

La ADC y Fundación Vía Libre manifiestan su preocupación por el dictamen de “Argentina Digital”

(Buenos Aires, 25 de noviembre de 2014) La Asociación por los Derechos Civiles (ADC) y la Fundación Vía Libre consideran que la discusión de una ley de telecomunicaciones constituye una cuestión central para el futuro de la Argentina y para la plena vigencia de libertades fundamentales. Por ello, expresan su preocupación por algunos aspectos del proyecto de ley Argentina Digital - que obtuvo dictamen en la Comisión de Sistemas, Medios de Comunicación y Libertad de Expresión del Senado- que ponen en riesgo la vigencia de derechos constitucionales. En consecuencia, urgen a los senadores a revisar el texto de la iniciativa en relación con las siguientes cuestiones:

1. Una autoridad de aplicación indeterminada, con excesivos poderes y sin adecuado control

La dinámica del sector de las telecomunicaciones, y el carácter técnico de muchos de los aspectos a regular, requieren una autoridad de aplicación eficaz, con integración y diseño institucional que garanticen su idoneidad técnica y su independencia funcional, esto es, que pueda actuar libre de presiones tanto del sector político como de intereses sectoriales privados, asegurando de este modo su legitimidad.¹

El proyecto, sin embargo, se limita a decir que la **autoridad de aplicación será designada por el Poder Ejecutivo Nacional y nada establece acerca de su conformación, integración o estructura.** La norma proyectada otorga a esta autoridad de aplicación indeterminada muchas facultades y atribuciones discrecionales, acrecentadas por la vaguedad y ambigüedad de muchos de los términos utilizados en el proyecto. No existe en la legislación comparada ninguna autoridad regulatoria de telecomunicaciones de un Estado democrático que goce del rango de discrecionalidad y la ausencia de controles específicos que se propone conferir al organismo mencionado en el proyecto.

Por ejemplo, una de las atribuciones más importantes de la autoridad de aplicación consiste en la reglamentación y aplicación del régimen de sanciones. Ello refuerza nuestro comentario en relación a la imparcialidad e independencia del organismo encargado de esta función. Aquí son aplicables a los organismos administrativos con facultades jurisdiccionales los mismos principios que en materia de imparcialidad e independencia rigen para los tribunales de justicia (de acuerdo al fallo de la Corte Suprema en la causa

¹ Consideraciones similares fueron expuestas por la ADC al debatirse la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual. Ver: http://www.adc.org.ar/607_aportes-para-la-discusion-legislativa-del-proyecto-de-ley-de-servicios-de-comunicacion-audiovisual/

“Losicer”²). En este sentido, en primer lugar, el proyecto no parece establecer qué sanción corresponde a cada conducta típica. También resulta problemático que el proyecto establezca que el recurso judicial no suspende la sanción, salvo en el caso de revocación de licencia. Todo ello parece violar, en primer lugar, la necesidad de aplicar los principios del derecho penal a las sanciones administrativas, en virtud del principio del debido proceso legal (de acuerdo al fallo de la Corte IDH en “Baena”)³.

En definitiva, la falta de determinación y lineamientos claros para el funcionamiento de la autoridad de aplicación, sumada a la vaguedad y amplitud de la normativa, deja abierto un **excesivo margen de discrecionalidad**, que puede generar riesgos concretos para la vigencia de los derechos humanos. No solamente resulta necesario precisar con claridad las atribuciones, funciones y límites de la autoridad regulatoria, sino crear una autoridad de control independiente, profesional y estable que se ocupe, entre otras cuestiones, de la determinación de las posiciones de poder significativo en el mercado y las medidas para corregir las distorsiones, de la asignación de espacios de numeración conforme al plan que produzca la autoridad regulatoria, de las medidas de protección de los derechos e intereses de los usuarios, del control de cumplimiento de las normas y de los estándares de calidad de servicio, y de la aplicación del régimen sancionatorio.

2. Excesiva amplitud en el alcance de la normativa

El proyecto de ley define a los Servicios de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (Servicios TIC) como “servicios de compilación, procesamiento, almacenamiento y transmisión de información como voz, datos, texto, video e imágenes, utilizando el conjunto de recursos, herramientas, equipos, programas informáticos, aplicaciones, redes y medios”.

