

UNIVERSIDAD
SIGLO



La educación evoluciona

Carrera: Abogacía

Modelo de Caso

Tema: Derecho Ambiental

Sistema de telecomunicaciones Argentino:

Conflictos de competencia y la cuestión ambiental

Nombre del alumno: Gastón Schettini

Legajo: VABG89972

DNI: 38.329.687

Entregable IV

Tutora: María Laura Foradori

Año: 2020

Sumario. I. Introducción. II. Principios jurídicos en conflicto III. El camino hasta las CSJN IV. La instancia ante la CSJN. La declaración de inconstitucionalidad. V. Descripción del análisis conceptual, antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales. 1) La contaminación electromagnética 2) El federalismo ambiental 3) La competencia en la regulación de las antenas electromagnéticas. VI. Reflexiones personales. VII. Conclusión VIII. Listado de referencias. 1) Doctrina 2) Legislación 3) Jurisprudencia

I. Introducción

Para poder adentrarnos en este trabajo es de carácter fundamental entender que la constitución nacional (En adelante, CN) tiene un carácter supremo, lo que significa que es esta la base y fundamento del orden jurídico político de un Estado. Se encuentra revestida de supra legalidad, obligando a que las normas y los actos estatales y privados se ajusten a ella. Como explica Bidart Campos en su tratado elemental de derecho constitucional argentino: “Ello envuelve una formulación de deber-ser; todo el orden jurídico político del Estado debe ser congruente o compatible con la Constitución formal” (Bidart Campos, 2005). Es decir, siguiendo al doctrinario, cuando esa relación de coherencia se rompe, hay un vicio o defecto, que llamamos inconstitucionalidad, y que podremos ver manifestado en el análisis del presente fallo: “Telefónica Móviles Argentina S.A. - Telefónica Argentina S.A. c/ Municipalidad de Gral. Güemes s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad” Corte Suprema de Justicia de la Nación (En adelante, CJSN), 02/07/2019.

La última reforma constitucional, sancionada en 1994, intentó poner especial énfasis en el federalismo y la autonomía municipal. Lo que torna relevante el fallo sobre el cual se está haciendo dicho análisis ya que este versa sobre aquellas atribuciones que le son reconocidas por la constitución misma, a las entidades municipales en materia de planeamiento urbanístico, paisajístico y ecológico ambiental, en contraposición con aquellas de regulación exclusiva del Estado federal, tal como lo es el régimen de las telecomunicaciones. Dicha situación provoca también un choque entre principios jurídicos tales como el principio de precaución, base de la ordenanza atacada, y los principios de supremacía constitucional, comercio interprovincial y ejercicio de la industria lícita defendidos por la parte actora.

En la presente nota a fallo, podremos analizar como una norma de derecho común es atacada de inconstitucional, en un proceso que no versa sobre la interpretación del derecho común, sino en relación a un conflicto entre una norma de él y la ley suprema de la nación. A su vez cobra especial relevancia institucional “toda vez que los efectos de la decisión que se adopte en este caso, pueden tener consecuencias importantes en el desarrollo del servicio de telecomunicaciones en general y en el comercio interprovincial, así como en la salud del pueblo de la Nación”¹.

Para desarrollar lo anterior, comenzaremos explicando la premisa fáctica e historia procesal brevemente; para luego focalizar en los fundamentos que sustentaron las decisiones de cada uno de los tribunales y en el desarrollo del marco conceptual que permite comprender la cuestión. Por último y para concluir, cerraremos con una reflexión respecto a lo decidido en instancia final por la CSJN.

II. Principios jurídicos en conflicto

El fallo analizado tiene especial relevancia por el hecho de que en él existe un problema axiológico que pone en conflicto principios jurídicos, buscando determinar si la ordenanza dictada por un ente municipal resulta acorde a derecho, según atribuciones reconocidas por la constitución al orden municipal, o si el mismo se extralimita de las mismas y se entromete indebidamente en la órbita concedida exclusivamente al Estado federal en la labor de regular el servicio de telecomunicaciones nacional.

