



TRABAJO FINAL DE GRADO

CARRERA: ABOGACÍA

NOMBRE Y APELLIDO: DAMIEN DENIS VARNET

DNI: 94.542.990

LEGAJO: VABG70623

FECHA DE ENTREGA: 02/12/2020

TUTOR: VANESA DESCALZO

TEMA SELECCIONADO: MEDIO AMBIENTE

OPCIÓN DE TRABAJO: NOTA A FALLO

TITULO: PODER DE POLICIA MUNICIPAL Y ANTENAS DE
TELECOMUNICACIONES

AUTOS CARTULADOS: “Telefonía Móviles Argentina S.A. – Telefónica Argentina S.A. C/ Municipalidad de Gral. Güemes s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad”.

TRIBUNAL: Corte Suprema de Justicia de la Nación.

FECHA DE RESOLUCIÓN: 2 de julio de 2019.

SUMARIO: 1-Introducción. 2-La reconstrucción de la premisa fáctica, historia procesal y descripción de la decisión del Tribunal. a- Premisa fáctica. b- Historia procesal y decisión del tribunal. 3-El análisis de la *ratio decidendi* en la sentencia. 4-La descripción del análisis conceptual, antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales. a-La autonomía de los municipios. b-El poder de policía municipal. c-El principio precautorio. d-La competencia federal. e-La “cláusula comercial”. 5-Conclusión. a- La compatibilidad del poder de policía ambiental del municipio con la competencia federal. b- La prosperidad y el bienestar en mano de los municipios. Referencias.

1-Introducción

“Con fuertes inversiones, los operadores de telefonía celular instalaron 5.968 radiobases 4G (cuarta generación) durante el último año” (Diario Clarín, 2018). El desarrollo de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC), con la llegada la quinta generación de las tecnologías y estándares de comunicación inalámbrica (4G y 5G), han forjado la proliferación sobre el territorio nacional de antenas que suscitan inquietud para algunos y satisfacción para otros.

Se genera jurídicamente un conflicto: el derecho a un ambiente sano que vela por la salud pública y el derecho humano de todos los habitantes de la República Argentina, al acceso equitativo de las tecnologías. En particular, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, debe decidir si la ordenanza N° 299/2010, emitida por el Municipio de Güemes, Provincia de Salta, que dispuso la erradicación y la consecuente reubicación de las estructuras y antenas de telefonía móvil de la zona urbana, por motivos ambientales, representa o no una interferencia en las atribuciones del Estado Nacional y si el Poder de Policía Municipal puede aplicarse en este caso.

Cabe hacer mención de tres artículos fundamentales de la Constitución Nacional, relacionados con el conflicto surgido. El artículo 41, establece que:

“todos los habitantes gozan de un derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer la de las generaciones futuras y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley [...] Corresponde a la Nación, dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias las necesarias para complementarlas, sin que aquella altere las jurisdicciones locales”.

Por otro lado, el artículo 121 establece: “Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación”. Mientras que el artículo 123, establece: “Cada provincia dicta su propia Constitución, conforme a lo dispuesto en el artículo 5º, asegurando la autonomía municipal y reglando su alcance en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero”.

En efecto, la Corte Suprema de Justicia, con anterioridad a la reforma constitucional de 1994, remarcó que los intercambios telefónicos eran de competencia nacional y, por lo tanto, su reglamentación debía hacerse a nivel nacional a través del Congreso. Nada cambió con la reforma constitucional debido a que la Corte, a pesar de reconocer la autonomía de los municipios en el artículo 123 de la Constitución, no modificó la repartición de competencia. Más aun, afirmó que el artículo 42 de la Ley fundamental ratifica que la legislación nacional es la encargada de la regulación de los servicios públicos por delegación de las Provincias a la Nación.

