

# **Informe sobre l'eventual afectació de drets fonamentals per part del Reial-Decret Llei 14/2019, de 31 d'octubre, pel qual s'adopten mesures urgents per raons de seguretat pública en matèria d'administració digital, contractació del sector públic i telecomunicacions,**

Emès a sol·licitud del Síndic de Greuges de Catalunya

Enoch Albertí Rovira, Catedràtic de dret constitucional de la Universitat de Barcelona

## **SUMARI**

<b>1. Objecte.....</b>	<b>2</b>
<b>1.1 Objecte de l'informe .....</b>	<b>2</b>
<b>1.2 Contingut del RD-Llei 14/2019 .....</b>	<b>2</b>
<b>1.3 Qüestions de constitucionalitat que planteja el RD-Llei 14/2019 .....</b>	<b>5</b>
<b>2. La possible vulneració dels límits formals i materials dels decrets-llei .....</b>	<b>6</b>
<b>2.1 El pressupòsit habilitant: extraordinària i urgent necessitat .....</b>	<b>7</b>
2.1.1 La doctrina del Tribunal Constitucional .....	7
2.1.2 El (in)compliment dels requisits del pressupòsit habilitant per part del RD-Llei 14/2019 .....	8
<b>2.2 Prohibició d'afectació als drets, deures i llibertats del Títol I CE .....</b>	<b>10</b>
2.2.1 La doctrina del Tribunal Constitucional .....	10
2.2.2 L'afectació de drets i llibertats per part del RD-Llei 14/2019 .....	12
<b>3. La possible extralimitació del Govern en funcions.....</b>	<b>14</b>
<b>4. Afectació material de drets i llibertats fonamentals .....</b>	<b>15</b>
<b>4.1 Les facultats atribuïdes al Govern pel RD-Llei 14/2019 en matèria de telecomunicacions: un nou marc jurídic general d'intervenció del Govern en les comunicacions electròniques .....</b>	<b>15</b>
4.1.1 Les facultats d'assumpció de la gestió directa i d'intervenció del Govern .....	16
4.1.2 La facultat del Govern per ordenar el cessament cautelaríssim.....	20
<b>4.2 L'afectació del nou marc jurídic als drets fonamentals.....</b>	<b>21</b>
4.2.1 Capacitat d'ingerència en els drets.....	21
4.2.2 La possible limitació de drets: criteris per valorar la legitimitat de les ingerències i/o limitacions .....	23
4.2.3 Valoració de la legitimitat de les mesures adoptades .....	26
Previsió per llei .....	27
Proporcionalitat .....	28
Prohibició de censura prèvia .....	30
Interdicció del segrest executiu de publicacions .....	32
Necessitat de resolució judicial per intervenir les comunicacions.....	33
<b>5. Conclusions.....</b>	<b>34</b>

# 1. Objecte

## 1.1 Objecte de l'informe

El present informe, d'acord amb l'encàrrec efectuat pel Síndic de Greuges de Catalunya, té per objecte examinar la possible afectació de drets fonamentals per part del Reial-Decret Llei 14/2019, de 31 d'octubre, pel qual s'adopten mesures urgents per raons de seguretat pública en matèria d'administració digital, contractació del sector públic i telecomunicacions.

Per tractar aquesta qüestió, cal examinar:

- el contingut del RD-Llei 14/2019

- les possibles afectacions als drets fonamentals que es deriva d'aquest contingut normatiu, tant per motius formals o procedimentals (derivats del doble fet que es tracta d'un decret-llei i que ha estat aprovat per un Govern en funcions) com materials o substantius (compatibilitat amb els drets a la llibertat d'expressió i la llibertat d'informació reconeguts a la Constitució espanyola –CE-- i al Conveni Europeu de Drets Humans –CEDH-).

## 1.2 Contingut del RD-Llei 14/2019

El RD-Llei 14/2019, de 31 d'octubre, pel qual s'adopten mesures urgents per raons de seguretat pública en matèria d'administració digital, contractació del sector públic i telecomunicacions, estableix un marc jurídic nou –com indica el propi RD-Llei en la seva exposició de motius, realitzant així un reconeixement explícit del que es poden derivar certes conseqüències, com es veurà—en diversos àmbits relacionats amb l'administració digital, amb la finalitat, es diu, de protegir la seguretat pública. Els àmbits on es projecten les mesures adoptades són essencialment les següents:

a) **identificació personal** : modificació de la Llei orgànica 4/2015, de protecció de la seguretat ciutadana, per establir el DNI com document únic i exclouent d'identificació personal (art. 1 i 2)

b) **identificació electrònica i ubicació de bases de dades**: modificació de la Llei 39/2015, del Procediment administratiu comú de les Administracions Públiques i de la Llei 40/2015, de règim jurídic del sector públic, per establir els mitjans d'identificació electrònica vàlids davant les Administracions públiques i l'obligació de que els recursos tècnics necessaris per aquests mitjans s'ubiquin en territori de la Unió Europea o, en determinats casos, d'Espanya (art. 3).

En aquest sentit, té especial importància la facultat d'autorització prèvia que s'atribueix al Govern (Secretaria General d'Administració Digital del Ministeri de Política Territorial i Funció Pública, amb informe previ i vinculant de la Secretaria

d'Estat del Ministeri de l'Interior) per autoritzar els sistemes d'identificació i de firma electrònica que les Administracions considerin vàlids, sempre que comptin amb un registre previ d'usuari que permeti garantir la identitat. S'entén (art. 3.1) que aquesta facultat d'autorització prèvia del Govern s'aplica a tots els sistemes d'identificació diferents del basats en certificats electrònics qualificats de firma electrònica i de segell electrònic expedits per prestadors inclosos a la llista de confiança de serveis de certificació i sistemes de clau concertada, com els sistemes de clau concertada i qualsevol altre.

De manera específica, es declara no admissible la relació amb les Administracions i la firma electrònica a través de tecnologies de registre distribuït (tecnologies DLT -- *Distributed Ledger Technology*-- , que engloben la tecnologia blockchain com una de les seves modalitats), fins que no siguin regulades per la UE.

En aquest mateix àmbit, s'estableix també l'obligació de que els sistemes relatius als registres de població (cens electoral, padrons municipals i altres), de dades fiscals i d'usuaris del sistema públic de salut s'ubiquin i es prestin dins del territori de la UE.

I, finalment, s'estableixen límits i obligacions relatives a la transmissió de dades entre Administracions públiques (art. 4.2), entre les que destaquen el deure de facilitar l'accés de les dades a les altres Administracions i la prohibició de tractament ulterior de les dades amb "finalitats incompatibles amb el fi pel qual es van recollir les dades personals". Quan aquest tractament ulterior sigui compatible, l'Administració cessionària que pretengui realitzar-lo ho haurà de comunicar a l'Administració que va fer la cessió, perquè aquesta pugui comprovar la compatibilitat i, en el seu cas, oposar-s'hi. Si el cedent és l'Administració de l'Estat, aquesta podrà, excepcionalment, suspendre la transmissió de dades de manera cautelar, per raons de seguretat nacional.

c) **contractació administrativa:** modificació de la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic, per reforçar la subjecció dels contractistes a la legislació de protecció de dades personals, finalitat que pretén aconseguir mitjançant:

(i) l'obligació d'introduir en el contingut dels contractes la referència expressa a la submissió a la legislació espanyola i comunitària de protecció de dades personals (art. 5.ú i art. 5.sis), així com la finalitat que tingui la cessió de dades que es realitzi i la ubicació dels servidors, considerant-se totes elles com obligacions essencials del contracte (art. 5.cinc), amb les conseqüències que se'n deriven, com es veurà;

(ii) l'establiment de la nul·litat de ple dret d'aquells contractes que no continguin determinada informació (especialment, la relativa a la ubicació dels servidors, art. 5.dos);

(iii) la prohibició de contractació amb les administracions per part d'aquells empresaris a qui s'hagin resolt contractes per incompliment de les obligacions que els plecs de

condicions hagin qualificat com essencials, entre les que ara s'inclouen les relatives a la protecció de dades personals establertes en el propi RD-Llei 14/2019 (art. 5.tres);

(iv) l'obligació de que l'òrgan de contractació, si el contracte requereix cessió de dades al contractista per part d'entitats públiques, hagi d'especificar en l'expedient la finalitat de la cessió de dades (art. 5.quatre).