Por un lado, la Ordenanza municipal N.º 299/2010 – establece:

La erradicación en un plazo de 60 días de estructuras y antenas de la zona urbana, cuyo emplazamiento incumpla la distancia mínima de 500 metros respecto de esa zona o que se encuentren 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 (cfr. artículos 6º y 17)

Esta se justifica en la aplicación del principio precautorio, el cual establece que

Frente a una eventual obra o actividad con posibles impactos negativos en el medio ambiente, permite que la decisión política que no da lugar a su

¹ C.S.J.N., “Telefónica Móviles Argentina S.A. - Telefónica Argentina S.A. c/ Municipalidad de Gral. Güemes s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad” Fallos: 342:1061. (2019)

realización, se base exclusivamente en indicios del posible daño sin necesidad de requerir la certeza científica absoluta (Artigas, 2001, p.5); en razón al estado de incerteza que provoca la instalación de estas antenas en el tejido urbano del municipio de General Güemes y la permanente exposición a las radiaciones no ionizantes por parte de sus habitantes.

La misma tiene también base legal en el poder de policía que se le concede al municipio para legislar en materia de “urbanismo, higiene, salubridad y moralidad, como así también a la protección y promoción del medio ambiente, paisaje, equilibrio ecológico y polución ambiental, tendiendo al desarrollo sostenible" según lo establecido en el art. 176 inc. 9 de la Constitución Provincial salteña.

Por otro lado, nos encontramos ante la pretensión de la parte actora, la cual sostiene que dar preponderancia a la ordenanza municipal implica una violación al art. 31 de la CN, el cual consagra el principio de supremacía constitucional, ya que la misma afecta la prestación de un servicio esencial tal como lo sería el de telefonía móvil y agrega que implica también, una violación a los principios constitucionales de solidaridad, comercio interprovincial, igualdad, derecho de ejercer una industria lícita y razonabilidad.

Si bien aclaran reconocer el poder de policía propio del municipio, afirman que el mismo no puede ser ejercido en casos que “interfiera en las materias y finalidades desarrolladas a nivel federal” entendiendo que en este caso la municipalidad “se arroga potestades regulatorias vinculadas con materias interjurisdiccionales que, como las referentes a las telecomunicaciones, son de competencia federal”²

A lo indicado anteriormente, la parte actora también agrega que el emplazamiento de las antenas según lo indicado por la ordenanza solo puede provocar el efecto inverso del que se busca, ya que implicaría aumentar el nivel de radiaciones para abarcar un mayor radio de cobertura, por lo que esto no solo no garantizaría un correcto funcionamiento del servicio sino que también implicaría la violación de un derecho adquirido en razón a la previa habilitación otorgada por el municipio, poniendo en crisis la seguridad jurídica por la que debe velar el derecho administrativo.

III. El camino hasta la CSJN

² C.S.J.N., “Telefónica Móviles Argentina S.A. - Telefónica Argentina S.A. c/ Municipalidad de Gral. Güemes s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad” Fallos: 342:1061. Fs. 7 (2019)

Telefónica Móviles Argentina S.A. y Telefónica de Argentina S.A. promovieron una demanda con el objeto de que se declare inconstitucional la ordenanza 299/2010 de la Municipalidad de General Güemes, la cual dispuso relocalizar estructuras y antenas de telefonía celular que ya habían sido instaladas por la parte actora. Quien en consecuencia atacó a dicha ordenanza de inconstitucional por regular en materia de telecomunicaciones, que según el Art. 75 inc. 13 de la CN es una prerrogativa exclusiva del orden federal.

Por su parte la municipalidad, alegando un “estado de incerteza” respecto a la emisión de radiaciones no ionizantes que podrían provocar un daño irreparable para la población de general Güemes, se apoyó en el principio precautorio y en el poder de policía que se le reconoce para legislar en materia de urbanismo, higiene, salubridad y protección del medio ambiente, paisaje, equilibrio ecológico y polución ambiental, para defender la validez de dicha ordenanza.

En primera instancia, el Juzgado Federal N° 1 de Salta, desestimó el proceso iniciado por la parte actora en contra de la Municipalidad, resolución que fue confirmada en una segunda instancia por la Cámara federal de apelaciones de Salta.