En consecuencia, las Provincias y los Municipios deben ejercer sus competencias sin interferir en el proceder de las autoridades nacionales o empresas privadas debidamente habilitadas a tal fin. El poder de policía de los Municipios, fruto de su autonomía, se extiende en la medida que no interfiera con el libre intercambio y tránsito de bienes, personas e ideas impuesto por el principio de unidad nacional, claramente manifestado en la cita: “Un solo país para un solo pueblo”.

Determinar, delimitar y/o ponderar el poder de policía ambiental de los Municipios y de las autoridades federales a través de un fallo es de suma importancia para que los actores privados y públicos tengan conocimiento acerca de cuáles son sus atribuciones, tanto en el ámbito ambiental como en el de las telecomunicaciones.

Este fallo impacta de manera directa, en el futuro desarrollo del servicio de telecomunicaciones, en el comercio interprovincial y permite definir, asimismo, el

criterio en materia de protección de la salud pública de los habitantes de la República Argentina.

2- La reconstrucción de la premisa fáctica, historia procesal y descripción de la decisión del Tribunal

a- Premisa fáctica

La Municipalidad de General Güemes, a través de la Ordenanza Municipal 299/2010, pretendía la erradicación en un plazo de 60 días de las estructuras y antenas existentes en la zona urbana porque no cumplían con el retiro mínimo establecido, de un radio de 500 metros de todos los lugares donde se desarrollan actividades humanas, susceptibles de una exposición continua a las ondas emitidas por aquellas.

b- Historia procesal y decisión del tribunal

En una primera instancia, en el fuero federal de Salta, las empresas involucradas, Telefónica Móviles Argentina S.A. y Telefónica de Argentina S.A., plantearon una acción declarativa de inconstitucionalidad de la Ordenanza Municipal N° 299/2010 del Municipio de General Güemes, apoyándose en los principios constitucionales de Supremacía Nacional, solidaridad, comercio interprovincial, igualdad, derecho de ejercer una industria lícita y razonabilidad.

La Cámara Federal de Apelaciones de Salta confirmó la sentencia de primera instancia que había denegado la acción, considerando constitucional la ordenanza cuestionada, por lo que solicitó a las partes colaboración a los fines de relocalizar las antenas en un predio que sea idóneo a tal fin.

Además de remitirse a un fallo anterior sobre un problema similar planteado por otras prestatarias de servicio de telecomunicaciones, la Cámara estimó que el Municipio conservaba su poder de policía en materia de medio ambiente y de desarrollo sostenible, y tenía la facultad de regular la ubicación de las estructuras soportes de las antenas de telecomunicaciones. En este sentido, la Cámara se refirió al principio precautorio, desestimó el informe pericial y opinó que no había prueba científica inequívoca sobre el efecto de las radiaciones de las antenas sobre la salud humana.

Frente a esta confirmación de Cámara, las actoras interpusieron un recurso extraordinario federal, que rechazado dio lugar a la presentación de esta queja. En esa oportunidad, sostuvieron que el municipio puede regular en materia de medio ambiente, a través de su poder de policía hasta tanto no interfiera en asuntos de Supremacía Nacional por ser de competencia federal y reservados a la ex Comisión Nacional de Comunicaciones (CNC). Además, se remitieron a las habilitaciones previas, derechos adquiridos y a la prueba pericial oficial que niega formalmente el riesgo para la salud pública y el medio ambiente provocado por las radiaciones no ionizantes. Finalmente, argumentaron que la reubicación de las antenas, además de ocasionar un costo irrazonable, generaría el efecto inverso, ya que para cubrir un espectro más grande estarían obligadas a incrementar el nivel de emisión de radiación y aun así, no podrían garantizar el correcto funcionamiento del servicio prestado.

Frente a lo planteado, la Corte Suprema de Justicia de la Nación decidió admitir la queja y dar lugar al Recurso Extraordinario Federal, por tratarse de un cuestionamiento sobre una Ordenanza que se apoya en atribuciones provinciales y que se ve contestada por ser contraria a los artículos 31 y 75, incisos 13 y 18 de la Constitución Nacional, a los artículos 3, 4 y 6 de la Ley Nacional de Telecomunicaciones (LNT) N° 19.798 y su complementaria y a los artículos 1 y 2 la Ley Argentina Digital (LAD) N° 27.078.