S'especifica, a més, que els sub-contractistes queden vinculats igualment per les mateixes obligacions i que el contractista principal n'assumeix la responsabilitat total (art. 5.set).

**d) seguretat en matèria de telecomunicacions:** modificació de la Llei 9/2014, de 9 de maig, general de telecomunicacions, amb l'objectiu, segons diu expressament l'exposició de motius del RD-Llei, de *"potenciar las facultades de que dispone el Gobierno, a través del Ministerio de Economía y Empresa, para afrontar situaciones que pueden afectar al mantenimiento del orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional"*. De manera concreta, les modificacions introduïdes consisteixen en:

(i) la introducció de la facultat del Govern per a intervenir, amb caràcter excepcional i transitori, xarxes i serveis de comunicacions electròniques en casos excepcionals que puguin afectar l'ordre públic, la seguretat pública i la seguretat nacional, especificant que aquesta intervenció pot afectar qualsevol infraestructura, recurs associat o element o nivell de la xarxa o servei que resulti necessari per preservar o restaurar l'ordre públic, la seguretat pública o la seguretat nacional. Aquesta intervenció es podrà produir igualment en cas d'incompliment de les obligacions de servei públic que estableix el Títol III de la Llei general de telecomunicacions (relatives, en general, al servei universal, i altres que el Govern pugui imposar per raons de cohesió territorial, d'extensió de les noves tecnologies a l'educació, la sanitat, l'acció social i la cultura, per la necessitat de facilitar la comunicació entre col·lectius determinats o per la necessitat de facilitar la disponibilitat de serveis que acreditin el contingut de missatges, la seva emissió o la seva recepció) (art. 6.ú). Aquesta facultat d'intervenció s'afegeix a la de gestió directa que la versió original de la Llei permetia assumir al Govern per garantir la seguretat pública i la defensa nacional.

(ii) el reforçament del control del Govern sobre les xarxes de comunicació electrònica de les administracions, en règim d'auto-prestació (total o parcial), mitjançant l'obligació de les administracions de comunicar al Govern qualsevol projecte d'instal·lació o d'explotació d'aquestes xarxes, que queden subjectes al règim especial i a les obligacions que estableix la Llei general de telecomunicacions (art. 9), el control del compliment de les quals correspon al Govern (art. 6.dos).

(iii) l'ampliació i el reforçament de la capacitat sancionadora del Govern, que, d'una banda, s'estén sobre les noves obligacions previstes, especialment les relatives a l'accés a xarxes i infraestructures susceptibles d'allotjar xarxes públiques de comunicacions (art. 6.tres i art. 6.quatre) i, d'una altra, s'amplia i es reforça de manera

molt notable (art. 6.cinc). En aquest sentit es especialment remarcable l'extensió de la facultat concedida al Govern per ordenar el cessament d'una activitat infractora, abans d'iniciar el procediment sancionador i sense audiència prèvia, als supòsits d'amenaça immediata i greu per l'ordre públic, la seguretat pública, la seguretat nacional o la salut pública, quan en la versió original de la Llei aquesta facultat excepcional es reservava als supòsits en què es produïa un perjudici greu al funcionament dels serveis de seguretat pública, protecció civil o d'emergències, o quan es podien posar en perill vides humanes, a més de quan es produïen interferències greus a altres serveis o xarxes de comunicacions, supòsits que es mantenen, encara que modificats, com a causa d'activació d'aquesta facultat extraordinària de cessament cautelar.

e) **coordinació estatal**: modificació del RD Llei 12/2018, de 7 de setembre, de seguretat de les xarxes i sistemes d'informació, per atribuir al *Centro Criptológico Nacional* (CNN) la coordinació a nivell estatal de la resposta tècnica dels CSIRT ("*computer security incident response teams*", creats per les diverses administracions en virtut de la Directiva UE 2016/1148 del Parlament Europeu i del Consell, de 6 de juliol de 2016 i de les seves normes comunitàries d'execució, per donar resposta als incidents de seguretat informàtica<sup>1</sup>). Aquesta coordinació s'afegeix a la que ja es preveia al RD-Llei 12/2018, a través dels CSIRT de referència (categoria creada per la Directiva esmentada, i que han de nomenar els estats) que determina el mateix RD-Llei, i que són tots òrgans estatals. A més, s'estableix que el CNN exercirà la funció d'enllaç per garantir la cooperació transfronterera dels CSIRT de les diverses administracions públiques amb els CSIRT estrangers (amb els quals el RD-Llei 12/2018 pressuposa que poden mantenir intercanvis directes d'informació, art. 25.3), en resposta als incidents de seguretat que els hi correspongui.

### 1.3 Qüestions de constitucionalitat que planteja el RD-Llei 14/2019

El contingut del RD-Llei 14/2019, exposat sintèticament en l'apartat anterior, planteja diverses qüestions relatives a la seva constitucionalitat. Així,

(i) la possible infracció dels límits constitucionals dels decrets-llei, establerts a l'art. 86 CE, en un doble sentit:

- formal, en la mesura que s'han de justificar per la seva extraordinària i urgent necessitat, i
- material, perquè no poden "afectar (...) els drets, deures i llibertats dels ciutadans regulats en el Títol I, (...)"

---

<sup>1</sup> A Catalunya la coordinació dels CSIRT que es puguin crear en l'àmbit del sector públic de la Generalitat correspon a l'Agència de Ciberseguretat de Catalunya (Llei 15/2017, de 25 de juliol, de l'Agència de Ciberseguretat de Catalunya, art. 2.4.c, no afectada en aquesta qüestió per la STC 142/2018, de 20 de desembre, sobre l'esmentada Llei).

(ii) La possible vulneració de l'ordre competencial, deguda, en relació a Catalunya, a una eventual ingerència en les competències estatutàries de la Generalitat en matèria d'organització de l'Administració de la Generalitat (art. 150 EAC), règim jurídic, procediment i contractació de les administracions públiques catalanes (art. 159 EAC), comunicacions electròniques (art. 140.7 EAC) i seguretat pública (art. 164 EAC).

(iii) La possible vulneració de drets fonamentals, en la mesura que, en primer lloc, diverses previsions del RD-Llei en relació a les xarxes de comunicacions afecten directament la llibertat d'expressió i de comunicació i poden suposar una restricció d'aquests drets fonamentals; i, en segon lloc, i a banda d'altres possibles afectacions de drets, que s'analitzaran a l'apartat 4 de l'Informe, altres normes del RD-Llei afecten també la protecció de dades personals i incideixen en el seu règim jurídic, establert avui bàsicament pel Reglament 2016/679 del Parlament Europeu i del Consell, de 27 d'abril de 2016, relatiu a la protecció de les persones físiques pel que respecta al tractament de dades personals i la lliure circulació d'aquestes dades (Reglament UE de protecció de dades personals).