Para fundar sus resoluciones los magistrados remitieron a los precedentes anteriores de la cámara "Telecom Argentina S.A. Telecom Personal S.A. c/ Municipalidad de General Güemes s/ acción meramente declarativa de derecho"³ y "AMX Argentina S.A. c/ Municipalidad de General Güemes s/ acción meramente declarativa inconstitucionalidad – ordinario"⁴, sentencias del 31/03/15 y 7/04/15, respectivamente, por considerarlos análogos a éste. Agregando que el informe del perito no negaba la posibilidad de que “pudiera existir, de modo eventual, una relación entre las emisiones de la antena de telefonía móvil y los padecimientos en la salud de los pobladores de las zonas aledañas, todo lo cual los llevaba a un estado de incerteza que convalidaba la aplicación del principio precautorio, ante la posibilidad que se irrogara un daño grave e irreversible a la población de la ciudad de General Güemes”⁵.

Estos también esgrimieron que la municipalidad estaba habilitada para dictar normas referidas a las estructuras de soportes de antenas en virtud al Art. 176

³ Expte. FSA 11000499/2010/Cal (2015)

⁴ Expte. de FSA 11000130/2011/Cal (2015)

⁵ C.S.J.N., “Telefónica Móviles Argentina S.A. - Telefónica Argentina S.A. c/ Municipalidad de Gral. Güemes s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad” Fallos: 342:1061. Fs. 2 (2019)

mencionado anteriormente, y que el desmantelamiento de las mismas no implica una intromisión en la competencia de la ex CNC (Comisión Nacional de Comunicaciones) dado a que el municipio goza de facultades constitucionales para dictar regulaciones tendientes al ordenamiento del territorio.

La negación del recurso extraordinario federal por parte Cámara federal de apelaciones de Salta, motivó recurso de queja planteado por la parte actora directamente ante la CSJN, indicando que la ordenanza atacada transgrede el Art. 75 inc. 13 de la CN y que por lo tanto, incumple con el principio de supremacía constitucional, “al igual que principios y garantías constitucionales como el derecho de propiedad, a ejercer una industria lícita y el principio de razonabilidad”, junto con “la prestación del servicio de telefonía móvil, en violación de las disposiciones de los arts. 3º, 4º Y 6º de la Ley Nacional de Telecomunicaciones (19.798) Y su complementaria, la Ley Argentina Digital (27.078)”⁶.

Por otro lado, alegaron que la misma resultaba irrazonable y que la resolución del tribunal era arbitraria ya que había quedado demostrado, por el perito oficial, que las antenas no tenían efectos nocivos sobre la salud de las personas y que la relocalización no haría más que provocar el efecto contrario al que se quería evitar, por cuanto resultaba necesario aumentar el nivel de radiación para permitir un adecuado funcionamiento del servicio.

IV. La instancia ante la CSJN. La declaración de inconstitucionalidad

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, no fue unánime al resolver el caso. La sentencia, que tuvo lugar el 2 de julio de 2019, fue con el voto concurrente de los jueces Carlos Rosenkrantz, Elena Highton de Nolasco y Ricardo Lorenzetti, en disidencia de los jueces Juan Carlos Maqueda y Horacio Rosatti, quienes en voto conjunto, rechazaron el recurso extraordinario y convalidaron la sentencia de la Cámara Federal de Salta.

Resolvieron revocar la resolución de la Cámara al entender por mayoría, que la relocalización de las antenas prescripta por la ordenanza resultaba inconstitucional por considerarla una intromisión en la organización del sistema jurisdiccional de

⁶ C.S.J.N., “Telefónica Móviles Argentina S.A. - Telefónica Argentina S.A. c/ Municipalidad de Gral. Güemes s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad” Fallos: 342:1061. Fs. 4 (2019)

telecomunicaciones. Lo cual resulta de competencia exclusiva del orden federal. Y agrega que según la prueba ofrecida en autos, no se pudo identificar siquiera mínimamente posibles riesgos a la salud de los habitantes del municipio que justificaran el traslado de dichas antenas, entendiéndose en coincidencia con la parte actora que esto podría implicar un efecto contrario con el fin de lograr el correcto funcionamiento del sistema.

Al declarar procedente el recurso de queja, la Corte aclaró que el planteo de supuesta arbitrariedad en la sentencia dictada por los juzgados federales de Salta resulta inadmisibles, ya que “no efectuó una interpretación irrazonable de los hechos y del derecho sometido a su consideración, lo que impide su descalificación por esta vía”⁷.