3- El análisis de la *ratio decidendi* en la sentencia

La Corte Suprema de Justicia de la Nación tuvo que decidir si la Ordenanza de la Municipalidad de General Güemes, Salta, fue fruto del legítimo ejercicio del poder de policía ambiental municipal o si, a la inversa, hubo una interferencia en materia federal por lo que esa Ordenanza debía ser declarada inconstitucional.

La Corte reafirma a través de sus fallos, que la regulación de las telecomunicaciones y los servicios públicos son de competencia federal, por delegación de los mismos a la Nación. En este sentido, los Municipios no pueden obstaculizar el cumplimiento de los objetivos nacionales. Se debe aplicar el principio de no interferencia de las autoridades provinciales y municipales.

Por lo tanto, el poder de policía no puede ir en contra de la utilidad pública. No existe una suerte de franquicia para que los municipios interfieran en el desarrollo de los servicios nacionales. No se puede justificar por parte del Municipio el poder de policía

ambiental en una regulación que es de competencia federal, poniendo en el centro del debate la LNT, que asigna competencia específica a las autoridades federales para la reubicación de antenas, por el hecho que la misma afecta la estructura y el diseño de la red de telecomunicación como lo reafirma el perito oficial.

Además, la Corte al apoyarse en la resolución CNC 3690/2004, en la pericia oficial y la resolución 202/1995 del Ministerio de Salud sostuvo que no existían preocupaciones reales para la salud de la población que amerite la reubicación de las antenas. En este sentido, se aplicó por parte de la Corte, el principio de razonabilidad y se descartó el principio precautorio porque no encuadraba en este caso, al tratarse de una cuestión de salud pública y no de índole ambiental.

En disidencia con la postura mayoritaria, Maqueda y Rosatti (2019) sostuvieron la constitucionalidad de la Ordenanza. En sus posturas, declaran al Municipio como un actor necesario del federalismo, destacan su autonomía, aluden a un poder de policía ambiental más amplio y que la “buena fe federal” debe buscar la armonía entre los distintos eslabones de la República Argentina, estando el Municipio en el centro del sistema por la proximidad que tiene con la ciudadanía. Lejos de reconocer la prueba pericial oficial, esta postura aplica el principio precautorio al estimar la falta de certeza sobre la neutralidad del impacto de las antenas sobre la salud pública y, en este sentido, desestimaron los derechos adquiridos por los actores.

De manera que se está frente a un hecho que tiene distintas miradas; por un lado, lo relativo a la prestación de un servicio, al medio ambiente y lo atinente al planeamiento urbano. Para esta visión minoritaria, el Municipio, apoyándose en los presupuestos mínimos de protección de la ley N° 25.675, en la ley N° 7.070 de la provincia de Salta, la Carta Orgánica Municipal y fallos anteriores tiene una escala “constitucionalmente adecuada” para regular y controlar el impacto sobre el medio ambiente de las antenas dentro de los límites marcados por la Constitución Nacional.

Para ellos no existe, una colisión entre lo federal y lo local, porque consideran razonable y prudente la Ordenanza discutida y que el poder de policía ambiental ha sido ejercitado de manera coherente debido a que el costo económico que se argumenta para la reubicación, no es relevante. La regulación que establece esta norma es periférica y la continuidad del servicio no se pone en riesgo con la reubicación de las antenas; por lo tanto, no hay una interferencia real de la Ordenanza en el ámbito federal.

4-La descripción del análisis conceptual, antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales

a- La autonomía de los municipios

A partir de la reforma de la Constitución de 1994, el artículo N° 123 asegura a los municipios su autonomía. El Dr. Néstor O. Losa (2006) recuerda que “los Municipios constituyen una sociedad natural, formada por cuerpos vivos, anteriores a la voluntad del Estado, cuya existencia se reconoce en nuestros días como Institución político-social y participación popular, democrático y autónoma” (p.137).

