Biblioteca Central "Vicerrector Ricardo A. Podestá"
Repositorio Institucional

El DNU 690/20, la regulación de TICs y medios de comunicación por suscripción como servicios públicos esenciales en competencia. Normativa de excepción o nueva política pública para controlar el derecho humano a la comunicación

Año
2020

Autores
Cipolla, Francisco; Koci, Daniel Alejandro
y Nadalyn, Silvia

Este documento está disponible para su consulta y descarga en el portal on line de la Biblioteca Central "Vicerrector Ricardo Alberto Podestá", en el Repositorio Institucional de la **Universidad Nacional de Villa María.**

CITA SUGERIDA
Cipolla, F.; Koci, D. A. y Nadalyn, S. (2020). *El DNU 690/20, la regulación de TICs y medios de comunicación por suscripción como servicios públicos esenciales en competencia. Normativa de excepción o nueva política pública para controlar el derecho humano a la comunicación.* 2do. Congreso Latinoamericano de Comunicación de la UNVM, nuevos escenarios entre emergencias y conflictos. Villa María: Universidad Nacional Villa María

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución 4.0 Internacional

"El DNU 690/20, la regulación de TICs y medios de comunicación por suscripción como servicios públicos esenciales en competencia. Normativa de excepción o nueva política pública para controlar el derecho humano a la comunicación".

Eje Nº 5

Cipolla, Francisco
UNC Córdoba
Cipolla313@yahoo.com.ar

Koci Daniel Alejandro
U.N.C – U.N.V.M.
Córdoba
kocidaniel@yahoo.com.ar

Nadalyn, Silvia
UNC Córdoba
Snadalin@hotmail.com

Palabras clave: Legislación –DNU – regulación-servicios públicos

Analizaremos la reforma a la Ley Argentina Digital 27.078, introducida por el DNU 690/20, ratificado por resolución del Senado de la Nación y la vinculación con los derechos digitales que posee toda persona con el propósito de ejercer y gozar del derecho a la libertad de expresión, comunicación, información y prensa. Esta nueva normativa se vincula con la problemática del derecho a la comunicación y los marcos regulatorios de los servicios TICs y medios de comunicación audiovisuales por suscripción, en todos sus soportes y la telefonía celular.

Los objetivos que nos proponemos alcanzar con este trabajo, es comprender el alcance de las nuevas modificaciones introducidas en el marco legal de los servicios mencionados. Asimismo, buscamos analizar las consecuencias para los usuarios y para los prestadores de los servicios esenciales en competencia. A partir del dictado de la ley Argentina Digital 27.078 en diciembre de 2014, la convergencia entre licencias de telecomunicaciones y de servicios de comunicación audiovisual quedó habilitada, difiriéndose su comienzo de

ejecución. Es decir, anticipando algunos posibles resultados del análisis, desde el punto de vista del derecho a la comunicación como derecho humano y del análisis económico del derecho, podemos llegar a una primera conclusión del carácter transitorio de lo dispuesto en el DNU 690/20, pero que representa un cambio de paradigma en cuanto a la consideración de los servicios de comunicación audiovisual por suscripción, en todos sus soportes, como servicio público esencial estratégico en competencia y no servicio de interés público, como se lo consideró en el derecho argentino.

Titularidad del Derecho Humano a la Comunicación

Existe una equivalencia entre la promoción de derechos humanos y la democracia material de un momento dado, que se verifica conforme los resultados obtenidos en pos de: -el pleno goce de esos derechos humanos; -la menor intervención del Estado en favor de la persona humana; -la subsidiariedad de la intervención del Estado en la medida de asegurar el equilibrio de intereses. Mientras la democracia se legitima con las mayorías, los derechos humanos tienen como presupuesto a la democracia para hacerla más plena, ya que intrínsecamente busca la satisfacción de los derechos fundamentales para "todos" sus habitantes.

Las libertades están para disfrutarlas y cualquier restricción debe estar justificada, ser necesaria, y limitarse en el tiempo. No existe suspensión aleatoria legítima de derechos cuando no se implementan y demoran aquellos recursos menos restrictivos.

En un orden jerárquico de valores, sin desmerecer ninguno de ellos, la primera aproximación está en fijar cuáles dispositivos posibles y eficaces encuentra el Estado en condiciones de implementarlos para garantizar el pleno ejercicio de las libertades en un Estado de Derecho donde el soberano es la misma sociedad y a quien se deben todos los esfuerzos para lograrlo. De ninguna manera pudiera retacearse nada que merme tan sólo el derecho de uno solo de sus integrantes bajo el pretexto de la proporcionalidad de erogaciones si el realizarlo está en su disponibilidad.