Sobre aquestes qüestions, per delimitar l'objecte d'aquest informe, cal fer dues precisions:

En primer lloc, i en la mesura que la finalitat de l'informe consisteix en determinar l'afectació dels drets fonamentals per part del RD-Llei 14/2019, les qüestions que es tractaran són només les que tenen una incidència directa en els drets i llibertats. Això exclou, per tant, els aspectes de caràcter competencial, indicats a l'apartat (ii) anterior. Les qüestions competencials que planteja el RD-Llei 14/2019 han estat tractades abastament en el recent Dictamen del Consell de Garanties Estatutàries sobre aquest decret-llei, emès a instància del Govern (Dictamen 6/2019, de 30 de desembre).

I en segon lloc, encara que no tingui dimensió constitucional, ja que la Llei 50/1997, de 27 de novembre, del Govern, no forma part del bloc de la constitucionalitat, cal examinar també la possible extralimitació en que ha pogut incórrer el Govern a l'hora de dictar el RD-Llei 14/2019 pel fet de trobar-se en funcions, ja que "ha de limitar la seva gestió al despatx ordinari dels assumptes públics, i abstenir-se d'adoptar, llevat de casos d'urgència degudament acreditats o per raons d'interès general l'acreditació expressa de les quals ho justifiqui, qualssevol altres mesures" (art. 21.3 Llei 50/1997, de 27 de novembre, del Govern). Aquesta qüestió, per raons de connexió temàtica, es tractarà després de l'examen dels límits dels decrets-llei.

## 2. La possible vulneració dels límits formals i materials dels decrets-llei

En la mesura que algunes previsions dels RD-Llei 14/2019 tenen una clara incidència en alguns drets fonamentals, com ja s'ha vist (especialment, les llibertats d'expressió i

d'informació i la protecció de dades personals), cal examinar si l'instrument normatiu emprat, el decret-llei, resulta constitucionalment adequat. Aquest examen s'ha de fer des d'una doble perspectiva: (i) el compliment del pressupòsit que habilita el Govern per fer ús d'aquesta potestat normativa especial (l'extraordinària i urgent necessitat que contempla l'art. 86.1 CE); (ii) el respecte dels límits materials als que la CE subjecta aquest tipus extraordinari de normes, consistents, pel que aquí interessa, en què no poden "afectar els drets, deures i llibertats dels ciutadans regulats en el Títol I", tal com estableix expressament també l'art. 86.1 CE.

## 2.1 El pressupòsit habilitant: extraordinària i urgent necessitat

### 2.1.1 La doctrina del Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional, al llarg d'una dilatada i extensa jurisprudència, ha concretat els termes en que cal interpretar el requisit de l'extraordinària i urgent necessitat que la CE (art. 86.1 CE) estableix com a pressupòsit habilitant perquè el Govern pugui fer ús de la potestat normativa extraordinària que li confereix la pròpia Constitució per dictar disposicions legislatives provisionals (per totes, i entre les més recents, SSTC 96/2014, de 12 de juny, 142/2014, de 11 de setembre, 183/2014, de 6 de novembre, 12/2015, de 5 de febrer, 196/2015, de 24 de setembre, 211/2015, de 8 d'octubre, 26/2016, de 18 de febrer, 70/2016, de 14 d'abril, 125 y 126/2016, de 7 de juliol, 183/2016, de 3 de novembre, 150/2017, de 21 de desembre, 152/2017, de 21 de desembre i 61/2018, de 7 de juny). De manera sintètica, aquesta jurisprudència es pot expressar en els termes següents:

- la facultat del Govern per dictar decrets-llei es configura com una excepció al procediment ordinari d'adopció de lleis, i per tant està sotmesa a determinats requisits que legitimen el seu exercici, entre els quals el primer es que s'utilitzi *exclusivament*<sup>2</sup> per fer front a una situació d'extraordinària urgència i necessitat.

- Els termes "extraordinària i urgent necessitat" no són termes buits, dins dels quals, i simplement al·legant-los, el Govern pugui actuar lliurement i sense restriccions en exercici del seu marge d'apreciació política, sinó que constitueixen un límit a aquesta llibertat d'actuació política, que pot controlar el Tribunal Constitucional per determinar si s'ha produït un ús abusiu o arbitrari d'aquesta facultat extraordinària i, si escau, declarar la inconstitucionalitat del decret llei per manca de pressupòsit habilitant.

- L'apreciació de l'extraordinària i urgent necessitat en relació a una situació determinada és un judici polític o d'oportunitat que correspon realitzar al Govern, en aprovar el decret-llei, i al Congrés dels Diputats, en convalidar-lo. El TC no pot substituir aquest judici polític, però sí que en pot exercir un control extern, consistent

---

<sup>2</sup> Terme utilitzat expressament per la STC 152/2017, FJ 3, fent referència ja a la STC 29/1982, FJ 9.

en comprovar (i) que el Govern hagi definit, de manera “explícita i raonada”, la situació d’extraordinària urgència i necessitat que requereixi una resposta normativa amb rang de llei; i (ii) que existeixi una “connexió de sentit” entre la situació definida i les mesures legislatives adoptades, això és, que aquestes mesures guardin una “relació directa o de congruència amb la situació que es tracta d’afrontar”<sup>3</sup>.

- Respecte de la definició de la situació d’extraordinària urgència i necessitat, el TC, malgrat que demana en general que es contingui en el propi decret- llei, ha admès també que es pugui deduir d’altres elements, com són l’exposició de motius, el debat parlamentari de convalidació o el propi expedient d’elaboració de la norma, realitzant una valoració conjunta de tots ells per determinar si concorre o no el pressupòsit habilitant. Malgrat aquesta flexibilitat, és clar però que resulta exigible que quedi explicitada, a través d’alguns d’aquests elements, o de tots ells en conjunt, la situació que es pretén afrontar, i les raons que condueixen a qualificar-la com extraordinària i que fan que l’aprovació del decret- llei constitueixi una necessitat urgent.

- Per apreciar la connexió entre la situació extraordinària i les mesures legislatives adoptades, el TC utilitza el doble criteri del contingut de les mesures i de la seva estructura. Respecte del contingut, el TC comprova que existeixi una relació, directa o fins i tot indirecta, de les mesures amb la situació d’extraordinària i urgent necessitat a la que pretenen donar resposta. Aquesta relació, com s’ha dit, pot ser fins i tot indirecta, però és obvi que ha d’existir una mínima connexió funcional o de congruència entre les mesures i la situació que s’ha definit.

En segon lloc, el TC comprova també l’existència d’aquesta connexió per l’estructura de les mesures, independentment del seu contingut, i analitza, en especial, si modifiquen de manera instantània la situació jurídica existent, de tal manera que, si no es així, si l’aprovació del decret- llei no comporta efectes jurídics directes i immediats, no es pot considerar que sigui un instrument adequat i necessari per a fer front a una situació d’extraordinària urgència.

#### 2.1.2 El (in)compliment dels requisits del pressupòsit habilitant per part del RD- Llei 14/2019

A partir d’aquesta doctrina general i consolidada del TC, cal comprovar si el RD- Llei 14/2019 compleix els requisits necessaris del pressupòsit habilitant.

Respecte de la **definició** de la situació d’extraordinària i urgent necessitat, cal fer les observacions següents:

---

<sup>3</sup> Expressions utilitzades repetidament en la jurisprudència constitucional. Per totes, les més recents SSTC 152/2017 i 61/2018.



- l'única al·lusió específica a la situació d'extraordinària urgència i necessitat que pugui justificar l'adopció del RD-Llei 14/2019, en tot el seu text, es troba exclusivament a la seva exposició de motius, apartat I, quan diu:

*Los recientes y graves acontecimientos acaecidos en parte del territorio español han puesto de relieve la necesidad de modificar el marco legislativo vigente para hacer frente a la situación. Tales hechos demandan una respuesta inmediata para evitar que se reproduzcan sucesos de esta índole estableciendo un marco preventivo a tal fin, cuyo objetivo último sea proteger los derechos y libertades constitucionalmente reconocidos y garantizar la seguridad pública de todos los ciudadanos*

L'exposició de motius del RD-Llei 14/2019 s'estén profusament en els requisits constitucionals que han de complir els decrets-llei, especialment quant al pressupòsit habilitant, i explica amb detall la doctrina establerta pel TC sobre la qüestió, però en cap moment defineix la situació d'extraordinària i urgent necessitat que pugui justificar l'adopció de les mesures que conté, llevat d'aquesta menció genèrica a "los recientes y graves acontecimientos acaecidos en parte del territorio español" que s'ha citat.

