

“Argentina Digital”: Una oportunidad perdida

Enrique A. Chaparro †

Fundación Vía Libre

El Senado dio media sanción, el 10 de diciembre, al proyecto de ley de telecomunicaciones enviado por mensaje el Poder Ejecutivo 1983/14, denominado “Argentina Digital”. Menos de 24 horas después, la Comisión de Telecomunicaciones e Informática de la Cámara de Diputados emitió un dictamen de mayoría que reproduce el proyecto aprobado en el Senado, y se espera que sea sancionado en sesión especial de la Cámara baja el martes 16 de diciembre. El texto que tratarán los diputados difiere parcialmente del remitido por el P. E. N., con modificaciones introducidas por la Comisión de Sistemas, Medios y Libertad de Expresión en dictamen del 26 de noviembre, otras del 3 de diciembre, y finalmente algunas que se introdujeron en la misma sesión en que la cámara alta aprobó el proyecto.

La discusión de este proyecto era una ocasión inmejorable para dotar a la Argentina de una ley de telecomunicaciones moderna, democrática y respetuosa de los derechos fundamentales. Para abrir, como se hizo en ocasión de tratarse la ley de servicios de comunicación audiovisual, una instancia de amplio debate público. Para fijar estrategias esenciales para el desarrollo humano y económico en los próximos años. Para analizar qué modelo de expansión de los servicios de telecomunicaciones es viable y sostenible, en un país cuyos indicadores de costo y calidad se deterioran en términos relativos año tras año. Una ocasión que, sin embargo, termina siendo desaprovechada.

Siguen sin estar claras las razones para un tratamiento a marchas forzadas de un marco legal para un sector estratégico, tanto por lo que representa como vehículo y dinamizador de derechos fundamentales cuanto por su importancia económica (en 2013, el sector de telecomunicaciones representó aproximadamente el 2,9%, con una fortísima concentración)¹ El texto da abundantes muestras del apresuramiento con que ha sido redactado. No solo da cuenta de ello la marcha atrás en la derogación de la norma de facto 19.798 como solución de algunas de las omisiones graves del proyecto. Es evidente el desorden terminológico: los conductores se denominan “hilos” en un artículo y “cables” en otro, los operadores se denominan “licenciatarios” en la mayoría del texto pero “concesionarios” en el artículo 81 inc. l), no hay consistencia en el uso de dígrafos en el ordenamiento de los incisos,² etc.; hay numerosos errores en términos de técnica legislativa, como incorporar cláusulas dispositivas en las definiciones (art. 7 incisos c y h); en términos gramaticales, como errores de concordancia que provocan recurrencias infinitas o provisiones completamente ininteligibles;³ o en términos técnicos de telecomunicaciones, como el desafortunado uso de “velocidad”

† Fundación Vía Libre – echaparro@vialibre.org.ar

Copyright © 2014 Enrique A. Chaparro y Fundación Vía Libre. Este material puede ser reproducido y distribuido en los términos de la licencia *Creative Commons* “Atribución-SinDerivar 4.0 Internacional”. Como excepción parcial a la cláusula “SinDerivar”, se permiten traducciones de buena fe.

¹ Cifras de 2013. Aproximadamente el 75 % del mercado está en manos de tres empresas de capital extranjero, y el 85 % del mercado en manos de cuatro.

en el artículo 58.

Y este apresuramiento en la redacción ha ido acompañado de idéntica urgencia en el tratamiento. A pesar de que el proyecto, entre otros aspectos, declara derechos humanos no establecidos en la Constitución ni en los tratados contemplados en ella (artículo 75 inc 22), establece contribuciones y tasas, e instituye un régimen de sanciones, no ha sido tratado en ninguna de las Cámaras por las comisiones específicas a las que corresponden esas cuestiones.

Como lo habíamos señalado en un extenso documento que publicáramos el 1 de diciembre pasado,⁴ el marco regulatorio de las telecomunicaciones en la Argentina precisa de una ley moderna, democrática y respetuosa de los derechos fundamentales. La norma de facto llamada ley 19798 no solo es anacrónica, sino que carece de legitimidad por emanar de una dictadura militar. Esa norma, además, solo rige parcialmente, y el actual marco jurídico es un collage de decretos y normas menores que poco contribuyen a garantizar un marco coherente. En ese sentido, entonces, la intención de reforma es auspiciosa y si algo hubiera que lamentar es la demora en hacerlo, a treinta y un años de recuperada la democracia.

Pero no solo con intenciones loables se construyen buenas leyes. En el mencionado documento señalábamos en detalle numerosos problemas del texto bajo tratamiento, algunos de los cuales implican potenciales amenazas graves a derechos fundamentales, mientras otros dan pie, por errores e imprecisiones de redacción, a situaciones de conflicto. Reiteramos que la importancia que las telecomunicaciones han adquirido en las últimas décadas para contribuir a la realización de derechos humanos esenciales exige una discusión amplia y profunda de la ley que las enmarca, así como en su momento lo tuvo la ley de servicios de comunicación audiovisual. En particular porque no pueden advertirse razones de urgencia para tratar este proyecto, y existe un marco regulatorio que habilita la mayoría de las medidas correctivas de situaciones de abuso de posición dominante que el proyecto de ley pretende poner en vigencia, sancionado hace más de 14 años y nunca aplicado en su totalidad (decreto 764/2000), que puede servir para corregir situaciones distorsionadas hasta tanto se sancione un nuevo marco.

