios telefónicos, telégrafos, etc**" (pp.292 y 293)

Encontramos diversidad de fallos en este asunto. Algunos son Fallos: (320:162) y (326:4718) en los cuales se hace hincapié en la doctrina que siguió, la corte, en otros fallos señalando que: "...las comunicaciones telefónicas interestatales están sujetas a la jurisdicción nacional, pues ellas constituyen el ejercicio del comercio, forman parte del sistema de correos y tienden a promover la prosperidad, adelanto y bienestar general del país"

En el fallo (321:1074) la corte concluye que : "...Sólo el Congreso de la Nación puede disponer -por imperio de la "cláusula del comercio"- todo lo relativo a la iniciación, funcionamiento y organización del servicio telefónico interprovincial".

V. OPINION DEL AUTOR:

La importancia de este fallo radica en que sienta un precedente notable en relación al servicio de telecomunicaciones y la limitación del poder de policía local, aunque discutido, ya que a lo largo del tiempo no se dio una solución concreta a este tema, solamente alcanza con ver la cantidad de jurisprudencia que hay relacionada al asunto en cuestión y advertir que este fallo no fue tomado unánimemente por el máximo tribunal de la Nación.

Un aspecto importante reside en señalar el encuadre jurídico que le dieron al caso, ya que lo consideraron comprendido dentro de la "cláusula comercio" alcanzada en el 75 inc 13 de la CN. Sostengo que es acertado el argumento que esgrimieron, basado en jurisprudencia, porque hay varios fallos que han confirmado que lo atinente a las comunicaciones telefónicas interestatales están sujetas a la jurisdicción nacional. En este punto, me parece inoportuno que miembros de la corte hayan remitido a algunos

fallos bastantes antiguos, ya que el contexto en el que fueron dictados era completamente diferente al actual y de por medio sucedieron importantes reformas constitucionales a pesar de que hayan efectuado reseñas comparativas entre el nuevo y viejo texto constitucional.

También hicieron hincapié en la aplicabilidad del principio de no interferencia, plasmado en el art 75 inc 30 CN como límite al poder de policía local. En este punto considero que ambos argumentos (por la mayoría y por la disidencia) fueron inteligentes y discutibles, por un lado la mayoría comparó al caso con fallos anteriores en donde se aplicó este principio y también se basó en la prueba pericial, concluyendo “que toda decisión relativa a la reubicación de una antena afecta el diseño y la estructura de todo el sistema de telecomunicaciones”. Por otro lado, la disidencia se refirió a que la actora no dio las razones por la que afectaría la funcionalidad del servicio, que es lo que busca resguardar este principio. Mi opinión es que el argumento de la disidencia aunque es inteligente, puede sentar un precedente para que los municipios ejerzan su poder de policía de manera excesiva, concretamente, a la reubicación de antenas de telecomunicación, causando así una interferencia a la funcionalidad nacional de este servicio, que configuraría la aplicación del principio en cuestión.

En cuanto al principio precautorio, en relación a la aplicabilidad a este caso, considero pertinente citar a Cafferatta, Néstor A (2013) nos indica que cuando se pide que se aplique el principio precautorio: “...debe demostrar la existencia de una o más posibilidades que amenazan con la producción de un daño mayúsculo, o por el contrario es que debe probar el riesgo de daño grave e irreversible”.(p.5)

Por último, cabe resaltar que el argumento esgrimido por Lorenzetti (Considerando 16), es acertado, en cuanto a lo que se analiza, porque no hay certeza científica de que las antenas en cuestión, produzcan daño a la salud, pero tampoco hay ningún tipo de demostración de probabilidad de daño. Por ende, no es aplicable este principio ya que no se prueba el riesgo de daño grave. También considero acertado que la aplicación del principio, en este caso particular, puede desnaturalizar su uso, dado que solamente con

la incerteza científica quedaría convalidado y daría lugar al uso excesivo.