Al llarg de l'exposició de motius, certament, es fan diverses al·lusions generals a la urgència i la necessitat de prendre mesures per adaptar la societat actual a les noves tecnologies i als nous riscos que generen i per fer front als nous desafiaments que suposen per la seguretat pública. Però aquestes són només al·lusions genèriques i abstractes, i en cap cas, més enllà de la referència que s'acaba d'indicar, s'identifica de manera concreta i específica la situació que, a parer del Govern, obliga, o fins i tot només aconsella, a prendre mesures legislatives extraordinàries per mitjà d'un decret-llei.

- En el debat parlamentari de convalidació del RD-Llei 14/2019, celebrat el 27 de novembre de 2019 a la Diputació Permanent del Congrés dels Diputats<sup>4</sup>, el discurs inicial de presentació del RD-Llei per part de la Ministra d'Economia i Empresa en funcions no conté cap al·lusió específica a la situació d'extraordinària urgència i necessitat que pugui justificar el decret-llei. No sols no concreta "los recientes y graves acontecimientos" als que fa referència la seva exposició de motius, sinó que ni s'hi refereix de cap manera.

Al llarg del debat parlamentari, algunes intervencions van realitzar manifestacions que expressaven que, al seu parer, el motiu del decret-llei estava en el conflicte de Catalunya (així, i en sentit diversos, la Sra. Aizpurúa, de EH-Bildu; la Sra. Bassa, d'ERC; el Sr. Gutiérrez, de Ciudadanos i la Sra. Blázquez, del Partit Popular), però en cap cas el Govern, representat per la Ministra d'Economia i Empresa en funcions, ho va confirmar ni va fer cap referència a la qüestió.

---

<sup>4</sup> DSCD, 2019, n. 14, p. 13 i seg.

Respecte de la **connexió** entre les mesures adoptades en el RD-Llei 14/2019 i la situació d'extraordinària i urgent necessitat, cal indicar el següent:

- resulta molt difícil valorar l'adequació i la congruència de les mesures adoptades respecte de la situació a la que es vol fer front si aquesta situació no s'identifica i es defineix, encara que sigui mínimament, més enllà de les afirmacions genèriques a la necessitat de protegir la seguretat pública davant les noves amenaces que suposen les noves tecnologies. I més encara si es té en compte que existeix una legislació, tant espanyola com europea, molt recent sobre aquestes qüestions (la Llei orgànica de seguretat ciutadana i la Llei de seguretat nacional, les dues de 2015, la Llei general de telecomunicacions, de 2014, la Llei orgànica de protecció de dades personals, de 2018, i el Reglament europeu de protecció de dades personals, de 2016, a banda de les lleis de procediment administratiu comú i de règim jurídic del sector públic, de 2015, i la llei de contractació del sector públic, de 2017), que en cap cas es justifica que hagi quedat obsoleta o desfasada en un lapse tan curt de temps i que requereixi les modificacions que s'hi introdueixen.

- No obstant aquesta dificultat per valorar la congruència de les mesures respecte de la situació, el RD-Llei conté algunes normes que, per la seva estructura, presenten indicis clars de manca de sentit, com exigeix la doctrina del TC que s'ha exposat, ja que no modifiquen de manera *instantània* la situació jurídica existent. Així, en efecte, algunes disposicions se sotmeten a diversos règims transitoris (especialment DT 1 i 2, relatives a la ubicació dels recursos tècnics en el territori de la UE o d'Espanya, segons els casos), que fan que no tinguin efectes directes i immediats. Aquesta manca d'efectes immediats fa que difícilment es pugui considerar justificada la inclusió de les normes corresponents en un decret-llei.

En conseqüència, cal **concloure** que, ni en el propi text del RD-Llei 14/2019 ni en seu debat parlamentari de convalidació, s'explicita la situació d'extraordinària i urgent necessitat que justifiqui la seva adopció, de manera que es contravé una exigència bàsica continguda en la jurisprudència constitucional. Això comporta que s'hagi de considerar que manca el pressupòsit habilitant del RD-Llei 14/2019. Aquest motiu basta, per sí sol, perquè el TC declari inconstitucional i nul el RD-Llei en la seva totalitat. D'altra banda, la manca de definició de la situació extraordinària a la que es pretén fer front fa que resulti impossible valorar la congruència de les mesures que s'adopten. Això no obstant, el fet que algunes d'elles es demorin en el temps mitjançant determinats períodes transitoris constitueix un indicatiu de manca de justificació de la seva inclusió en un decret-llei.

## 2.2 Prohibició d'afectació als drets, deures i llibertats del Títol I CE

### 2.2.1 La doctrina del Tribunal Constitucional

L'art. 86.1 CE estableix que els decrets- llei “no podran afectar (...) els drets, deures i llibertats dels ciutadans regulats en el Títol I”. Aquesta prohibició ha estat interpretada pel TC en un sentit bastant lax, per evitar, diu, buidar la figura del decret- llei i convertir-la en inútil. A través d'una jurisprudència reiterada des de 1983 (STC 111/1983, de 2 de desembre, seguida per SSTC 3/1988, de 21 de gener, 108/2004, de 30 de juny, 189/2005, de 7 de juliol i 139/2016, de 21 de juliol i ATC 179/2011, de 13 de desembre, entre d'altres), el TC considera que la prohibició d' “afectar” drets no s'ha d'entendre com impeditiva de qualsevol incidència en els drets del Títol I, sinó de regulació mitjançant decret- llei del règim general dels drets recollits en el Títol I, així com de contravenir el contingut o algun dels elements essencials d'aquests drets, tenint en compte la seva configuració constitucional i les seves garanties. El TC, segons diu ell mateix, ha de valorar si hi ha hagut “afectació” pel decret- llei d'algun dret, deure o llibertat del Títol I, en el sentit que s'acaba d'indicar.

La STC 139/2016, de 21 de juliol, amb remissió a l'ATC 179/2011, de 13 de desembre (especialment , FJ 7) sintetitza la doctrina del TC en aquesta qüestió en els extrems següents (FJ 6):

*1º) El art. 86.1 CE impide que con el decreto- ley queden afectados los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el título I CE, pero este Tribunal ha rechazado una interpretación extensiva de dicho límite que supondría el vaciamiento de la figura del decreto- ley, haciéndolo “inservible para regular con mayor o menor incidencia cualquier aspecto concerniente a las materias incluidas en el título I de la Constitución”.*

*2º) La cláusula restrictiva debe ser entendida de modo que no se reduzca a la nada la figura del decreto- ley, de suerte que lo que se prohíbe constitucionalmente es que se regule un régimen general de estos derechos, deberes y libertades o que vaya en contra del contenido o elementos esenciales de algunos de tales derechos (STC 111/1983, de 2 de diciembre, FJ 8, confirmada por otras posteriores).*

*3º) El Tribunal no debe fijarse únicamente en el modo en que se manifiesta el principio de reserva de ley en una determinada materia, sino más bien ha de examinar si ha existido “afectación” por el decreto- ley de un derecho, deber o libertad regulado en el título I CE, lo que exigirá tener en cuenta la configuración constitucional del derecho, deber o libertad afectado en cada caso e incluso su ubicación sistemática en el texto constitucional y la naturaleza y alcance de la concreta regulación de que se trate.*