Una solución diferente, lleva a subvertir esa relación que ha de existir entre Derecho y Estado, transformándolo en un derecho de Estado, que conduce al autoritarismo, propenso cuando se le otorga por razones de emergencia concentración de poderes para manejarla. La concentración se justifica por razones de evitar la burocracia, que funciona como garantista, y para asegurar su pronta salida los esfuerzos han de sumarse a dicho fin asumiendo la mayor responsabilidad que ello implica. La delegación de poderes importa

entonces un juicio sobre la factibilidad de lograr, con la restricción de derechos momentánea una anticipación del pleno restablecimiento de los mismos por lo que el responsable se enfrenta a una mayor carga donde debe desplegar una equivalente diligencia. De lo contrario, debería haberse permanecido y transcurrido dentro de la normalidad conocida sin traspaso alguno de atribuciones.

Una desarticulación con el objetivo en mira para superar la emergencia, que puede incluso constituirla su errónea concepción o porque no se logra el resultado deseado como inicialmente fuera previsto, sino que lo emergente constituye una renovada normalidad desconocida que llega para quedarse, inficiona negativamente al entramado social que desilusionadamente esperó recuperarse. A la autoridad que le llega esa hora y sigue ejerciendo el poder delegado, ya no se legitima e incurre en autoritarismos si a tiempo no informa y da cuenta de su impotencia.

Desde el punto de vista económico, debemos relacionarlo con el Servicio Básico Universal y el REGLAMENTO GENERAL DEL SERVICIO UNIVERSAL vigente según Resolución ENACOM Nº 721/20, que en sus considerandos expresa que "…en el marco de una política pública que entiende la comunicación como un derecho humano básico y el acceso equitativo a las nuevas tecnologías de la información como un elemento imprescindible en la construcción de ciudadanía, mediante el Acta N° 56 de fecha 30 de enero de 2020, el Directorio del ENACOM estableció los nuevos lineamientos de gestión, entre los cuales se destaca priorizar la reducción de la brecha digital a través del impulso de programas y proyectos de conectividad en la REPUBLICA ARGENTINA que posibiliten el acceso equitativo, asequible y de calidad a las TIC a todos sus habitantes, con especial énfasis en las zonas desatendidas. A su vez, el artículo 7 bis de su Anexo en cuanto a considerar un porcentaje de las inversiones como aportes al Fondo del Servicio Universal, y la protección descripta en el artículo 3° del Decreto N° 1340/2016. Por último, qué importancia tiene el restablecimiento del Ente Nacional de Comunicaciones (ENACOM), como autoridad de aplicación y control en materia de TICs y servicios de comunicación audiovisual.

Es decir, se requiere un análisis jurídico político y de lo que significa un "derecho humano a la comunicación "consagrado en las Constituciones Nacional, Provinciales y Pactos y Convenciones Internacionales y Provinciales, y sus alcances en relación al servicio público que fija el DNU.

Los derechos humanos tienen como presupuesto un sistema democrático, único dentro del cual es factible garantizarlos. En este sentido se abre otro filón para ahondar el estudio de si este tipo de medidas en las actuales circunstancias soportan o superan el standard de democracia material dentro del amplio abanico que ofrece el cuadro de las instituciones democráticas en función del sistema económico adoptado y seguido.

La democracia es un presupuesto para garantizar los derechos humanos ya que hace centro en la Persona, titular de derechos y por tanto soberano frente al Estado que actúa como garante y promovedor de ese bienestar liberado del temor y la miseria. No hay derechos dados, concedidos por otro, donde la Persona está a la espera de recibirlos. Hay derechos que tan solo deben ser reconocidos y, una vez adoptados, no hay otra mejor manera de hacerlo que bajarlos de la letra promoviendo su goce dentro de un concepto más amplio de libertad, lo cual fortalece una mayor y mejor calidad de participación ciudadana.

Las leyes fundamentales son una valla para el Estado de contención a su poder y atribuciones marcada por una regla general que es su "incapacidad". Es decir: habilitado en todo cuanto expresamente la letra de la ley dispone y prohibiendo todo, absolutamente, lo no previsto. Contrariamente acontece con la persona humana, cuya regla general es su capacidad y libertad con excepción de cuanto le está prohibido por ley. Esta regla de oro la encontramos perfectamente definida en el art. 19 CN donde magníficamente se conceptúa a la libertad. Las llamadas lagunas de derecho que quisieran incorporarse, sólo tienen cabida para la persona humana y no para el Estado ya que se ha dicho, tiene toda su actividad precisamente reglada.