En particular, las Cartas Orgánicas Municipales incluyen normas sobre el medio ambiente teniendo en cuenta que “serán los vecinos quienes pondrán más fuerza en controlar la protección y mejoramiento del hábitat donde desarrollan su vida; es su pequeña patria”. El Municipio parece ser, en este sentido, la escala más adecuada para resolver los problemas ambientales locales y, por lo tanto, reglamentar la instalación de antenas de telecomunicaciones emisoras de radiaciones no ionizantes.

b- El poder de policía municipal

La autonomía del municipio se manifiesta a través del poder de policía municipal que la Constitución Nacional, en su artículo N° 75, inciso 30, le reconoce. Este poder es una atribución del Gobierno Municipal que también se aplica en el ámbito ambiental. En un primer momento, afirma Lafuente (2015), éste tenía por finalidad reglamentar y limitar las libertades individuales priorizando el interés general. Pero con la última Reforma de la Constitución Nacional el instituto pasó a proteger de manera amplia el bienestar general (la tendencia Jurisprudencial en Argentina, párr.1).

En el caso que aquí interesa, el poder de policía, en su interpretación más amplia que se toma a partir de esta última Reforma Constitucional, daría al Municipio plena capacidad para regular algunos aspectos relacionados a la instalación de antenas en su territorio. En particular, en el ámbito ambiental, el Municipio tendría facultades para evitar posibles impactos negativos relacionados a las implantaciones de antenas en las proximidades de zonas urbanas.

c- El principio precautorio

Frente a la posibilidad de un daño grave o irreversible en la salud pública y en el medio ambiente, el municipio de Güemes pidió la aplicación del principio precautorio en sede judicial revindicando a través de éste su autonomía y su poder de policía.

El principio precautorio es el recaudo que se toma frente a la falta de certeza de la consecuencia de un acto que tiene “por finalidad flexibilizar la fuerza probatoria de la prueba de neto corte técnico” (Berizonce y Pasutti, 2015, p.261). Es un sistema cautelar que apunta a evitar los efectos nocivos de un acto en el ámbito ambiental. El eje de este principio es el daño grave o irreversible.

En este caso de estudio, Orlandini (2009) comenta a propósito del fallo, sobre la revocación de la medida cautelar pedida por la Municipalidad de Lanús, Área Metropolitana de Buenos Aires (AMBA), en la Cámara Federal de Apelaciones que:

“El fallo legitima al Municipio al que considera afectado y, con sustento en el poder de policía, reconoce al Ente Comunal la posibilidad de dictar las normas que fueran necesarias para que las antenas de telefonía móvil resulten ambientalmente aptas” (Aplicación del principio de precaución por el municipio, párr. 14).

d- La competencia federal

El artículo N° 42 de la Constitución Nacional establece que la legislación será la encargada de “los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional” y el artículo N° 75, inc. 13, atribuye al Congreso el marco regulatorio del comercio.

En el caso de la contienda, *The United River Plate Telephone Cía. Ltda. Unión Telefónica c/ Provincia de Buenos Aires*, la Corte subrayó que la reglamentación de las comunicaciones entre provincias es tan extensa y absoluta, que se convierte para el Congreso en el deber de vigilar que el intercambio entre los Estados y la transmisión de ideas por cualquier clase de sistema, desde el correo a caballo hasta la telefonía, no sea obstruida o estorbada de un modo innecesario por ninguna de las legislaciones.

e- La “cláusula comercial”

En su fallo Telefónica de Argentina S.A. c/ Provincia de Mendoza, la Corte remarcó 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”.

Por lo tanto, las telecomunicaciones, bajo el imperio de la “cláusula comercial” estarían bajo el exclusivo poder de la legislación del Congreso y se aplicaría la teoría de la no interferencia; es decir la imposibilidad por parte de los municipios de tomar medidas en detrimento a los fines nacionales.