Esta definición permite una interpretación extensiva que colocaría bajo la potestad regulatoria todos los servicios que se prestan a través de Internet (como, por ejemplo, las comunicaciones interactivas, bidireccionales o multidireccionales, de voz e imagen) y, en consecuencia, sujetaría a los prestadores de estos servicios a obligaciones de licenciamiento, contra el anunciado espíritu de **no interferir con los contenidos**.

Resulta grave que se limite, bajo la discrecionalidad de una autoridad de aplicación indeterminada, la prestación de muchos servicios y aplicaciones que operan en Internet, como buscadores, plataformas de publicación o alojamiento de contenidos generados por los usuarios, programas de mensajería instantánea, entre muchos otros. **Ello constituye una amenaza cierta para la circulación de informaciones e ideas en el entorno en línea:** el

2 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Losicer, Jorge A. y Otros c/BCRA - Resol. 169/05*, sentencia del 26 de junio de 2012

3 "(C)ualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal", porque "es un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar soluciones justas, no estando la administración excluida de cumplir con ese deber. Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas" (Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, sentencia del 2 de febrero de 2001, párrafos 124 y 127).

proyecto tiene tal amplitud normativa que conduce a la regulación indirecta de los contenidos.⁴

Nótese además que el proyecto no se limita al ámbito de las redes y los servicios de telecomunicaciones públicamente accesibles sino que, tal vez por omisión en su redacción, también incluye a las redes y los servicios de uso exclusivamente privado, aunque no haga uso de espectro radioléctrico. Ello hará necesario que servicios privados, como los que vinculan cajeros automáticos, las redes internas de las empresas, y hasta las redes domésticas de los usuarios, estén sujetas a requisitos de licenciamiento.

Es claramente necesario que la norma limite claramente su ámbito de aplicación a las redes y los servicios de telecomunicaciones públicamente accesibles (y, solamente en lo que respecta a la asignación de frecuencias, a las redes y los servicios de uso privado que requieran espectro radioeléctrico licenciado), y excluya explícitamente los servicios que constituyen la capa de contenidos y aplicaciones de Internet.

3. Insuficiente protección de derechos fundamentales de las personas que usan redes y servicios de telecomunicaciones

El artículo 5 establece la “**inviolabilidad de las comunicaciones**” en estos términos: “La correspondencia, entendida como toda comunicación que se efectúe por medio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC), entre las que se incluyen los tradicionales correos postales, el correo electrónico o cualquier otro mecanismo que induzca al usuario a presumir la privacidad del mismo, es inviolable. Su interceptación, así como su posterior registro y análisis, sólo procederá a requerimiento de juez competente.”

Dicho artículo mejora la redacción de la anterior versión pero aún es **confuso** en tanto menciona el término "correspondencia" para referirse a todo tipo de comunicación y reserva la protección solo a las comunicaciones que se hagan mediante “correo electrónico o cualquier otro mecanismo que induzca al usuario a presumir la privacidad del mismo” – sin definir cómo se induce la "presunción" de privacidad-. La normativa tampoco define el término "interceptar". La ley 26.388⁵ en cambio habla de "acceder indebidamente",

⁴ Véase, por ejemplo, la Declaración Conjunta del Relator Especial de las Naciones Unidas (ONU) para la Libertad de Opinión y de Expresión, el Representante de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE) para la Libertad de los Medios de Comunicación, la Relatora Especial de la Organización de Estados Americanos (OEA) para la Libertad de Expresión y la Relatora Especial sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP) *Diez desafíos claves para la libertad de expresión en la próxima década*, del 2 de febrero de 2010, en que se señala el otorgamiento o la supervisión de licencias por un organismo que no mantiene real independencia respecto del gobierno como un mecanismo ilegítimo de control.