La libertad de pensamiento y expresión tiene rango de derecho humano y adquiere universalidad en relación al sujeto, al medio y las fronteras (art. 13 PSJCR). **Buscar, Recibir y Difundir** informaciones e ideas no encuentra otra limitación legal que la responsabilidad respecto a los derechos o la reputación de los demás o la protección de la seguridad nacional o el orden público o la salud o la moral públicas.

Hay una caracterización de aquellas leyes que pudieren dictarse en restricción conforme lo autoriza la norma, y es la de ser "necesarias" para asegurar fines allí expresamente previstos. Y, "necesario", es todo aquello que no puede ser sino de esa manera porque no hay otra forma posible. Por lo tanto, antes de recurrir a la restricción debe evaluarse cuál

otra medida efectiva consiente el fin propuesto sin que el factor económico, temporal u otro determinen la legítima "necesariedad".

En los derechos humanos, su titular es el hombre, y el Estado ha de protegerlo y promoverlo a su pleno disfrute. Con la medida que aplica el DNU en cuestión, el Estado, no protege, sino que se apropia de un derecho que debería garantizar ya que lo coloca dentro de su órbita al considerarlo servicio público. Los sujetos privados, interesados en participar de este derecho, dependerán de la concesión que el Estado quiera hacerles

Este desplazamiento de titularidad es un mal comienzo para dirimir eventuales controversias (económicas). Se ha desnaturalizado al derecho humano con el objeto de fijar tarifas en lugar de controlar costos de prestación. Con sacrificio de uno de los sujetos universales del derecho de la información ha logrado, un resultado políticamente esperado.

En latín existen dos palabras que se traducen por "todos": omnis y totus. La diferencia entre los dos términos está en la precisión que "totus" no deja margen que alguien quede fuera mientras que en "omnis" lo que interesa es la tendencia generalizada. El artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que consagra el derecho humano de información, expresa que toda persona tiene esa libertad, y como se trata de un sujeto universal, es suficiente que ejerza una actividad cualquiera (buscar, recibir y difundir) para recibir la tutela como titular.

Ahora corresponde analizar el DNU a fin de examinar su contenido y los alcances del mismo respecto de las atribuciones del Estado en la dimensión instrumental de los derechos fundamentales y la ausencia de modificación en los servicios comprendidos en el Servicio Básico Universal, lo que genera una incertidumbre sobre el alcance limitado del DNU 690/20.

DNU ¿normativa transitoria o política de comunicación por decreto?

En sus considerandos el DNU 690/20 expresa que "…las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC) representan no sólo un portal de acceso al conocimiento, a la educación, a la información y al entretenimiento, sino que constituyen además un punto de referencia y un pilar fundamental para la construcción del desarrollo económico y social." En cuanto a la convergencia de servicios de interés público, reafirma que "…la convergencia de tecnologías constituye parte de la naturaleza misma del desarrollo del

sector, por lo cual es un deber indelegable del Estado nacional garantizar el acceso y uso de las redes de telecomunicaciones utilizadas en la prestación de los servicios de TIC así como el carácter de servicio público esencial y estratégico de las tecnologías de la información y las comunicaciones en competencia, estableciendo…las condiciones de explotación de aquella, de modo tal que se garantice la función social y el carácter fundamental como parte del derecho humano a la comunicación de las Tecnologías de la Información y la Comunicación.".

"Que el derecho humano al acceso a las TIC y a la comunicación por cualquiera de sus plataformas requiere de la fijación de reglas por parte del Estado para garantizar el acceso equitativo, justo y a precios razonables…" con "…planes accesibles e inclusivos que garanticen una prestación básica universal obligatoria.". En cuanto a la telefonía celular, sostiene que "…la telefonía celular, convirtiéndose en la actualidad en el medio de comunicación más importante, incluyendo la transmisión de datos, lo cual hace imperioso avanzar en un marco donde se establezcan las garantías necesarias para que la población pueda acceder a un servicio básico con estándares de calidad e igualdad de trato."

A ello agrega, "…suspender cualquier aumento de precios o modificación de los mismos, establecidos o anunciados desde el 31 de julio y hasta el 31 de diciembre de 2020 por los licenciatarios y las licenciatarias de TIC, incluyendo a los y las titulares de los servicios de radiodifusión por suscripción mediante vinculo físico o radioeléctrico y los correspondientes a los servicios de telefonía fija o móvil, en cualquiera de sus modalidades, así como a los servicios de televisión satelital por suscripción.".