5- Conclusión

a- La compatibilidad del poder de policía ambiental del municipio con la competencia federal

El poder de policía ambiental del Municipio de Güemes (art. N° 75, inciso 30 C.N.), fruto de su autonomía (art. N°123 C.N.), no entra realmente en conflicto con la competencia federal (art. N° 42 y art. N° 75 inciso 13 C.N.).

En efecto, el artículo 75 inciso 30 C.N. dictamina que: “Las autoridades provinciales y municipales conservarán los poderes de policía e imposición sobre estos establecimientos, en tanto no interfieran en el cumplimiento de aquellas fines” y en concordancia con éste se halla lo establecido por el artículo 121, que habilita así a los municipios a controlar el modo operativo de los fines nacionales.

En este orden de ideas, Losa (2006) refiere a varias jurisprudencias para aseverar que existe un acción concurrente entre la Nación, las Provincias y los Municipios, “sobre todo en el ámbito de sanidad y de medio ambiente” (p.173).

Además, la Corte en el fallo 329:976 “Cablevisión c/Municipalidad de Pilar” declaró a propósito de la reglamentación municipal:

“No vulneraba en forma arbitraria ni manifiesta un derecho de la empresa sino que, antes bien, era el reflejo del ejercicio de un derecho local constitucionalmente reconocido, como es la regulación del uso de los bienes del dominio público municipal, sin que con ello se altere la licencia federal otorgada. Por otro lado,

determinó que no existía trato desigual en razón de que la ordenanza cuestionada obligaba a los prestadores existentes a adecuar sus instalaciones al nuevo sistema”.

Así, la Corte Suprema de Justicia, refuerza la idea que los municipios tienen un rol en el desarrollo de los asuntos nacionales en su territorio velando por el medio ambiente y la salud pública. Por fin, la prueba pericial adjunta al expediente no demuestra de manera suficiente la imposibilidad de la reubicación de sus antenas, invocando solamente inconvenientes transitorios que se generarían con la prestación del servicio y aspectos económicos.

Por lo cual, el Municipio a través de su ordenanza, no interfiere realmente en el aspecto técnico del sistema de telecomunicaciones que es de competencia federal. En efecto, interviene de manera razonable y prudente en un aspecto periférico de la norma federal, buscando disminuir el impacto ambiental. El Municipio viene a completar de manera local, la aplicación y el correcto desenvolvimiento de la instalación de las antenas de telecomunicaciones haciendo uso de sus atribuciones constitucionales.

El Municipio es un actor necesario para la correcta aplicación de las leyes de medio ambiente (ley N° 7070 y ley N° 25.675) y de telecomunicaciones (ley N° 19.798 y ley N° 27.078), por estar constitucional y concretamente en el centro del sistema federal.

Los conflictos en los servicios de telecomunicaciones, regulados por la Ley Nacional de Telecomunicaciones de competencia federal, pueden resolverse a través del consenso. La noción de buena fe federal puede ayudar en este sentido; entendiendo que el sistema federal funciona de modo adecuado cuando los distintos eslabones (Estado Nacional, Provincial y Municipal), ejercen sus atribuciones de un modo armonioso. Concurrencia, cooperación y complementariedad son las palabras claves para armonizar lo federal y lo local en materia ambiental.

b- La prosperidad y el bienestar en mano de los municipios

El municipio es el único que tiene la escala adecuada para poder vigilar la aplicación correcta de las normas federales en su territorio, a través de su poder de policía ambiental, que claramente debe ejercitarse de un modo razonable y prudente.

La Ley N° 25.675 establece en su artículo 2, inc. j que la política ambiental deberá aplicarse a través del establecimiento de un sistema federal de coordinación

interjurisdiccional, lo que se concreta con la intervención del poder local de los municipios. La aplicación de esta ley (art. N°4) se dará respetando el principio precautorio y de cooperación. En concreto, la realización del ordenamiento territorial ambiental (art. N° 9) y el control del mismo pasa necesariamente por las manos de los municipios teniendo en cuenta la realidad local (art. N°10).