*Dos criterios básicos deben retenerse a efectos de determinar el alcance de la mencionada cláusula restrictiva sobre el decreto- ley: (i) que la legislación de urgencia no regule el régimen general de los derechos, deberes y libertades del título I CE y que la interpretación constitucionalmente adecuada tenga en cuenta la configuración constitucional de los derechos en cuestión, su ubicación sistemática, en el título I CE; (ii) el mayor o menor grado de intensidad o rigor*

*de las garantías de las que disfrutan, en virtud de lo que establece el artículo 53 CE.*

Més que establir una prohibició de que el decret-llei entri en el camp dels drets del Títol I, aquest límit material suposa més aviat que el decret-llei no pugui alterar la regulació general d'aquests drets. Així, com indica el vot particular de Valdés Dal-Ré a la STC 139/2016, recollint la doctrina consolidada del propi TC, es permeten les ordenacions singulars, però no les generals, i també les regulacions sobre elements accidentals o secundaris dels drets i deures del Títol I, però no les que alterin els seus elements estructurals o substancials. I sempre, naturalment, que es respecti el seu contingut constitucional i la reserva de llei a la que, en el seu cas, estiguin sotmesos.

D'altra banda, malgrat la laxitud interpretativa del TC, queda clar en la seva doctrina que la limitació del decrets-llei es més intensa quant més alta sigui la garantia constitucional del dret en el que incideixi. Així, els drets i llibertats de la Secció 1<sup>a</sup> del Capítol II del Títol I presenten una més alta resistència enfront de les afectacions que els decrets-llei puguin produir en el seu contingut.

#### 2.2.2 L'afectació de drets i llibertats per part del RD-Llei 14/2019

En aplicació dels criteris anteriors es poden fer les observacions següents en relació al RD-Llei 14/2019:

- Diverses disposicions del RD-Llei 14/2019 incideixen en l'àmbit de les llibertats d'expressió i de comunicació, així com també en la protecció de dades personals. El reconeixement d'aquests drets a la Secció 1<sup>a</sup> del Capítol II del Títol I de la Constitució (arts. 20.1.a; 20.1d i 18.4, respectivament), això és, el nucli de la declaració dels drets que conté el Títol I CE i que rep el nivell de protecció més elevat (art. 53.1 i 2 CE), obliga a que l'escrutini del RD-Llei 14-2019 per assegurar que no afecta els drets i llibertats del Títol I (en el sentit que li dona a aquesta expressió el TC), i que per tant no ultrapassa el límit material que imposa l'art. 86.1 CE, ha de ser especialment rigorós.

- El que resulta decisiu per valorar si s'ha produït una afectació d'aquests drets per part del RD-Llei 14/2019, en el sentit que li dona el TC, és si estableix una regulació general d'aquests drets i/o si altera alguns dels seus elements estructurals o substancials. A banda, naturalment, de que aquesta regulació materialment pugui contradir o vulnerar el contingut essencial constitucionalment reconegut d'aquests mateixos drets, la qual cosa s'examina en l'apartat 4 d'aquest informe.

- En aquest sentit, cal destacar que el propi RD-Llei 14/2019, en la seva exposició de motius (apartat I), conté diverses referències a que el seu objecte es establir "*un marco jurídico que garantice el interés general y, en particular, la seguridad pública*", "*un marco preventivo a tal fin, cuyo objetivo último sea proteger los derechos y libertades constitucionalmente reconocidos y garantizar la seguridad pública de todos los ciudadanos*", i que "*el presente real decreto-ley tiene por objeto regular este marco normativo*".

El propi RD-Llei reconeix així, de manera expressa, que pretén establir una regulació o un marc jurídic general, per protegir la seguretat pública en l'àmbit de l'administració i la comunicació digitals. Encara que aquest marc jurídic nou s'introdueixi mitjançant modificacions de diverses lleis preexistents no exclou en absolut que es tracti d'una regulació general novel·losa, amb clara vocació de permanència i generalitat, més enllà de qualsevol situació concreta i extraordinària.

- Algunes de les normes de caràcter general i amb vocació de permanència que introdueix (especialment a l'art. 6) constitueixen veritables límits a la llibertat d'expressió i de comunicació, en l'àmbit de les comunicacions i les xarxes digitals. Així, de manera especial, i com es veurà més detingudament en l'apartat 4 d'aquest informe, s'han de considerar les diverses intervencions executives que preveu en relació a les xarxes i serveis de comunicacions electròniques (assumpció de la gestió directa, intervenció i tancament cautelaríssim).

Aquestes disposicions, amb independència de que també puguin resultar materialment contràries al contingut constitucional d'aquests drets, qüestió que s'examina en l'apartat 4, afecten sens dubte elements estructurals i substantius del seu règim jurídic, en la mesura que n'estableixen determinats límits, en forma d'ingerències públiques per raons d'ordre públic, seguretat pública i seguretat nacional.

Aquesta afectació és tan intensa que podria fins i tot plantejar-se si unes previsions d'aquest tipus haurien de ser objecte de regulació, en el seu cas, i sempre que no fossin materialment contràries als drets i llibertats constitucionals, a través de llei orgànica, atesa la reserva establerta a l'art. 81.1 CE pel desenvolupament dels drets fonamentals.

Igualment, i malgrat que es projectin en un àmbit concret i limitat (intervencions executives en el camp dels serveis i les xarxes de comunicacions digitals), suposen també una veritable regulació general, en aquest àmbit concret, dels drets a la lliure expressió i a la llibertat d'informació, ja que la regulació normativa d'aquestes llibertats acostuma a tenir un caràcter més negatiu que positiu, això és, acostuma a fixar més els seus límits que no pas el seu contingut positiu. Aquesta consideració de regulació general d'aquestes disposicions, als efectes de valorar si ultrapassen els límits materials dels decrets- llei, es reforça més encara quan es té en compte que presenta un caràcter general i permanent i es desvincula de qualsevol situació concreta de caràcter extraordinari que hagi pogut motivar l'adopció del decret- llei (i que, com s'ha vist, tampoc es justifica).

- Més dubtós resulta que es pugui arribar a la mateixa conclusió respecte de les disposicions del RD-Llei 14/2019 relatives a la protecció de dades personals. Encara que, efectivament, aquestes disposicions (art. 4 i 5) introdueixen una nova normativa general i permanent en matèria de transmissió de dades entre Administracions i de contractació pública, aquesta normativa, encara que important, presenta un caràcter puntual i accessori i incideix en elements que difícilment es poden considerar

estructurals o substantius del règim jurídic de la protecció de dades personals, perquè no alteren ni el seu contingut bàsic ni les seves garanties. Aquestes disposicions incideixen materialment en el dret a la protecció de dades, i modifiquen alguns aspectes de la seva regulació general, però difícilment es poden enquibir en el concepte d'afectació del dret que utilitza el Tribunal Constitucional.

En virtut d'aquestes consideracions cal **concloure** que el RD-Llei 14/2019 conté determinades disposicions, relatives a les facultats d'intervenció pública de les xarxes i els serveis de comunicació electrònica, que afecten elements estructurals i substantius del règim jurídic de la llibertat d'expressió i de la llibertat d'informació, i que constitueixen a més una regulació general d'aquestes llibertats en l'àmbit concret de les comunicacions electròniques. Per aquests motius, aquestes disposicions afecten els drets i llibertats constitucionals, en el sentit que dona a aquesta expressió el TC, i ultrapassen el límit material dels decrets-llei que estableix l'art. 86.1 CE.