Quienes se pronunciaron a favor de la declaración de inconstitucionalidad basaron su argumentación en la violación a lo dispuesto por el Art. 75 inc. 13 de la CN: el cual atribuye al gobierno federal competencia para “Reglar el comercio” y el Art. 121 CN: según el cual las provincias conservan los poderes que no hubiesen delegado a través de la constitución al gobierno federal. Esta “Cláusula de comercio”, según jurisprudencia de la CSJN en "Laboratorios Suarry S.A." (Fallos: 192:350); "Telefónica de Argentina" (Fallos: 321:1074); "Telefónica de Argentina c/ Provincia de Mendoza" (Fallos: 326:4718) y "Telefónica de Argentina s/ acción de inconstitucionalidad" (Fallos: 330:3098), comprende las comunicaciones telefónicas, por lo que la competencia para regular lo referido al funcionamiento y organización del servicio de telecomunicaciones corresponde al congreso de la nación, en cuanto se trata de una atribución delegada por las provincias al gobierno federal.

También sirvió de apoyo para declarar la inconstitucionalidad lo establecido por la Ley Nacional de Telecomunicaciones en cuanto consagra: "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"⁸. En cuanto al principio precautorio, esgrimido por el municipio como base para el dictado de la ordenanza atacada, Lorenzetti señaló que: “aun

⁷ C.S.J.N., “Telefónica Móviles Argentina S.A. - Telefónica Argentina S.A. c/ Municipalidad de Gral. Güemes s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad” Fallos: 342:1061. Fs. 43 (2019)

⁸ Art. 6 Ley 19.798. Honorable Congreso de la Nación Argentina

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”⁹

Por otro lado, los jueces Juan Carlos Maqueda y Horacio Rosatti, en un voto conjunto se pronunciaron a favor de la validez de la ordenanza al interpretar que no existió una interferencia en la organización y funcionamiento del servicio de telecomunicaciones. Para esto, tomaron como base el Art. 121 de la CN, el cual consagra el principio de la regla y excepción, donde la regla es la competencia provincial y la excepción resulta en la competencia federal; y señalaron que: “la norma fundamental especifica las competencias exclusivas de la Nación (vgr. artículos 75, 99, 116, entre otros), las exclusivas de los Estados miembros (vgr. artículo 122, entre otros), como consecuencia de lo anterior, las competencias prohibidas para ambos órdenes (vgr. artículos 126, 127 y cc. y 122 y cc., entre otros, respectivamente) y las concurrentes o convergentes, es decir aquellas en las que -de una u otra forma- pueden (o deben) intervenir tanto el Estado Nacional como los Estados miembros”¹⁰.

En el caso que se está analizando confluyen aspectos de competencia federal, tal como la eficiente prestación del servicio de telecomunicaciones, concurrentes, vinculados al medioambiente y la salud pública, y propios del municipio como el planeamiento urbanístico. Estos últimos, encuentran un límite en la no interferencia de la actividad federal (Art. 75 inc. 30 CN) la cual, según los magistrados, debe ser interpretada bajo el principio de buena fe o lealtad federal, agregando que habría interferencia si la regulación local constituyera un obstáculo real y efectivo a la prestación del servicio nacional menoscabando o impidiendo los fines por los que debe velar el Estado e indicando que no constituyen un obstáculo real y efectivo: “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

⁹ C.S.J.N., “Telefónica Móviles Argentina S.A. - Telefónica Argentina S.A. c/ Municipalidad de Gral. Güemes s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad” Fallos: 342:1061. Fs. 56 (2010)

¹⁰ C.S.J.N., “Telefónica Móviles Argentina S.A. - Telefónica Argentina S.A. c/ Municipalidad de Gral. Güemes s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad” Fallos: 342:1061. Fs. 64 (2010)

prestación del servicio de telecomunicaciones”¹¹, considerando que en base a lo establecido por el Art. 377 del Código procesal civil y comercial de la nación quien alega una interferencia es quien debe probarla.

También se apoyaron en precedentes de la corte para dar base a su postura, como son "Saladeristas Podestá" (Fallos: 51:274) donde se reconoce al municipio competencia para tutelar en cuestiones de la salud pública; y en "Cablevisión c/ Municipalidad de Pilar" (Fallos: 329:976) que reconoce la validez de la normativa municipal que reglamenta el tendido de cables del sistema de prestación de ese servicio, donde se sostuvo que la “regulación municipal sobre el tendido de cables de sistemas de comunicación, telefonía, televisión por cable, iluminación y energía eléctrica, entre otras, fundada en razones de seguridad pública y de paisaje y estética urbana correspondía a una materia propia del gobierno municipal y no resultaba lesiva de la competencia federal sobre las comunicaciones”¹².

