



Corte Suprema de Justicia de la Nación, (2010), "Telefónica Móviles Argentina S.A. - Telefónica Argentina S.A. c/ Municipalidad de General Güemes s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad". - Recurso de Hecho, (Expte: FSA 11000507/2010/1/RH1), Sentencia: Buenos Aires 2 de Julio de 2019.

ABOGACÍA

Yael Abib Adarvez

D.N.I.: 35.923.605

LEGAJO: VABG75023

FECHA DE ENTREGA: 19 de Noviembre

MÓDULO: 4

TUTOR: María Lorena Caramazza

Tema seleccionado: Derecho Ambiental

Producto: Modelo de Caso

2020

Sumario: I. Introducción. - II. Desarrollo. - II. A. Reconstrucción de la premisa fáctica, historia procesal y decisión del tribunal. - II. B. Identificación y reconstrucción de la ratio decidendi en la sentencia. - III. Descripción del análisis conceptual y antecedentes. - IV Postura del Autor. - V. Conclusión. - VI. Referencias Bibliográficas. -

I. Introducción

“El Derecho Ambiental, en tanto persigue proteger, defender y recomponer el ambiente tiene, en este último, el objeto que lo justifica” (Falbo, 2009, p. 18). Por ello, Bidart Campos entiende que “el ambiente no se circunscribe al entorno físico y a sus elementos: agua, atmósfera, biosfera, tierra, subsuelo; hay que añadir todos los elementos que el hombre crea” (Bidart Campos, 2002, p. 85).

Como consecuencia de estos últimos, quedan comprendidos los servicios de telecomunicaciones inalámbricas, los que han adquirido relevancia en la última década debido a su notoria expansión. Esto ha redundado en el aumento de la instalación de antenas, especialmente en los principales centros urbanos lo que ha dado lugar a la contaminación, ya que las mismas permiten la irradiación y propagación de ondas electromagnéticas conocidas como radiaciones no ionizantes (RNI).

Uno de los rasgos más importantes que presenta el fallo es la Ordenanza emitida por la Municipalidad de Gral. Güemes de la provincia de Salta, que disponía la erradicación de una antena que emitía radiaciones no ionizantes, y que, ante la exposición continua de las personas a dicha antena, generaría un daño grave e irreversible a la población.

Por ello, estaríamos frente a un posible daño ambiental colectivo, lo que hace pasible la aplicación del principio precautorio contemplado en el art. 4 de la Ley General del Ambiente N° 25.675 (LGA): “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”.

La Constitución Nacional y las leyes ambientales regulan las actividades humanas, con el fin de tutelar y proteger el medio ambiente, pero este tema también ha sido objetivo de controversias que han llegado hasta la Corte Suprema de Justicia de la Nación. (Bustamante Alsina, 1995).

El fallo “Telefónica Móviles Argentina S.A.-Telefónica Argentina S.A. c/ Municipalidad de Gral. Güemes s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad” Expte. N° FSA 11000507/210/1/RH1, de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

(CSJN), con sentencia definitiva de fecha 02/07/2019, resulta novedoso, por cuanto la CSJN debió decidir si la alegada interferencia de la Ordenanza emitida por la Municipalidad de Gral. Güemes de la provincia de Salta, se encontraba amparada constitucionalmente por ser consecuencia del legítimo ejercicio del poder de policía municipal o si, por el contrario, implicaba una intromisión en aspectos regulatorios que son propios de la competencia de las autoridades federales en la materia y, por lo tanto, debe ser declarada inconstitucional.

El problema jurídico del caso se debe a un problema lógico del sistema normativo, ya que colisionan varias normas de rango constitucional, lo que genera una contradicción porque dichas normas ofrecerían soluciones contrapuestas. También se puede constatar la existencia de un problema axiológico, ya que dicha acción de inconstitucionalidad interpuesta por las actoras genera la necesidad de ponerla en cuestionamiento en el sentido de que si bien se busca proteger los derechos vulnerados por las actoras, podría ir en contra de los principios superiores del ordenamiento y reconocidos en materia ambiental como lo es el principio de prevención y el principio precautorio que se encuentran contemplados en la Ley General del Ambiente N° 25.675, 2002.