En canvi, resulta més dubtós que es pugui considerar que les disposicions del RD-Llei 14/2019 que incideixen materialment en la protecció de dades personals, malgrat que introdueixin nous elements de la seva regulació amb caràcter general i permanent, que afecten el dret a la protecció de dades, en el sentit que el TC ha atorgat a aquest límit dels decrets-llei.

### 3. La possible extralimitació del Govern en funcions

Malgrat que, com ja s'ha dit, aquesta qüestió no tingui, en principi, transcendència constitucional, ja que la Llei del Govern no forma part del bloc de la constitucionalitat, convé també examinar, de manera breu, la possible vulneració de la Llei del Govern en que ha pogut incórrer el Govern en dictar el RD-L 14/2019, pel fet de trobar-se en funcions, a partir de la celebració de les eleccions a Corts del dia 28 d'abril de 2019 (art. 21 de la Llei 50/1997, de 27 de novembre, del Govern, que disposa que el Govern cessa després de la celebració d'eleccions generals i que el Govern cessant continua en funcions fins a la presa de possessió del nou Govern, cosa que no es va produir fins a la investidura que va seguir a la celebració de les eleccions del dia 10 de novembre de 2019, convocades a rel d'haver-se esgotat el termini per formar govern després de les eleccions del 28 d'abril i la investidura fallida que les va seguir).

En relació al Govern en funcions, la Llei del Govern, cit., estableix certes limitacions de les facultats que pot exercir. Així,

*“ha de limitar la seva gestió al despatx ordinari dels assumptes públics, i abstenir-se d'adoptar, llevat de casos d'urgència degudament acreditats o per raons d'interès general l'acreditació expressa de les quals ho justifiqui, qualssevol altres mesures”* (art. 21.3 Llei del Govern)

Igualment, pel que ara interessa notar, no pot presentar projectes de llei al Congrés dels Diputats o, en el seu cas, al Senat (art. 21.4.b Llei del Govern).

Aquesta darrera limitació legal suposa que el Govern no pot fer ús de la seva capacitat d'iniciativa legislativa ordinària, ni directament ni tampoc indirectament. En aquest sentit, cal remarcar que el decret- llei no pot convertir-se en una via alternativa per legislar, vorejant les limitacions imposades al Govern en funcions.

No obstant, és clar que el Govern en funcions manté la seva capacitat per dictar decrets- llei, en les condicions que la Constitució l'habilita per fer-ho. Als requisits d'extraordinària urgència i necessitat que exigeix la Constitució amb caràcter general, però, s'hi ha d'afegir, quan es tracta del Govern en funcions, la condició addicional d'acreditar degudament i expressament la urgència del cas o les raons d'interès general que justifiquen l'adopció del decret- llei. Aquesta acreditació, que ha de ser expressa, és formalment diferent de la justificació de l'extraordinària urgència i necessitat que constitueix el pressupòsit dels decrets- llei, però no hi ha dubte que té una estreta relació amb ella, i que fins i tot es podria admetre que coincidissin i que es pogués entendre que la justificació d'un serveix també per l'altre. En el cas present, però, la situació d'extraordinària i urgent necessitat no es justifica en relació a l'aprovació del decret llei, com s'ha vist. I tampoc s'acredita la urgència (ni les raons d'interès general) que justifiquin l'exercici d'una funció que va més enllà del despatx ordinari dels assumptes públics, com exigeix la Llei del Govern, amb la qual cosa tampoc es dona cobertura, ni que sigui mediatament, al RD- llei 14/2019 aprovat.

Aquest incompliment de la Llei del Govern, i encara que no sigui motiu d'inconstitucionalitat del RD- llei 14/2019, mostra que la seva aprovació s'ha fet incomplint la legalitat, per excedir les facultats pròpies del Govern en funcions.

## 4. Afectació material de drets i llibertats fonamentals

### 4.1 Les facultats atribuïdes al Govern pel RD- llei 14/2019 en matèria de telecomunicacions: un nou marc jurídic general d'intervenció del Govern en les comunicacions electròniques

El RD- llei 14/2019, mitjançant la modificació de la Llei 9/2014, General de Telecomunicacions (LGT en endavant), atribueix al Govern determinades facultats en matèria de telecomunicacions, que suposen establir un nou marc jurídic general per a la intervenció governativa de les comunicacions electròniques i que modifiquen notablement la situació existent abans de l'entrada en vigor del RD- llei 14/2019, com es veurà a continuació.

Aquestes facultats, pel que aquí interessa (incidència en els drets i llibertats fonamentals), són les següents:

(i) la facultat del Govern per, amb caràcter excepcional i transitori, assumir la gestió directa o per intervenir xarxes i serveis de comunicacions electròniques - -incloent qualsevol infraestructura, recurs associat o element o nivell de la xarxa o servei-- en dos supòsits diferents:

a) en casos excepcionals que puguin afectar l'ordre públic, la seguretat pública i la seguretat nacional (nova redacció de l'art. 4.6 LGT)

b) en cas d'incompliment de les obligacions de servei públic que estableix el Títol III de la Llei general de telecomunicacions (nou art. 4.6 LGT).

(ii) la facultat del Govern per ordenar el cessament d'una activitat infractora en matèria de telecomunicacions, abans d'iniciar el procediment sancionador i sense audiència prèvia, en cas d'amenaça immediata i greu per l'ordre públic, la seguretat pública, la seguretat nacional o la salut pública (nova redacció de l'art. 81.1 LGT).

#### 4.1.1 Les facultats d'assumpció de la gestió directa i d'intervenció del Govern

En relació a les facultats d'assumpció de la gestió directa i d'intervenció, cal dir que ja estaven previstes a la LGT, en les disposicions que modifica el RD-Llei 14/2019, però amb un abast mot diferent. Les novetats que s'introdueixen són d'una gran transcendència, i configuren de fet un règim jurídic completament nou en aquesta matèria, que incrementa de manera molt significativa i intensa la capacitat de control executiu sobre les comunicacions electròniques, amb un alt impacte potencial sobre diversos drets i llibertats fonamentals. Així, en efecte, s'amplia:

- la naturalesa, la intensitat i l'abast de les facultats concedides al Govern,
- l'objecte sobre el que es poden projectar aquestes mateixes facultats de control, i finalment
- les causes que poden motivar l'exercici d'aquestes facultats.

Sobre la **naturalesa i la intensitat** de les facultats concedides al Govern en relació a les xarxes i els serveis de comunicació electrònica, cal indicar que en la legislació anterior de telecomunicacions (LGT de 2014, que seguia en aquest punt les anteriors, essent la primera de 1998) es preveia només la possibilitat de que el Govern pogués acordar l'assumpció de la *gestió directa* per part de l'Administració general de l'Estat de determinats serveis i xarxes de comunicacions electròniques, per determinats motius, i que pogués *intervenir* la prestació dels serveis (no de les xarxes) en cas d'incompliment de les obligacions de servei públic a les que estessin sotmesos.

A aquesta facultat d'assumir la gestió directa de xarxes i serveis i, en certs casos, intervenir *la prestació* dels serveis, s'hi afegeix ara la de "**intervenir**" les xarxes i els



serveis de comunicació electrònica, amb caràcter general: s'elimina l'expressió "determinats" que s'utilitzava en relació als serveis i xarxes susceptibles d'assumir-ne la gestió directa, que indicava una certa limitació; s'elimina també la precisió de que la intervenció es referia a la "prestació del servei"; i desapareix la referència a la legislació de contractació pública, que situava les facultats extraordinàries d'assumpció de la gestió directa i d'intervenció en l'àmbit de les relacions contractuals públiques, i bàsicament les de caràcter concessional.