Para concluir, sostuvieron que si bien la decisión adoptada supone convalidar la constitucionalidad de la ordenanza: “no implica conceder a la Municipalidad de General Güemes, ni a otros municipios que se encuentren en idéntica situación, una autorización genérica o sine die para el ejercicio irrazonable o abusivo de sus competencias constitucionales primarias”¹³

V. Descripción del análisis conceptual, antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales

V. 1) La contaminación electromagnética

Las ondas del campo electromagnético pueden ser ionizantes, las cuales son de frecuencia elevada como los rayos X y gamma, y cuyo impacto en la salud del ser humano es conocida. O pueden ser no ionizantes, las cuales son de baja frecuencia y no pueden producir ionización o radioactividad en la materia, como la radiación

¹¹ C.S.J.N., “Telefónica Móviles Argentina S.A. - Telefónica Argentina S.A. c/ Municipalidad de Gral. Güemes s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad” Fallos: 342:1061. Fs. 83 (2010)

¹² C.S.J.N., “Telefónica Móviles Argentina S.A. - Telefónica Argentina S.A. c/ Municipalidad de Gral. Güemes s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad” Fallos: 342:1061. Fs. 80 (2010)

¹³ C.S.J.N., “Telefónica Móviles Argentina S.A. - Telefónica Argentina S.A. c/ Municipalidad de Gral. Güemes s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad” Fallos: 342:1061. Fs. 87 (2010)

ultravioleta, la radiación infrarroja, los campos de radiofrecuencias y microondas; y de las cuales existe debate sobre la incidencia que tienen para la salud de la población.

Aunque existen gran cantidad de trabajos que señalan que las radiaciones no ionizantes no pueden alterar la estructura molecular ni celular, diferentes investigaciones cuestionan que los estándares implementados en varios países, entre ellos Argentina, sólo consideran los efectos térmicos de las mismas y no otros, como los biológicos. “El 80% de los estudios epidemiológicos aceptados y revisados por la OMS recalcan entre los problemas vinculados a la contaminación electromagnética: cefaleas, insomnio, alteraciones del comportamiento, depresión, ansiedad, leucemia infantil, cáncer, alergias, etc.” (Aliciardi en Cáceres, pág. 5, 2016).

Por otro lado, distintos autores cuestionan que los estándares argentinos de emisión de Radiaciones no ionizantes, se encuentran desactualizados ya que fueron acordados sin modificaciones desde 1995, previo a los estudios que han detectado cambios en los organismos vivos. Así por ejemplo, mientras en Argentina el máximo es $0,965 \text{ mW./cm}^2$ - $965\mu\text{W/cm}^2$, en Chile es de $100\mu\text{W/cm}^2$ y en áreas educativas, de salud, etc. $10\mu\text{W/cm}^2$. Desde 2012 espera ser tratado un proyecto de ley que apunta a establecer principios mínimos en materia de prevención y control de la contaminación electromagnética, el cual plantea como distancia de seguridad para la instalación de antenas, los 500 metros (Proyecto 0213-D-12).

V. 2) Federalismo ambiental Argentino

El Art. 124 de la CN debe interpretarse en consonancia con su Art. 41, a través del cual se exige al congreso dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección ambiental, es decir, toda norma que conceda una tutela ambiental uniforme o común para todo el territorio nacional, y tiene por objeto imponer condiciones necesarias para asegurar la protección ambiental (Art. 6, Ley 25.675), y a las provincias las necesarias para complementarlas. Esto supone reconocer, a nación y provincias, facultades estatales concurrentes en la materia.

Así, como explica Cáceres

La cuestión ambiental se conformó como una categoría especial de competencia concurrente, de acuerdo a Bidart Campos (1996) en la que tanto

el Estado nacional como las provincias pueden sancionar normas y donde al decir de Sabsay (2009) este último puede dictar los presupuestos mínimos que se aplicarán sobre los recursos naturales que son de dominio de las provincias. Un “federalismo concertado” en la distribución de competencias legislativas y ejecutivas entre el nivel nacional y provincial (Gutiérrez en Cáceres, 2016, p.7).