El presente trabajo, abordará la problemática de la regulación ambiental relacionada con las antenas que posibilitan la prestación de los servicios de telecomunicaciones, las implicancias del federalismo ambiental y las normativas que encuadran la regulación de las antenas; como así también el reconocimiento de la importancia del principio precautorio en lo que concierne a la contaminación producto de las radiaciones no ionizantes.

II. Desarrollo

A. Reconstrucción de la premisa fáctica, historia procesal y decisión del tribunal

Telefónica Móviles Argentina S.A. y Telefónica de Argentina S.A. iniciaron una acción declarativa de inconstitucionalidad en los términos del artículo 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación contra la Municipalidad de General Güemes de la Provincia de Salta, y solicitaron que se declarara inconstitucional la Ordenanza que disponía, entre otras medidas, la erradicación en un plazo de 60 días de estructuras y antenas de la zona urbana cuyo emplazamiento incumplía la distancia mínima de 500 metros respecto de esa zona o que se encontraban en las proximidades de lugares donde se desarrollan actividades educativas, deportivas, sociales o de cualquier tipo ya que

significaban la posibilidad de exposición continua de personas a las emisiones de estas antenas.

Las actoras sostuvieron que la Municipalidad se había arrogado lisa y llanamente potestades ambientales vinculadas con materias interjurisdiccionales de competencia federal que se encuentran bajo la órbita del Ente Nacional de Comunicaciones (ENACOM) y de la Secretaría de Comunicaciones de la Nación, y que la Ordenanza violaba los principios constitucionales de supremacía nacional, solidaridad, comercio interprovincial, igualdad, derecho de ejercer una industria lícita y razonabilidad.

Asimismo, las recurrentes se agravian por la aplicación del principio precautorio que realizó el tribunal a quo, puesto que en el caso mediante el informe del perito especializado que trabajó en la antena de la calle Gorriti 114, se comprobó que “no hay riesgo en la salud por parte de la población del municipio de Gral. Güemes porque la antena cumple acabadamente con los estándares internacionales de emisiones de Radiaciones No Ionizantes”.

Luego de que la Cámara Federal de Apelaciones de Salta confirmó la sentencia de primera instancia que desestimó la acción declarativa de inconstitucionalidad deducida por las actoras, estas interpusieron un recurso extraordinario federal, el cual fue denegado, por lo que luego interpusieron un recurso de queja ante la CSJN.

Finalmente, la CSJN declaró admisible el recurso extraordinario federal interpuesto, y revocó la sentencia apelada. Resolvió que la alegada interferencia de la Ordenanza no se encontraba amparada constitucionalmente como consecuencia del legítimo ejercicio del poder de policía municipal, sino que implicó una intromisión en aspectos regulatorios que son propios de la competencia de las autoridades federales en la materia y, por lo tanto, debió ser declarada inconstitucional en virtud de lo dispuesto por el artículo 75, inciso 13, de la CN.

B. Identificación y reconstrucción de la ratio decidendi en la sentencia

Con los votos concurrentes y mayoritarios de los Magistrados Carlos Rosenkrantz, Elena Highton de Nolasco y Ricardo Lorenzetti, y en disidencia de los Ministros Juan Carlos Maqueda y Horacio Rosatti, la CSJN hizo lugar a la queja y devolvió los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo fallo.

Respecto al problema lógico planteado, resulta conveniente destacar que los argumentos vertidos por los Magistrados que declararon la inconstitucionalidad de la Ordenanza fueron que la “Cláusula de Comercio” del artículo 75, inciso 13, de la CN

incluye las comunicaciones interestatales, quedando éstas sujetas a la jurisdicción del Congreso Nacional, ya que constituyen el ejercicio del comercio.

Sostiene la Dra. Elena Highton de Nolasco en su voto concurrente, que, en una extensa línea de fallos anteriores a la reforma constitucional de 1994, el Tribunal a quo interpretó la expresión "reglar el comercio" contenida en art. 75, inc. 13 y afirmó que el término "comercio" comprende las comunicaciones telefónicas interjurisdiccionales y que, por esta razón, tales comunicaciones están sujetas a la jurisdicción del Congreso de la Nación (conf. Doctrina de Fallos: 154:104; 192:234; 198:438; 213:159); y por otro lado la expresión "reglar" debe ser interpretada de un modo amplio y reconoce en el Congreso la facultad de disponer todo lo relativo a la iniciación, funcionamiento y organización de una actividad (Fallos: 154:104; 188:247).