En cuanto a que si realmente sienta un precedente importante para resolver futuros conflictos vinculados a la problemática en cuestión, considero que no, ya que:

1. La limitación al poder de policía que procura evitar que se cause un daño al ambiente o a la salud de sus pobladores se debe analizar específicamente según distintos matices que hacen al caso, como por ejemplo: la prueba rendida en autos, argumentos esgrimidos por las partes, finalidad perseguida por la ordenanza, etc.
2. También que como se dijo que la aplicación del principio precautorio, en este caso, puede desnaturalizar su uso, la limitación excesiva del poder policía puede darle mucho poder a empresas que obran de acuerdo a sus intereses particulares y no al cuidado de los ciudadanos como si lo hacen, en teoría, los municipios.

VI. CONCLUSION:

Considero que el caso bajo análisis nos da pautas y argumentos importantes. Vemos que limita al poder de policía local con relación a la organización territorial, cuando están involucrados servicios de jurisdicción federal. También limita el uso del principio precautorio, cuando no hay certeza científica y no se puede demostrar probabilidad de daño.

En cuanto a si sienta un precedente importante estableciendo un criterio específico para este tipo de conflictos, considero, como lo dije supra, que no; que la limitación del poder de policía como también de la aplicación del principio precautorio dependerán de las circunstancias que rodean al caso (como dice Lorenzetti el principio precautorio es casuístico y obliga a realizar un juicio de ponderación entre principios competitivos).

También advierto que la decisión no se tomó de forma unánime por el máximo tribunal y que ambas posiciones demostraron argumentos formidables. Por ello

concluyo que es un tema muy discutido y que la decisión abordada de ninguna forma sienta un criterio específico para resolver conflictos similares de aquí en adelante.

VII. Listado final de Bibliografía:

Doctrina:

Ávalos, Eduardo - Buteler, Alfonso - Massimino, Leonardo (2014). Derecho Administrativo 1. Pág. 375. Córdoba: Alveroni Ediciones.

Bidart Campos, German José.(2008) Compendio de Derecho Constitucional-. Pág. 292 a 293. 1ra Ed, ¡ reimp..- Buenos Aires: Ediar.

Cafferatta, Néstor A.(2013). El principio precautorio en el derecho ambiental. Pág. 5
Cita Online: AR/DOC/4311/2013.

Cafferatta. Néstor A. (2004) Introducción al derecho ambiental, . Pág. 29. Primera Edición. México, D.F: Instituto Nacional de Ecología.

Rufino Bonomo, Florencia A (2020). El principio precautorio y su aplicación en la regulación de los campos electromagnéticos. Pág. 13. Cita Online: AR/DOC/105/2020

Jurisprudencia:

"Telefónica de Argentina S.A. c/ Municipalidad de General Pico " (Fallos: 320:162)
recuperado en:

<http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoSumario.html?idDocumentoSumario=6151>

“Telefónica de Argentina SA c. Provincia de Mendoza”, Fallos: 326:4718 Recuperado en:

<http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoSumario.html?idDocumentoSumario=10049>

“IRIZAR, JOSE MANUEL C/ MISIONES, PROVINCIA DE S/
INCONSTITUCIONALIDAD”.(Fallo:319:1934) Recuperado en:

<http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoSumario.html?idDocumentoSumario=5792>

“Telefónica de Argentina S.A. s/ acción de inconstitucionalidad ley 2813” (Fallos: 321:1074) Recuperado en:

<http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoSumario.html?idDocumentoSumario=6742>

Molinos Río de La Plata S.A. c/ Buenos Aires, provincia de s/ acción declarativa. Fallo: (Fallos: 332:66) Recuperado en:

<http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=6615891&cache=1592059309661>

Transporte Interprovincial Rosarina S.A. c/ Buenos Aires, Provincia de s/ sumario Fallo:(324:3048) Recuperado en:

<http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoSumario.html?idDocumentoSumario=8551>

Normativa

Ley de presupuestos mínimos. 4° de la ley 25.675

Constitución Nacional Arts.5, 123, 75 incs.13 y 30.