En consecuencia, en el año 2002 se sancionó la ley general del ambiente consagrando principios ambientales como el de congruencia, de responsabilidad, de sustentabilidad y el principio precautorio, que cobra especial importancia en el fallo bajo análisis.

Estas cuestiones relativas al federalismo ambiental argentino resultan claves para conocer la situación regulatoria de las antenas de los servicios de telecomunicaciones y sobre la jurisdicción que resulta aplicable según el caso concreto.

V. 3) La competencia en la regulación de las antenas electromagnéticas

Como explican los autores Russell y Bosch (2008), existe consenso tanto en doctrina como jurisprudencia respecto a que las telecomunicaciones son de jurisdicción federal. La jurisprudencia de la corte ha sido uniforme en este sentido, en fallos como “Telefónica de Argentina S.A. s/acción de inconstitucionalidad ley 2813” (1998), fundamentando la naturaleza federal de las comunicaciones interprovinciales en las cláusulas constitucionales del comercio (art. 75, inc. 13), del progreso (art. 75, inc. 18) y la que faculta al Congreso a reglar el sistema de postas y correos (art. 75, inc. 14).

Sin embargo, resulta relevante la explicación que brindan respecto a las estructuras de soporte de antenas (En adelante, ESA) sobre las cuales identifican una competencia federal compleja, diferenciando el servicio propiamente dicho (asociado a la antena irradiante) y la ESA, que es la obra civil que se emplaza a fin de lograr cierta altura y firmeza para la instalación posterior de la antena irradiante.

Entendiendo que el servicio resulta de competencia federal, pero es a las autoridades locales en razón de facultades reconocidas constitucionalmente a las que les corresponde regular las cuestiones relativas a la localización de las mismas, siempre que esto no implique una afectación del servicio, lo cual se encuentra apoyado por la postura

de la CSJN en "Telefónica de Argentina v. Municipalidad de Chascomús s/acción meramente declarativa" donde se diferenció entre el poder de policía federal respecto de los aspectos funcionales y técnicos del servicio y el poder de policía sobre aspectos relacionados con la seguridad, salubridad e higiene, el cual corresponde a la esfera municipal.

En igual sentido se pronunció el Tribunal Superior de Justicia de la provincia de Córdoba indicando que "el principio general es que las cuestiones referidas a las comunicaciones telefónicas interestatales están sujetas a jurisdicción nacional (...) Pero en el caso no se justifica dicha intervención, toda vez que el cuestionamiento realizado se circunscribe a la 'ubicación' que van a tener las antenas de telefonía dentro del territorio municipal, sin que ello ponga en juego la prestación del servicio de telecomunicaciones".¹⁴

Por lo tanto, para poder determinar la jurisdicción competente, resulta central determinar cuándo existe esa afectación del servicio o, en todo caso, cuando esta tiene la entidad suficiente para resultar ilegítima, por ser arbitraria o irracional.

VI. Reflexiones personales

En razón a las consideraciones desarrolladas precedentemente creo que resulta oportuno aclarar que la regulación del servicio de telecomunicaciones es una materia indiscutiblemente federal, y que el poder de policía en materia ambiental y urbanística que se le reconoce constitucionalmente a los entes municipales, se debe ejercer sin que implique una afectación de los fines federales.

Ahora bien, el principio de precaución receptado por la ley general del ambiente permite la toma de medidas efectivas ante la posibilidad de producción de posibles daños ambientales, aunque no exista certeza sobre los mismos. Es decir, la falta de certezas no puede ser utilizada como causal para no implementar medidas preventivas de protección. Si bien el dictamen del perito oficial en la causa arrojó que las antenas instaladas cumplen con la resolución 202/95 del Ministerio de Salud de la Nación, como se indicó en puntos anteriores, se trata de una resolución basada en estudios de la década

¹⁴ T.S.J. Córdoba, "Castellani, Carlos E. y otros s/acción de amparo" (11/3/2003)

de 1980, que solo considera los efectos térmicos (no los biológicos) de las Radiaciones no ionizantes, y por lo tanto se encuentra desactualizada.