El RD-Llei no defineix ni concreta en què consisteix aquesta *nova* facultat d'intervenció de les xarxes i els serveis, deslligada ja de les relacions contractuals, qüestió que resulta essencial per determinar-ne la naturalesa i l'abast, més encara quan s'ha eliminat la referència a que operava sobre "la prestació" del servei. Tampoc la LGT ni la normativa europea en la matèria (en especial, la Directiva (UE) 1972/2018, del Parlament Europeu i del Consell, d'11 de desembre de 2018, per la que s'estableix el Codi Europeu de Comunicacions Electròniques) ofereixen cap definició d'aquest concepte general, referit a les comunicacions electròniques. Per tant, per definir el seu contingut s'ha d'acudir en primer lloc al seu sentit gramatical: "*Dicho de una autoridad: dirigir, limitar o suspender el libre ejercicio de actividades o funciones*" (RAE, 4). També "*Espiar, por mandato o autorización legal, una comunicación privada*" (RAE, 5). Aquest darrer sentit entronca, a més, amb la facultat legal d'intervenció de les comunicacions, amb la que té una relació evident, encara que es pugui matisar. En aquest segon sentit, en efecte, la "intervenció" pot afectar els continguts que circulen per les xarxes de comunicació i dels serveis que s'hi presten (audiovisuals, financers o serveis de la societat de la informació, com el comerç electrònic i els serveis d'intermediació), així com les meta-dades d'aquests continguts i missatges (emissor, destinatari, punts d'accés, localització, dates, durada, etc), qüestió que en principi hauria de quedar-ne al marge perquè la LGT regula només les xarxes i els serveis, i no pas els continguts, que tenen un règim propi. Però l'estreta interconnexió entre les xarxes i els serveis que s'hi presten i els continguts corresponents, d'una banda, qüestió a la que es farà una referència més ampla més endavant, i, d'altra, el caràcter general, obert i indeterminat de la facultat d'"intervenir", que es preveu al RD-Llei sense cap límit, concreció ni garantia, i de la que s'ha eliminat la referència a que operava respecte de la "prestació del servei" en el marc de la contractació pública (la qual cosa feia pensar que es limitava al primer sentit que s'ha indicat), fan que no es pugui descartar en absolut aquesta segona dimensió de la intervenció ni tampoc que, encara que directament es projecti només sobre la xarxa i els serveis, no acabi afectant també els continguts i les seves meta-dades.

Per tant, en qualsevol d'aquests dos sentits (controlar –acció en la que podem englobar les de dirigir, limitar o suspendre–, i espionar –obtenir o accedir a informació o observar de manera oculta o sense consentiment dels afectats), la facultat d'*intervenció* concedida al Govern suposa atorgar-li un poder nou i diferent de la *gestió* directa i de la *intervenció de la prestació del serveis* que ja contemplava la legislació anterior. Un nou poder de caire molt obert i indeterminat, que remet a una possibilitat de control sobre les xarxes i serveis de comunicació electrònica que li permet dirigir, limitar i suspendre aquestes xarxes i serveis, i també accedir-hi i obtenir-ne informació

(amb o sense accés directe als continguts), potencialment fins i tot sense coneixement dels titulars i/o dels interessats.

Es produeix per tant un salt qualitatiu en la naturalesa i la intensitat de les facultats atribuïdes al Govern, perquè es passa de l'àmbit de la contractació pública (concessions), en el qual té sentit una facultat d'assumpció de la gestió directa, i fins i tot d'intervenir –en el sentit de passar a controlar temporalment-- per motius de seguretat pública o per incompliment de les obligacions de servei públic vinculades a les condicions de la contractació, al del control general (“intervenció”) de les xarxes i serveis de comunicació electrònica, deslligat ja de les relacions de contractació, i amb l'abast objectiu amplíssim que es veurà seguidament.

Sobre l'**objecte** respecte del qual poden recaure les facultats d'assumpció de gestió directa i d'intervenció del Govern, cal indicar que el RD-Llei l'estén a “les xarxes i els serveis de comunicacions electròniques” i a “qualsevol infraestructura, recurs associat o element o nivell de la xarxa o del servei” que resulti necessari per les finalitats que van motivar el seu exercici (ordre públic, seguretat pública i seguretat nacional, com es veurà).

Per copsar adequadament l'àmbit objectiu sobre el que s'estenen aquestes facultats d'intervenció governamental cal entendre quin és el sentit que la legislació (europea i, d'acord amb ella, estatal) atorguen a les expressions “xarxa de comunicacions electròniques”, “serveis de comunicacions electròniques” i “recursos associats”.

Així, per “*xarxa de comunicacions electròniques*” cal entendre els sistemes de transmissió i, quan escaigui, altres recursos que permetin el transport de senyals mitjançant cables, ones hertzianes, mitjans òptics o altres mitjans electromagnètics, amb inclusió de les xarxes de satèl·lits, xarxes fixes i mòbils, sistemes de línia elèctrica, en la mesura que s'utilitzin per a la transmissió de senyals, xarxes utilitzades per a la radiodifusió sonora i televisiva i xarxes de televisió per cable, independentment del tipus d'informació transportada (annex II.31 LGTEL, i Directiva UE 2018/1972, art. 2.1).

Els “*serveis de comunicacions electròniques*” són els que es presten, en general a canvi d'una remuneració, consistents en el transport de senyals a través de xarxes de comunicacions electròniques, amb inclusió dels serveis de telecomunicacions i serveis de transmissió en les xarxes utilitzades per a la radiodifusió, i que comprenen el servei d'accés a internet, serveis de comunicacions interpersonal (com trucades, missatgeria i xats) i serveis consistents en el transport de senyals (pe., radiodifusió) (LGT annex II.35 i Directiva 2018/1972, art. 2.4).

I, finalment, els “*recursos associats*” a les xarxes són els serveis, les infraestructures físiques i altres elements associats a una xarxa o a un servei de comunicacions electròniques que permetin o donin suport el subministrament de serveis a través d'aquesta xarxa o servei, o que tinguin potencial per fer-ho, incloent edificis, entrades d'edificis, cablejat, antenes, torres i altres construccions de suport, conductes, màstils, boques d'accés i distribuïdors (LGT annex II.30 i Directiva 2018/1972, art. 2.10); mentre que els “*recursos associats*” als serveis són aquells que permeten o donen

suport al subministrament o a la prestació d'aquell servei, o que tinguin potencial per fer-ho, incloent la traducció de números, sistemes d'accés condicional, guies electròniques de programes i serveis d'identificació, localització i presència (LGT annex II.34 i Directiva 2018/1972, art. 2.11).

La novetat respecte de la legislació anterior consisteix en que el RD-Llei 14/2019 inclou no només els serveis sinó també les xarxes de comunicació electrònica sota la possibilitat d' intervenció del Govern, i, en segon lloc, amplia de manera expressa l'àmbit d'actuació governamental també als recursos associats a les xarxes i els serveis. Es produeix així una extensió molt notable no sols de la intensitat de les facultats del Govern, sinó també del seu àmbit objectiu d'aplicació potencial, que afecta totes les xarxes i serveis de comunicacions electròniques (amb independència de la seva titularitat pública o privada, i de la seva qualificació o no com de servei públic) i tots els recursos associats a aquestes xarxes i serveis.

Aquesta notable ampliació es refereix també a les **causes** que poden motivar l'exercici d'aquestes facultats per part del Govern. En efecte, en la legislació preexistent (art. 4.6 LGT), la possibilitat d'acordar per part del Govern la gestió directa de xarxes i serveis de comunicació electrònica ("determinats", es deia a més), d'acord amb el que preveia la legislació sobre contractació pública, es connectava a dos motius:

- la necessitat de garantir la seguretat pública i la defensa nacional
- l'incompliment de les obligacions de servei públic que corresponguessin als operadors de les xarxes i serveis

Per la seva banda, la possibilitat d' "intervenir la prestació" dels serveis es limitava al cas d'incompliment de les obligacions de servei públic.