En su parte resolutiva incorpora, como artículo 15 de la Ley de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones N° 27.078, el siguiente texto: "…los Servicios de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC) y el acceso a las redes de telecomunicaciones para y entre licenciatarios y licenciatarias de servicios TIC son servicios públicos esenciales y estratégicos en competencia. La autoridad de aplicación garantizará su efectiva disponibilidad". Si comparamos este texto con el original art. 15 de la ley 27.078, el DNU restablece la redacción original, que consideraba "…el carácter de servicio público esencial y estratégico de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC) en competencia al uso y acceso a las redes de telecomunicaciones, para y entre licenciatarios de Servicios de TIC".

Una de las diferencias entre la normativa en materia de telecomunicaciones y servicios de comunicación audiovisual, fue, históricamente el carácter de los servicios. Los primeros calificados como servicio público y los segundos como de "interés público". Pero la misma ley Argentina Digital modificó esta línea divisoria y les otorgó a los dos el carácter de servicios de interés público y, conforme los avances tecnológicos, se permitió la convergencia de servicios (ambos de interés público) y al otorgar el carácter de servicio público esencial y estratégico en competencia a las TICs, su incorporación en el Servicio Básico Universal. Pero también incorpora como servicio público, modificando el segundo párrafo del artículo 54 de la Ley N° 27.078, "…al servicio de telefonía móvil en todas sus modalidades. Los precios de estos servicios serán regulados por la autoridad de aplicación. La autoridad de aplicación establecerá en la reglamentación la prestación básica universal obligatoria que deberá ser brindada en condiciones de igualdad.".

Ahora, la dimensión económica del DNU, la encontramos en el art. 2° que sustituye el artículo 48 de la Ley N° 27.078, y con relación a las tarifas, establece como regla que "…Los licenciatarios y las licenciatarias de los servicios de las Tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC) fijarán sus precios, los que deberán ser justos y razonables, deberán cubrir los costos de la explotación, tender a la prestación eficiente y a un margen razonable de operación. Los precios de los servicios públicos esenciales y estratégicos de las TIC en competencia, los de los prestados en función del Servicio Universal y los de aquellos que determine la autoridad de aplicación por razones de interés público, serán regulados por esta. La autoridad de aplicación establecerá en la reglamentación la prestación básica universal obligatoria que deberá ser brindada en condiciones de igualdad.". Esta modificación es muy importante porque si bien mantiene el régimen de precio establecido por el prestador, sí otorga facultades de intervención al ENACOM, como en otros servicios esenciales como la medicina prepaga. Autoriza los aumentos de los prestadores, pero no fija los precios porque no son tarifas.

Para lograr un servicio económicamente accesible para el público, según pautas que considera políticamente justas, el Estado no puede adoptar actitudes paternalistas, y su mediación no justifica avasallamientos, sino que debe el respeto a la integralidad del derecho de los sujetos involucrados (art.17 CN). Por otro lado, fijar tarifas para que sean equitativas no es equivalente a fijar tarifas en equidad asimiladas analógicamente a las indemnizaciones civiles (art. 1742 CCC) en atención al patrimonio personal de los involucrados, y las circunstancias de los hechos. Para esto el Estado carece de la potestad

para llevarlo a cabo no dándose tampoco los supuestos analógicos en un contexto indemnizatorio.

Este Decreto incurre, además, en un grave error al encuadrar a las la TV por suscripción, en todos los soportes, incluida la satelital (Ej. DirectTV), conjuntamente con las TIC como servicios públicos esenciales y estratégicos en competencia, para intervenir el sector, incluyendo telefonía fija y móvil, a Internet. Porque si bien el DNU 267/15 modificó el art. 45 de la ley 26.522 y transformó a las licencias de los servicios por suscripción en Licencia Única Argentina Digital, su contenido sigue siendo de interés público y cultural. Además, si la TV por suscripción fuese verdaderamente un servicio público, debería garantizarse en condiciones de regularidad, igualdad, eficiencia, como la TDT, lo cual es imposible de materializar. Servicio público en competencia no garantiza la plenitud del derecho humano subjetivo cuyo titular no es otro que "toda" persona. No es el Estado quien debe conceder el derecho en este caso, sino quien debe garantizar la pluralidad de voces promoviendo acciones y subsidios de ser necesarios, sin mengua de las atribuciones del titular del derecho subjetivo.