Por otro lado, en el ámbito internacional, el proyecto Interphone (The Intherphone study, Cardis. 2007) determinó que la agencia internacional de investigación del cáncer y la OMS (Organización Mundial de la Salud) calificaran a los campos electromagnéticos como “Posible causa de cáncer”. Estos datos dan sustento a la situación de incerteza sobre la cual se dicta la resolución municipal y la cual se encuentra receptada en la ley general del ambiente, a través del principio de precaución.

Asimismo, podemos también tomar en consideración lo expuesto por el Art. 240 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, el cual consagra el principio de preeminencia de lo colectivo por sobre lo individual, poniendo al derecho a un ambiente sano por encima al derecho de ejercer una industria lícita.

Resulta de suma importancia remarcar lo mencionado anteriormente al explicar el voto conjunto de los jueces Maqueda y Rosatti, cuando refieren a que quien alega una interferencia es quien debe probarla. Desde mi punto de vista, la interferencia en la prestación del servicio de telecomunicaciones que implicaría la relocalización de la antena y la reestructuración de la red, no se encuentran acabadamente probada en autos.

Es por lo expuesto anteriormente que comparto el voto de los jueces en disidencia, y creo que sería importante la readecuación y actualización de los estándares de emisión de radiaciones no ionizantes por el Ministerio de Salud de la Nación, como la promoción de la consulta a los vecinos en cuestiones atinentes a la instalación de este tipo de antenas en las proximidades a centros urbanos.

VII. Conclusión

En las últimas décadas el teléfono celular se volvió un instrumento vital para toda persona humana, lo que se vio reflejado en un acelerado aumento en la instalación de estructuras de soportes de antenas en el territorio nacional y trajo un gran caudal de información referida el impacto que estas pueden tener en la salud de la población y en el medio ambiente. Esta situación desencadenó una pluralidad normativa en las diferentes esferas del Estado tendiente a regular su instalación, teniendo en cuenta que

el medio ambiente y la salud pública resultan categorías de legislación concurrente al Estado nacional, provincias y municipios.

En el fallo analizado podemos identificar un problema axiológico en el que diferentes principios jurídicos receptados en nuestra ley fundamental, como son el derecho de incidencia colectiva a gozar de un medio ambiente sano y el derecho de todo particular a ejercer una industria lícita, entran en un conflicto de competencias cuya resolución resulta de especial trascendencia jurídica al impactar no solo sobre el eficiente servicio de telecomunicaciones nacional sino también en la salud de la población en general.

Lo que resulta relevante advertir es que el fallo no logra determinar con claridad cuándo existiría una “real y efectiva” interferencia en las finalidades federales que convaliden la declaración de inconstitucionalidad de una norma municipal. Sumado a la falta de actualización de los estándares de radiaciones no ionizantes aprobados por el Ministerio de Salud en 1995 y vigentes a la fecha, que sirvieron de base para desestimar el estado de incerteza alegado por el municipio, los cuales de haber sido acordes a los criterios actualmente sostenidos en el derecho comparado probablemente hubiesen convalidado la aplicación del principio de precaución.

La sanción de una ley que contenga presupuestos mínimos referidos a la contaminación electromagnética, actualizando los estándares de radiaciones no ionizantes y regulando la instalación de las antenas ESA en zonas próximas a centros urbanos permitiría dar certeza a situaciones futuras que resulten análogas a las del presente fallo.

En la actualidad, son los llamados derechos de tercera generación (en este caso, a un medio ambiente sano y equilibrado) los que cobran cada vez más importancia en el contexto jurídico global por lo que el ordenamiento jurídico argentino debería evolucionar asegurando un desarrollo económico sostenible, entendido como el desarrollo con futuro que garantiza la satisfacción de las necesidades de las generaciones actuales y futuras sin comprometer los recursos naturales y humanos (Fernandez y Gutierrez, 2013).