Las modificaciones introducidas el 3 de diciembre pasado resolvieron, en parte, algunos de los problemas advertidos en nuestro estudio del 1 de diciembre:

- Se redujo el alcance de la definición de “servicios de tecnologías de la información y las comunicaciones”, con lo que se acotan algunas de las posibilidades de interpretación extensiva del ámbito regulado;
- Se dispuso la creación de una autoridad de aplicación y mecanismos para control y supervisión de esta, lo que acota uno de los problemas más serios respecto de la autoridad regulatoria de la ley.
- Se estableció un método para integrar los activos del Fondo Fiduciario de Servicio Universal creado por el decreto 764/2000 y modificado por el decreto 558/2008 al fondo creado por el artículo 21 del proyecto, subsanando de este modo el sentido expropiatorio que tenía el artículo 73 del mensaje del P. E. N.

² La Asociación de Academias de la Lengua Española adoptó el orden alfabético latino universal (es decir, suprimió del abecedario) los dígrafos “ch” y “ll” en su X Congreso, 1994.

³ Es un misterio, por ejemplo, a qué refiere el “ni cambiarles su destino” del artículo 29.

⁴ Chaparro, E. (2014) *Consideraciones sobre el proyecto de ley “Argentina Digital”,* versión 1.2.- Córdoba: Fundación Vía Libre. Disponible en <<http://http://www.vialibre.org.ar/wp-content/uploads/2014/12/argentinadigital.pdf>>

- Se repararon algunas omisiones del texto propuesto, como las relativas al régimen de radioaficionados, por la vía de mantener la vigencia de la norma de facto llamada ley 19.798.

Lamentablemente, no solo muchos otros problemas quedaron sin resolver sino que las modificaciones introducidas agregaron nuevos. Por ejemplo, el texto agregado al final del segundo párrafo del artículo 28, al permitir apartarse de los términos y condiciones contractuales en las autorizaciones de uso de espectro radioeléctrico concedidas por licitación o concurso público por “razones de interés público”, genera un marco de incertidumbre jurídica.

Tal vez lo más grave en este aspecto sea lo relativo a la no derogación de la norma de facto 19.798 “respecto de aquellas disposiciones que no se opongan a (...) la presente ley” (art. 89). No solamente porque se crea una nueva capa que incrementa el desorden normativo en materia de telecomunicaciones y muestra a las claras el innecesario apresuramiento con que fue tratado este proyecto, sino también porque se da continuidad a la vigencia de una norma de carácter autoritario y represivo, que subordina derechos fundamentales a la “seguridad nacional” (art. 145 y concordantes, norma de facto 19.798) e incluye limitaciones específicas a la libertad de expresión (arts. 17, 125, y relacionados de la norma de facto citada).

La definición de “servicios de TIC” (art. 6 inc. d), acotada respecto del proyecto original del Ejecutivo y de la primera versión de dictamen de la comisión del Senado, sigue siendo ambigua, se superpone desordenadamente con la de “servicio de telecomunicación” (art. 6 inc e), y se contradice con el art. 55. La interpretación de esta definición, en particular dadas las acciones de “transportar y distribuir” sigue siendo confusa, y puede dar lugar, en el contexto de la Internet, a extremos tales como considerar “servicios de TIC” a las aplicaciones de diálogo interactivo, o no considerar entre ellos al tránsito entre sistemas autónomos.⁵

La importancia de la autoridad encargada de aplicar una ley se vuelve más estratégica cuanto menos precisa es la ley, cuanto menos definidas están las políticas públicas que se pretenden establecer. Este es, claramente, el caso de “Argentina Digital”, que en sus dos primeras versiones concedía atribuciones prácticamente ilimitadas a una autoridad regulatoria cuya designación se difería enteramente al Ejecutivo. La autoridad de aplicación está ahora definida, siguiendo el modelo de la creada por la ley 26.522 (aunque sin la figura del defensor del público que esta creaba). Más allá de la obviedad de que mayor representación no implica por sí mayor capacidad técnica ni menor discrecionalidad, los poderes que se conceden siguen siendo extraordinarios. En la práctica, la ley termina siendo una simple formulación de intenciones, y la capacidad de fijar todas las políticas de telecomunicaciones queda en manos de la autoridad de aplicación. A esta no solo se le conceden las atribuciones que el proyecto original del Ejecutivo daba a una autoridad innominada, sino que se le agregan otras que representan una potencial amenaza a derechos esenciales, como “la regulación, el control, la fiscalización y verificación en materia de **las TIC en general**” (art. 80, el destacado es nuestro).