Por lo tanto, las provincias y los municipios deben ejercer sus competencias sin alterar las condiciones materiales, económicas, jurídicas, o de cualquier orden, establecidas por la legislación nacional, cuando dispone que las actividades provinciales y municipales conservan los poderes de policía e imposición sobre los establecimientos de utilidad nacional, pero solo en tanto no interfieran en el cumplimiento de sus fines nacionales (artículo 75, inciso 30 de la CN).

Establece el Dr. Ricardo Lorenzetti en su voto que: "La autonomía municipal no puede ser entendida como una franquicia para que los municipios interfieran en el desarrollo de los servicios nacionales ya que estos deben ejercer aquellas competencias regulatorias que les resultan propias de manera armónica al Gobierno Federal".

Al disponer unilateralmente la reubicación de las antenas que se encuentran operando y, por lo tanto, modificar la red de telefonía celular ya instalada, la Ordenanza se arroga una atribución que la Ley Nacional de Telecomunicaciones N° 19.798 le otorga a la autoridad federal de aplicación.

Teniendo en cuenta el problema jurídico axiológico, la CSJN consideró en cuanto al fundamento de la Ordenanza, que tampoco se verificó en el expediente un mínimo de demostración de concreción del daño por las radiaciones de las antenas, lo cual, en materia de salud, implicaría la aplicación del principio precautorio. Además, de acuerdo con el protocolo aprobado por la Resolución CNC N° 3690/2004, las antenas de telefonía móvil cumplen con los estándares de seguridad en materia de radiaciones no ionizantes.

El perito actuante en el expediente aclaró que, una vez removida la antena, quienes usen su celular en el aire se verán expuestos a un mayor nivel de radiación de su propio

celular, ya que este deberá incrementar su potencia para poder comunicarse con la antena de la red que reemplaza a la removida y que se encuentra a mayor distancia.

Por el contrario, y en disidencia, los Jueces Juan Carlos Maqueda y Horacio Rosatti reconocieron la competencia constitucional de los Municipios, sostuvieron que la instancia de decisión municipal es la que mejor conoce las modalidades de la convivencia vecinal, como así también las fortalezas, carencias y potencialidades de su territorio; por lo tanto, es lógico que tenga una competencia primaria para diseñar la política pública sobre preservación y mejoramiento del ambiente, la tutela de la estética urbana y del paisaje, en coordinación con las autoridades provinciales. –

III. Descripción del análisis conceptual y antecedentes.

Se puede apreciar que el fallo trata conceptos de suma relevancia como lo son las particularidades sobre el federalismo ambiental respecto a la situación regulatoria de las antenas de los servicios de telecomunicaciones.

La Corte ha decidido al respecto que “las comunicaciones telefónicas interestatales están sujetas a la jurisdicción nacional, pues tienden a promover la prosperidad, adelanto y bienestar general del país” (Fallos; 188:247; 213:467, entre otros).

La ley de “Tecnologías de la Información y las Comunicaciones” 27.078 (TIC) y la “ley Nacional de Telecomunicaciones” 19.798, consagran la jurisdicción nacional sobre los servicios de comunicaciones.

La Ley 19.798 establece que los medios y sistemas de comunicación no podrán ser modificados sin previa autorización de la autoridad nacional de aplicación (artículo 27), la que tiene competencia para participar en el otorgamiento y cancelación de permisos, autorizaciones y licencias para la instalación, explotación, uso, ampliación, modificación y traslado de los distintos medios o sistemas de telecomunicaciones (artículo 9, inc. 1).

Los antecedentes de este instituto jurídico resultan importantes de destacar por cuanto las provincias preexisten a la nación y conservan todo el poder no delegado por la Constitución Nacional al nivel central (artículo 121 C.N.). Se establece además que las provincias podrán dictarse sus propias constituciones, asegurando la autonomía municipal, entre otras (artículo 123, C.N.).

Como consecuencia de ello, la Constitución de la Provincia de Salta reconoce al Municipio como una comunidad natural que, asentada sobre un territorio y unida por relaciones de vecindad y arraigo, tiende a la búsqueda del bien común local. Los Municipios gozan de autonomía política, económica, financiera y administrativa (artículo 170 C.P.S.); además, establece entre las competencias municipales la cooperación con la

Provincia o la Nación en asistencia social, salud pública, preservación del medio ambiente y recursos naturales (artículo 176 C.P.S.).