VIII. Listado de referencias

VIII. 1 Doctrina

- Artigas, C. (2001). *El principio precautorio en el derecho y la política internacional*, CEPAL. Recuperado de: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/6377/S01050369_es.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Bidart Campos, G. (2005). *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Ediar, Buenos Aires, Tomo I.
- Cáceres, V. (2016). *La regulación ambiental. El caso de las antenas de telecomunicaciones en Argentina*. Recuperado de: https://www.actualidadjuridicaambiental.com/wp-content/uploads/2016/08/2016_09_05_Caceres_Telecomunicaciones-Argentina.pdf
- Gago M., Gómez Zavaglia T. y Rivas F. (2016). *Federalismo Ambiental: los Recursos Naturales y la Distribución de Competencias Legislativas en la Constitución Nacional Argentina*, Revista Jurídica, Universidad Aquino, Bolivia - Id SAJJ: DACF170396. Recuperado de: <http://www.saij.gob.ar/maria-eugenia-gago-federalismo-ambiental-recursos-naturales-distribucion-competencias-legislativas-constitucion-nacional-argentina-dacf170396-2016-12/123456789-0abc-defg6930-71fcanirtcod?&o=0&f=Total%7CFecha/2016%5B20%2C1%5D%7CEstado%20de%20Vigencia%5B5%2C1%5D%7CTema%5B5%2C1%5D%7COrganismo%5B5%2C1%5D%7CAutor%5B5%2C1%5D%7CJuridicci%F3n%5B5%2C1%5D%7CTribunal%5B5%2C1%5D%7CPublicaci%F3n%5B5%2C1%5D%7CColecci%F3n%20tem%Etica%5B5%2C1%5D%7CTipo%20de%20Documento/Doctrina&t=48>
- M. B. Aliciardi y M. A. Capparelli. (2019). *Malas Ondas. Revista ambiente y consumo*. Fundación Club de Derecho Argentina. Recuperado de: http://clubdederecho.org/41-42/revista4142_01.pdf

Russell, E. - Bosch, M. (2008). *Las restricciones municipales a la extensión de redes de telefonía móvil y la responsabilidad del Estado por actividad lícita*. Recuperado de: <https://oyrlegal.com/las-restricciones-municipales-a-la-extension-de-redes-de-telefonía-movil-y-la-responsabilidad-del-estado-por-actividad-licita/>

Russell, E. - Segura, E. (2012) *La problemática jurídica de las antenas de telefonía móvil: conflictos competenciales, daño a la salud, tributación, derecho a la extensión de redes y métodos para la optimización de su uso*. Recuperado de: <http://www.todaviasomos pocos.com/aportes/la-problemática-jurídica-de-las-antenas-de-telefonía-movil-conflictos-competenciales-dano-a-la-salud-tributacion-derecho-a-la-extension-de-redes-y-metodos-para-la-optimización-de-su-uso/>

Fernandez, L. – Gutierrez M. (2013) *Bienestar Social, Económico y Ambiental para las Presentes y Futuras Generaciones*. Recuperado de: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-07642013000200013

VIII. 2 Legislación

Constitución de la Nación Argentina Art. 75 incs. 13 y 18; Art. 31; Art. 41; Art.123 (Constitución de la Nación Argentina. 22/8/1994. Vigente, de alcance general)

Ley Nacional de Telecomunicaciones, 19.798 - Bs. As. 22/8/72

LEY N° 6659 – Carta orgánica municipal – Municipio de general Güemes – 10/05/1990

Ley N° 7070 – Provincia de Salta 21/12/1999

Ordenanza municipal N. ° 299/2010 – Municipalidad de General Güemes – Provincia de Salta

Resoluciones 202/95 y 1994/15 del Ministerio de Salud

Constitución de Salta Art. 176 (Constitución de la provincia de Salta. 02/06/1986 – Ref. 07/04/1998. Vigente)

VIII. 3 Jurisprudencia

"Bazán", Fallos: 342:509

"Cablevisión c/ Municipalidad de Pilar", Fallos: 329:976

"Castellani, Carlos E. y otros s/acción de amparo". Trib. Sup. Just. Córdoba, 11/3/2003

“Dictamen procuración general de la nación, Buenos Aires, 16 de abril 2019. FSA 11000507/2010/1/RH1”

"Laboratorios Suarry S.A.", Fallos: 192:350

"Telefónica de Argentina S.A. s/ acción de inconstitucionalidad ley 2813" Fallos: 321:1074

"Telefónica de Argentina S.A. s/acción de inconstitucionalidad", Fallos: 330:3098

"Telefónica de Argentina s/ acción de inconstitucionalidad", Fallos: 330:3098

"Telefónica de Argentina c/ Municipalidad de Chascomús", Fallos: 320:619