Pero a la perspectiva de una autoridad de aplicación con amplísima discrecionalidad se le agrega, además, el control de instrumentos clave del sector. El artículo 87 coloca bajo dependencia de esa autoridad a ArSat, una sociedad anónima que opera en telecomunicaciones y a la que la ley concede privilegios especiales (arts. 25, 31, 35 y 41) por el hecho de que el Estado nacional tiene en ella participación

⁵ Técnicamente, los operadores que solo proveen tránsito no “distribuyen”.

accionaria mayoritaria, y a la infraestructura de *backbone* de telecomunicaciones tal vez más importante del país, la Red Federal de Fibra Óptica creada dentro del proyecto “Argentina Conectada”.⁶ No existe antecedente, ni siquiera en la época del monopolio estatal de las telecomunicaciones, de un organismo regulador que sea a la vez juez y parte.

En lo fundamental, la ley no regula: expresa una serie de deseos e intenciones, y deja toda la política de telecomunicaciones librada a la autoridad de aplicación, que tiene potestades para regular de maneras diametralmente opuestas: precios totalmente liberados o precios totalmente controlados, favorecer la competencia o favorecer la concentración, estatizar o privatizar, privilegiar a unos actores por sobre otros.

En nuestro documento del 1º de diciembre señalábamos los problemas más serios del proyecto, lo analizábamos puntualmente y sugeríamos caminos alternativos. En buena medida, esas observaciones siguen siendo válidas. Resultará útil, entonces, hacer un repaso de las deficiencias más graves que subsisten en el texto, más allá de las que indicamos más arriba:

- Es insuficiente la protección de la privacidad y de los datos personales, en especial en lo que respecta al tratamiento y la conservación de datos de tráfico y de geolocalización.
- No hay un marco mínimo de obligaciones de los operadores respecto de la seguridad y estabilidad de las redes; en lugar de ello, hay una obligación (art. 62 inc. f) de imposible cumplimiento, la de *garantizar* la confidencialidad de los mensajes transmitidos y el secreto de las comunicaciones.
- El régimen de sanciones no respeta las garantías de debido proceso.
- No se establecen criterios mínimos de referencia que actúen como orientadores de las políticas. Por ejemplo, no hay una cota mínima de servicio básico universal, ni parámetros de referencia para determinar posición dominante, ni un sistema progresivo de acciones para evitar el abuso de posición dominante.
- La norma generaliza el desagregado del bucle de abonado, lo que puede significar la desaparición de los pequeños operadores.
- Establece un régimen de tasas inconstitucional (por ejemplo, en el art. 52).⁷
- Incluye en la regulación a las redes de uso exclusivamente privado, aunque no usen espectro radioeléctrico, así como las extensiones de red de los usuarios finales, que en consecuencia deberían obtener licencias y tributar contribuciones.
- Concede privilegios indebidos a las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria. Estas preferencias, así como algunas de las establecidas en el capítulo dedicado a los sistemas satelitales, son contrarias a los compromisos internacionales contraídos por la Nación ratificados por ley 25.000.
- No se establecen principios rectores respecto de la asignación de espectro radioeléctrico, dejándolo librado al arbitrio de la autoridad de aplicación. En particular, no se garantiza la disponibilidad de espectro de uso público sin

⁶ También se le había transferido la Comisión Nacional de Actividades Espaciales, en la redacción del 3 de diciembre. En la sesión del Senado del 10 de diciembre, esta transferencia fue eliminada aduciendo “error de tipeo” (versión taquigráfica (provisional), Período 132º - 21ª Reunión - 11ª Sesión ordinaria - 10 de diciembre de 2014, pág. 61)

⁷ Véase CSJN, “Selcro S.A. c. Jefatura de Gabinete de Ministros”, 21/10/2003, allos 326:4251.

requerimiento de licencia.

- Se establece un régimen compulsivo de licenciamiento para la prestación de servicios, sin ninguna razón que lo justifique, que resulta un potencial recurso de censura.
- La redacción está plagada de errores e imprecisiones, que conducirán inevitablemente a situaciones de conflicto.
- La norma del artículo 4 termina sometiendo cuestiones exclusivamente entre partes privadas al fuero Contencioso Administrativo federal, poniendo en entredicho el principio del juez natural.

En nuestro estudio señalábamos también un significativo conjunto de omisiones del texto. Un buen número permanece a pesar de las modificaciones, como la exención de responsabilidad de los operadores de telecomunicaciones por la legalidad del contenido que transporten si no lo hubiesen originado. Otras, como se ha dicho más arriba, se han subsanado manteniendo la vigencia de la norma de facto llamada ley 19.798, a un alto precio: no solo el de agregar confusión normativa, sino el de mantener provisiones que privilegian la llamada “seguridad nacional” por sobre los derechos fundamentales de los argentinos.

Respecto de esta última cuestión, no parece necesario recordar que el término “seguridad nacional” tiene para los argentinos un valor simbólico especialísimo. En su nombre se cometieron los crímenes más atroces que recuerde nuestra historia. En treinta y un años de recuperadas las instituciones de la República, ninguna ley lo utilizó, excepto cuando formaba parte del texto de un convenio o tratado, o para hacer alusión a la doctrina que dio pie a aquellos crímenes. Su inclusión, con mayúsculas cual si fuese un nombre propio, en el inciso a) del artículo 65 es, cuando menos, un insulto a la memoria.