ENACOM como Autoridad de Aplicación y Control

Las leyes 26.522 y 27.078 regularon, aunque de manera incorrecta en su terminología, como Autoridad Federal (AFSCA Y AFTIC, respectivamente), cuando eran Entes Autárquicos y descentralizados, las autoridades de aplicación y control en un mismo ente. Esta situación fue modificada por el DNU 267/15 de la administración Macri y, además de unificarlas en un único ente, le quitó el carácter de Autoridad de Aplicación, delegada en los Ministerios de Comunicación primero y luego en el de Modernización, dejando al ENACOM como autoridad de control.

EL DNU 690/20, vuelve a otorgar el carácter de Autoridad de Aplicación al ENACOM, lo cual es beneficioso para la tarea regulatoria que tiene y, además, restablece la facultad reglamentaria en el ente específico en la materia. Lo negativo, es que el art. 6 del decreto si bien designa como Autoridad de Aplicación del presente decreto al Ente Nacional de Comunicaciones (ENACOM), el que deberá dictar las normas complementarias necesarias para su cumplimiento. Lamentablemente, no modifica en este sentido las leyes 26.522 y 27.078 para transformar al ente nuevamente en Autoridad de Aplicación.

Conclusiones

El derecho humano a la comunicación debe ser garantizado por el Estado en sus múltiples dimensiones, pero siempre a través de reglamentaciones necesarias para asegurar no alterar o restringir ese derecho y que se respeten no solo la regulación constitucional del derecho sino también su alcance convencional en los documentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional.

Esto nos lleva a cuestionar en primera medida que la regulación de los servicios TICs, Telefonía Móvil y Servicios de Comunicación Audiovisual por suscripción (en todos los soportes) sea realizada por un Decreto de Necesidad y Urgencia (DNU690/20), ratificado por resolución del Honorable Senado de la Nación, cuando debió ingresarse las modificaciones a las leyes 26.522 y 27.078 por proyecto del ley en el Congreso y regular por decreto únicamente lo referido al congelamiento de precios y el restablecimiento de la Autoridad de Aplicación en el ENACOM. Esto evidencia una continuidad de costumbre institucional de regular los instrumentos que canalizan el derecho a la comunicación por vía de decreto y no de leyes del Congreso.

Una primera conclusión que se deriva de esto, es el carácter transitorio de lo dispuesto en el DNU 690/20, pero que representa un cambio de paradigma en cuanto a la consideración de los servicios de comunicación audiovisual por suscripción, en todos sus soportes, como servicio público esencial estratégico en competencia y no servicio de interés público, como se lo consideró en el derecho argentino

Más allá de ello, sin lugar a dudas que la pandemia y sus consecuencias en materia de comunicaciones y de bien indispensable de las TICs y la telefonía celular exigía una medida gubernamental en cuanto a la accesibilidad económica de los servicios en la denominada economía digital. Pero ello no justifica modificar las reglas de juego de un sector que necesita ser contemplado en su diversidad de magnitud de prestador, principalmente en materia de TICs.

Esta es una primera aproximación a las consecuencias del DNU 690/20, porque todavía, más allá de las reuniones del ENACOM con asociaciones de usuarios, prestadores de los servicios TICs, Cooperativas, no se dictó la reglamentación de la mecánica de aplicación de las disposiciones del DNU y cómo se contemplará las economías de escala en el interior de la Argentina.

Destacamos como un buen comienzo, que el ENACOM recupere sus atribuciones como autoridad de aplicación y, que en una modificación de las leyes 26.522 y 27.078, se conforme un verdadero órgano independiente y no como continúa, desde la creación por DNU 267/15, presentando características de ente gubernamentalizado.

Referencias Bibliográficas

-Ciavelli, Silvia B. (Coord.) (2020): *Digesto emergencia sanitaria. Coronavirus COVID 19,* Bs As, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos; http://www.saij.gob.ar/docs-f/generales/digesto_emergencia_sanitaria_coronavirus.pdf

Cicero, Nidia K. (2013): *Servicios Públicos y Federalismo. Análisis de una historia de conflictos y una propuesta de superación*, Bs. As. Eudeba;

-Constitución de la Nación Argentina;

Ortega, José E.; Espósito, Santiago M (2016): *Introducción a las telecomunicaciones,* Córdoba, Advocatus

Solá, Juan Vicente (2020): *La Constitución y la emergencia sanitaria. Frente al autoritarismo ineficaz.* file:///C:/Users/Usuario/Downloads/la-constitucion-y-la-emergencia-sanitaria.pdf;

-Toricelli, Maximiliano (2020): *La pandemia y el derecho constitucional en la Argentina.* file:///C:/Users/Usuario/Downloads/La-pandemia-y-el-derecho-constitucional.pdf