Bidart Campos sostiene que la delimitación de competencias entre el nivel central y provincial dio lugar a áreas de injerencias que pueden ser: exclusivas del Estado federal; exclusivas de las provincias; concurrentes entre las provincias y el estado federal; excepcionales de las provincias y; compartidas entre el Estado federal, entre otras. Dentro de las competencias concurrentes, o sea, las que pertenecen en común al estado federal y a las provincias encontramos entre otras las que surgen del art. 41 (Bidart Campos, 1996, p. 179).

El valioso artículo 41 incorporado en la reforma de 1994 estableció que "todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley. Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales. Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales...". (Constitución Nacional, artículo 41, 1994)

En tanto, otro tema de suma relevancia tratado en el fallo son las antenas, la radiación que emiten y como consecuencia de ello la aplicación del Principio Precautorio ante un posible daño ambiental. Se sienta como antecedente doctrinal que en 2002 se sancionó la Ley General del Ambiente N° 25.675, que en su artículo 4, acordó un conjunto de principios ambientales como el de congruencia que estipula que las legislaciones provinciales y locales requieren adecuarse a dicha ley; el precautorio que establece que cuando exista peligro de daño grave o irreversible, la ausencia de información o de certezas científicas no deben usarse para postergar la toma de medidas; el de progresividad que implica la gradualidad en el logro de los objetivos ambientales, entre otros.

Resulta interesante dar a conocer que las antenas emiten radiaciones no ionizantes (RNI). Las RNI son aquellas que, al incidir sobre la materia biológica, no poseen suficiente energía para provocar una ionización. Sin embargo, pueden causar efectos térmicos, fotoquímicos, entre otros.

Aunque existe amplia literatura que señala que las RNI no pueden alterar la estructura molecular ni celular, distintos investigadores cuestionan que los estándares implementados en varios países, incluyendo Argentina, sólo consideran los efectos térmicos de las RNI y no otros, como los biológicos. Aliciardi señala que “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 M., 2011, p. 61)

La preocupación respecto a las RNI se encuentra en la agenda ambiental internacional y ha dado lugar a distintas conferencias que denunciaron los riesgos en la salud de la población (Declaraciones de Viena 1998, Salzburgo 2000, Roccaraso 2000, Alcalá de Henares 2002, Catania 2002, Friburgo 2002, entre otras).

IV. Postura del Autor

La corte resolvió a través del recurso extraordinario presentado por las actoras, declarar inconstitucional la ordenanza, en cuanto solicita la remoción de antenas ya instaladas y altera por esa vía el diseño de la red de telefonía celular, se entromete en un aspecto regulatorio de competencia nacional exclusiva, como lo es inequívocamente el de ampliar, modificar y trasladar los distintos medios o sistemas de telecomunicaciones. La Municipalidad, al sancionar la Ordenanza, ha invadido indebidamente facultades que fueron delegadas por las provincias a la Nación (artículo 75, inciso 13 y 18, C.N.).

Tal decisión resulta coherente al analizar los antecedentes jurídicos del caso, dado que las empresas tanto Telefónica Móviles Argentina S.A. como Telefónica Argentina S.A. prestan un servicio esencial que es el de la telefonía móvil, el cual se encuentran reguladas por el ENACOM, que es un Ente Nacional, el mismo fue creado en Diciembre del 2015 a través del Decreto 267 como regulador de las comunicaciones con el fin de asegurar que todos los usuarios del país cuenten con servicios de calidad.

Por lo tanto, considero que cuando la actividad económica afectada es un servicio público, o de interés público, de carácter nacional, el deber de cuidado que debe pesar sobre las autoridades municipales al evaluar las razones que justifican su actuación debe ser considerablemente mucho más estricto.