En el mismo sentido, la ley N° 7.070 de la Provincia de Salta refuerza la noción del principio de cooperación a través de su artículo N° 4 que declara que la reglamentación de control debe “basarse en el consenso y la concertación de las partes interesadas”. Están directamente incluidos en la noción de “partes interesadas” los Municipios porque son la autoridad local de aplicación de la política medio ambiental y las empresas de telecomunicaciones porque son los actores del desarrollo tecnológico en el territorio local.

En lo particular, Berizonce y Pasutti, (2015) informa que la instalación de antenas es un claro caso de “electropolución” (p.19). Tiene un impacto ambiental innegable, por tanto “el Estado debe prohibir estrictamente esas instalaciones próximas a escuelas, jardines de infantes, hogares de ancianos y zonas residenciales” (Berizonce y Pasutti, 2015, p.20).

De manera que el Municipio a través de su poder de policía ambiental tiene un rol de suma importancia en la reglamentación local de la ubicación de las antenas, en cooperación con las empresas de telecomunicaciones, a los fines de minimizar el impacto ambiental.

En efecto, la proximidad del Municipio con sus habitantes le permite realizar una evaluación concreta y medir los riesgos latentes de una aplicación errada de las normas federales. El Municipio protege y defiende a su población, velando por el derecho de sus habitantes, su bienestar y por un ambiente sano (art. N° 41 C.N.).

El consenso entre los Municipios y el estado federal, en los aspectos no técnicos, a través de la aplicación concreta del acuerdo de colaboración entre la Federación Argentina de Municipios y los operadores de servicios de comunicaciones móviles, en referencia al Código de buenas prácticas para el despliegue de Redes de Comunicaciones Móviles, refuerza la cooperación entre las partes, a fin de determinar la localización más adecuada de estas instalaciones.

La decisión consensuada con respecto a la ubicación tiene en cuenta aspectos relevante y deja en un segundo plano lo económico. En este sentido, enfatizan Maqueda y Rosatti (2019) que “no constituyen por si mismos obstáculos reales y efectivos para el

logro de los fines de utilidad nacional invalidantes de las normas locales: i) la mera incidencia económica”.

Referencias

- Berizonce, R. O. y Pasutti, J. L. (2015). Tutela judicial del ambiente. Santa Fe, AR: Rubinzal-Culzoni.
- Constitución de la Nación Argentina. (1994). Congreso General Constituyente.
- Constitución de la Provincia de Salta. (1998). Convención Constituyente.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación. (1929) Fallo 154:104 “The United River Plate Telephone Cía. Ltda. Unión Telefónica c/ Provincia de Buenos Aires”.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación. (2004). Fallo 327:5781 “Telefónica de Argentina S.A. c/ Provincia de Mendoza”.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación. (2006). Fallo 329:976 “Cablevisión c/Municipalidad de Pilar”.
- Lafuente M. G. (2015). Diario Administrativo n° 77 Poder de Policía. Crisis de un instituto siempre vigente y controvertible. [www. Pemsamientocivil.com.ar](http://www.Pemsamientocivil.com.ar).
- Ley 19.798. (1972). Regulación del servicio de telecomunicaciones.
- Ley 27.078. (2014). Ley Argentina Digital.
- Ley 25.675. (2002). Ley general del ambiente.
- Ley 7070. (1999). De protección del Medio Ambiente.
- Losa, N. O. (2006). Derecho Municipal público provincial y contravencional. Mendoza, AR: Ediciones jurídicas cuyo.
- Orihuela, A. M. Constitución nacional comentada. Buenos Aires, AR: Editorial Estudio.
- Orlandini J. I. (2009). Derecho Ambiental Principio Precautorio antenas telefonía móvil. www.federacionlex.blogspot.com.
- Sagües, N. P. (2019). Manual de derecho constitucional. Buenos Aires, AR: Astrea.