⁵ Ley 26.388, artículo 4º: “Sustitúyese el artículo 153 del Código Penal, por el siguiente: Artículo 153: Será reprimido con prisión de quince (15) días a seis (6) meses el que abriere o accediere indebidamente a una comunicación electrónica, una carta, un pliego cerrado, un despacho telegráfico, telefónico o de otra naturaleza, que no le esté dirigido; o se apoderare indebidamente de una comunicación electrónica, una carta, un pliego, un despacho u otro papel privado, aunque no esté cerrado; o indebidamente suprimiere o desviare de su destino una correspondencia o una comunicación electrónica que no le esté dirigida. En la misma pena incurrirá el que indebidamente interceptare o captare comunicaciones electrónicas o telecomunicaciones provenientes de cualquier sistema de carácter privado o de acceso restringido. La pena será de prisión de un (1) mes a un (1) año, si el autor además comunicare a otro o publicare el contenido de la carta, escrito, despacho o comunicación electrónica. Si el hecho lo cometiere un funcionario público que abusare de sus funciones, sufrirá además, inhabilitación especial por el doble del tiempo de la condena.”

"interceptar" y "captar", lo cual parece mas abarcativo de los distintos escenarios posibles de vulneración a la privacidad.

Adicionalmente, no se ha prestado debida atención a la **protección de los datos personales** que forman parte de los procesos de comunicación. En particular, los datos de tráfico que permiten el establecer, mantener y terminar una comunicación, y los datos de geolocalización, deben ser objeto de especial protección bajo los principios de fin legítimo, consentimiento informado, y eliminación una vez cumplido el propósito.⁶

Por otro lado, el nuevo artículo 60 incorpora como **obligaciones de los usuarios de los servicios de TIC** -un término cuya vaguedad y amplitud ya mencionamos más arriba-, la de “permitir el acceso del personal de los licenciatarios y de la autoridad de aplicación, quienes deberán estar debidamente identificados a los efectos de realizar *todo tipo de trabajo o verificación necesaria*”. La redacción de dicho artículo genera un riesgo concreto a la privacidad de los usuarios y vulnera cualquier interpretación del artículo 18 de la Constitución Nacional, que establece la **inviolabilidad del domicilio**.

La inviolabilidad del domicilio constituye una garantía expresa cuyo allanamiento requiere de una ley general motivada y fundada y una orden judicial que también cumpla ambos requisitos, y que solo puede dispensarse en caso de consentimiento expreso *auténtico* o bajo excepcionales condiciones como la urgencia o para impedir un delito.⁷

Finalmente, aunque el dictamen de la Comisión de Sistemas, Medios y Libertad de Expresión incorpora una definición más precisa de **neutralidad de red** y detalla las prohibiciones asociadas, resultaría valioso incorporar también las excepciones y restricciones que dicha comisión incluyó en su previo dictamen sobre los proyectos de ley en la materia específica.

Conclusiones

La ADC y la Fundación Via Libre celebran el hecho de que el Senado de la Nación abriera sus puertas a expertos y actores involucrados e interesados en el debate de esta ley, aunque vemos con preocupación la vocación de premura que caracteriza el trámite de esta normativa.

Es cierto que el dictamen aprobado en comisión el miércoles 19 de noviembre suma varias de las preocupaciones presentadas por diversos sectores durante las audiencias públicas, tales como la incorporación de medidas asimétricas para la desagregación del bucle local y la protección de cooperativas y pequeñas y medianas empresas prestadoras de servicios. Sin embargo, todas estas buenas intenciones se debilitan a la hora de establecer un marco normativo tan amplio y con una autoridad de aplicación plenipotenciaria.

⁶ Por ejemplo, los datos de tráfico de una comunicación deben ser eliminados una vez que esta haya sido completada, excepto en los casos en que la facturación se produzca de forma itemizada o con base en el número y duración de las comunicaciones, en cuyo caso deberán conservarse solo hasta el límite que la regulación establezca para dar por consentida la factura.

⁷ María Angélica Gelli, *Constitución de la Nación Argentina*, Editorial La Ley, pág. 235.

Un sector estratégico como el de las telecomunicaciones requiere una normativa moderna que fomente la innovación y la integración territorial, la inversión y la competencia, pero muy especialmente, el respeto de los derechos fundamentales de los ciudadanos. **Por todo esto, desde la ADC y la Fundación Vía Libre, instamos a los Senadores a profundizar el debate y hacer los aportes esenciales para que la nueva ley de telecomunicaciones cumpla con tales objetivos.**