Empero, observo que la CSJN debería al momento de resolver haber evaluado la posibilidad de darle a las empresas un tiempo prudencial para que puedan evaluar técnicamente y económicamente la posibilidad de desplazar las antenas y dichas estructuras hacia un lugar en que se evite exponer a la población a radiaciones que puedan

ocasionar en el futuro problemas en la salud. Reconocer el principio de progresividad consagrado en el artículo 4, de la Ley General del Ambiente (L.G.A.), el cual establece que los objetivos ambientales deberán ser logrados en forma gradual, a través de metas interinas y finales, proyectadas en un cronograma temporal que facilite la adecuación correspondiente a las actividades relacionadas con esos objetivos. Teniendo en cuenta, además, que cuando se plantea un caso de conflicto de normas constitucionales y de pluralidad de fuentes, debe aplicarse la regla de la interpretación coherente y armónica (Fallos: 186:170; 296:432).

Es importante y resulta además necesario que en materia de competencias se determine con un criterio definitorio los límites de cada una de ellas.

Respecto al principio precautorio invocado por la Municipalidad, base sobre la cual la Ordenanza sienta su postura de que dichas antenas generan una radiación y estas a su vez un daño a la salud de los habitantes de Gral. Güemes, es pertinente y coherente lo resuelto por la CSJN al exponer que no probaron con evidencia técnica y científica que las antenas generan un daño en la salud de las personas residentes.

Es menester, dejar asentado que la autoridad nacional aprobó la instalación de las antes mediante las resoluciones 202/1995 del Ministerio de Salud y Acción Social; la resolución 674/2009, del Ministerio de Salud, que conforma la Comisión Intersectorial para el Estudio de las radiaciones no ionizantes (CIPERNI), entre otros; lo cual no puede presumirse que ello haya sido en contravención con la normativa impugnada.

V. Conclusión

En la última década y media dentro del sector de telecomunicaciones, de jurisdicción nacional en Argentina, la telefonía móvil se encuentra en notoria expansión, a la vez que se nota una desaceleración de las conexiones de líneas de telefonía móvil. A la par del incremento de nuevas líneas de celulares, han crecido las preocupaciones de la población por las consecuencias de la instalación de antenas y la contaminación electromagnética. Ciertamente resulta confuso la distribución de responsabilidades respecto a la regulación y control de las estructuras de soporte y de las antenas de telecomunicaciones.

Sin embargo, estoy absolutamente convencida que, si bien es cierto que lo que prima ante todo es la preservación del daño, no es menos cierto que en esa ponderación, no se puede perder de vista la racionalidad y proporcionalidad de la medida a adoptar y la transparencia de la misma, ya que, de lo contrario estaríamos causando un serio perjuicio, afectando las posibilidades de mejorar el patrimonio de las personas, y por ende su calidad de vida, como así también su ambiente como un derecho personalísimo.

Apuesto a un desarrollo sustentable, en el que podamos aplicar el principio de sustentabilidad, el cual hace referencia a un desarrollo económico y social, conjugado con el aprovechamiento de los recursos naturales a través de una gestión apropiada del ambiente, para que no solo puedan gozar del mismos las generaciones presentes, sino también las futuras.

VI. Referencias Bibliográficas

- ALICIARDI, M., (2011), “Contaminación Electromagnética No Ionizante”, Ciencia, Vol. 6.
- BUSTAMANTE ALSINA, J. (1995). Derecho Ambiental. Buenos Aires, Argentina: Perrot Abeledo.
- BIDART CAMPOS, G., (1996) Manual de la Constitución reformada, T° I, Ediar, Buenos Aires.
- BIDART CAMPOS, G. J., (2002) “Manual de la Constitución Reformada, T° II”, Ediar, Buenos Aires.
- Ente Nacional de Comunicaciones, (2015). Recuperado de https://www.enacom.gob.ar/institucionales_p33
- FALBO, A. J., (2009) “Derecho Ambiental” Librería Editora Platense, La Plata
- Ley N° 19.798, Ley Nacional de Telecomunicaciones, 1972. Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/30000-34999/31922/texact.htm>
- Ley N° 24.430, Constitución de la Nación Argentina, 1994. Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>
- Ley N° 25.675, Ley General del Ambiente, 2002. Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/75000-79999/79980/norma.htm>
- Ley N°27.078, Ley de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, 2014. Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/239771/norma.htm>
- Tribunal Superior de Justicia de la Nación, (2010), “Telefónica Móviles Argentina S.A.- Telefónica Argentina S.A. c/ Municipalidad de Gral. Guemes s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad” (Expte. 11000507/2010). Sentencia de fecha 02/07/2019. Recuperado de <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7535142&cache=1562165665634>