Amb la nova redacció de la LGT operada pel RD-Llei 14/2019, les dues facultats indicades (amb la molt notable intensificació de la d'intervenir, com s'ha vist), es connecten a motius més amplis, que són:

- l'afectació de l'ordre públic, la seguretat pública i la seguretat nacional,
- i també, com en la situació preexistent, l'incompliment de les obligacions de servei públic previstes al Títol III de la LGT, que, com ja s'ha dit, fan referència bàsicament al servei universal i altres que es puguin imposar per raons de cohesió territorial, de facilitar la comunicació entre determinats col·lectius i la necessitat de facilitar la disponibilitat de serveis que comportin l'acreditació del contingut dels missatges, la seva remissió o la seva recepció.

Es produeix doncs una ampliació molt notable dels motius que habiliten l'exercici de les facultats extraordinàries del Govern, per una doble via:

- la introducció de nous motius habilitants, com l'ordre públic i la seguretat nacional (que substitueix la defensa nacional). Amb independència ara de la

seva concreta delimitació, i fins i tot del sentit que pugui tenir introduir l'ordre públic com a motiu diferent de la seguretat pública, cal indicar que es tracta de conceptes jurídics indeterminats (ordre públic, seguretat pública, seguretat nacional), que comporten en tot cas un marge molt ampli d'apreciació discrecional del Govern, que els tribunals només poden controlar amb moltes dificultats i tan sols amb caràcter extern. Aquest mateix caràcter ja tenien els motius habilitants previstos a la legislació preexistent, la qual cosa no els eximeix d'aquesta crítica. El que succeeix ara és que, a més, aquest marge s'amplia notablement amb la introducció de nous motius amb la mateixa forma de conceptes indeterminats.

- la previsió de que el Govern pugui fer ús de les seves facultats degut a l' "afectació" d'aquests béns, i no només "per garantir" la seguretat pública i la defensa nacional. D'aquesta manera, el pressupòsit que habilita les facultats extraordinàries del Govern ja no és la necessitat de garantir certs béns jurídics (seguretat pública i defensa nacional), sinó la mera "afectació" d'aquests béns (que, a més, són més i més amplis: ordre públic, seguretat pública i seguretat nacional).

Finalment, cal assenyalar que les facultats d'assumpció de la gestió i d'intervenció de les xarxes i els serveis de comunicació electrònica previstes al RD-Llei 14/2019 es qualifiquen com *excepcionals* i *transitòries*, com ja passava en la legislació preexistent. Això no obstant, no s'estableix **cap límit, garantia ni control** destinats a assegurar aquest caràcter excepcional i transitori, ni en forma de limitació temporal ni de control procedimental, com es podria esperar. Només es manté la necessitat d'informe previ de la Comissió Nacional dels Mercats i de la Competència, en relació al supòsit d'incompliment de les obligacions de servei públic. En canvi, quan es tracta d'actuacions per motius d'ordre públic, seguretat pública i seguretat nacional, que són les que presenten un potencial més elevat d'ingerència en els drets fonamentals, no s'estableix cap límit ni control específics.

En **conclusió**, el RD-Llei 14/2019 introdueix un règim jurídic nou d'intervenció governativa en les comunicacions electròniques, que amplia i intensifica molt notablement les facultats del Govern, especialment mitjançant la introducció d'una nova facultat d'intervenció, que es desvincula de l'àmbit de les relacions contractuals, que té un potencial d'ingerència i control enormement obert i indeterminat, tant pel seu contingut com pels motius que habiliten el seu exercici, i que estén sobre totes les xarxes i serveis de comunicació electrònica i els seus recursos associats, sense límits ni controls específics, malgrat la qualificació d' excepcionals i transitòries d'aquestes facultats.

#### 4.1.2 La facultat del Govern per ordenar el cessament cautelaríssim

D'altra banda, el RD-Llei 4/2019 atribueix al Govern la facultat per ordenar el cessament d'una activitat infractora en matèria de telecomunicacions, abans d'iniciar el procediment sancionador i sense audiència prèvia, en cas d'amenaça immediata i

greu per l'ordre públic, la seguretat pública, la seguretat nacional o la salut pública (nova redacció de l'art. 81.1 LGT).

Al respecte, s'ha de posar en relleu especialment que el RD-Llei 14/2019 ha estès aquesta facultat del Govern per establir mesures cautelarríssimes als supòsits d'amenaça immediata i greu per l'ordre públic, la seguretat pública, la seguretat nacional o la salut pública, mentre que, com ja s'ha dit, en la versió original de la LGT aquesta facultat excepcional es reservava als supòsits en què es produïa un perjudici greu al funcionament dels serveis de seguretat pública, protecció civil o d'emergències, o quan es podien posar en perill vides humanes, a més de quan es produïen interferències greus a altres serveis o xarxes de comunicacions, supòsits tots ells que es mantenen, encara que modificats, com a causa d'activació d'aquesta facultat extraordinària de cessament cautelar.

Així, altra vegada, es dona un salt qualitatiu en les possibilitats d'intervenció del Govern sobre les xarxes i els serveis de comunicació electrònica, estenent l'ús d'aquesta facultat, ja de per sí excepcional i enormement invasiva de drets, als supòsits d'amenaça immediata i greu a l'ordre públic, la seguretat pública i la seguretat nacional, a més de la salut pública, que ja estava contemplada en la legislació anterior. Encara que es tracti d'una exigència més rigorosa que la mera "afectació" que s'estableix per la "intervenció" del Govern, com s'ha vist, ja que preveu l'existència –o, al menys, l'al·legació de l'existència—d'una "amença immediata i greu", no es pot obviar que aquests nous motius que justifiquen la mesura cautelarríssima de tancament (com a mesura de màxima intensitat) d'una xarxa o d'un servei se situen en un pla completament diferent dels anteriors (referits bàsicament al funcionament dels serveis de seguretat pública i al perill de vides humanes) i introdueixen, altra vegada, aquests conceptes jurídics indeterminats que permeten un altíssim marge de discrecionalitat al Govern, mitjançant valoracions polítiques d'oportunitat molt difícilment controlables pels tribunals. Es tracta, per tant, en realitat, d'una nova facultat del Govern que permet ordenar el tancament d'una xarxa o d'un servei de comunicació electrònica, que, juntament amb la facultat d'intervenció ja vista, justifica que es pugui parlar d'un nou règim jurídic d'intervenció governamental en les comunicacions electròniques, establert pel RD-Llei 14/2019.

## 4.2 L'afectació del nou marc jurídic als drets fonamentals

### 4.2.1 Capacitat d'ingerència en els drets

Les facultats d'intervenció del Govern que s'acaben de descriure i que formen part del nou marc jurídic de les comunicacions electròniques que estableix el RD-Llei 14/2019 i que s'incorpora a la LGT no es projecten directament sobre els continguts que es transmeten o circulen per les xarxes o que són objecte dels serveis que s'hi presten, ja que la LGT estableix expressament que el seu àmbit d'aplicació és l'explotació de les xarxes i la prestació dels serveis de comunicacions electròniques, exclosos els serveis els continguts audiovisuals, els serveis que subministrin continguts i els serveis de la societat de la informació (com pe., el comerç electrònic), que es regeixen per la seva

pròpia legislació (de mitjans de comunicació o de serveis de la societat de la informació i de comerç electrònic).

Malgrat la separació entre xarxes i serveis, d'una banda, i continguts, d'una altra, està clar que existeix una estreta vinculació entre els dos. Les xarxes, que estan sotmeses íntegrament, sense exclusions a la LGT, són el vehicle per on necessàriament circulen els continguts, també en forma de comunicacions i d'informació, i fins i tot es podria dir que, avui, són el principal vehicle per on circulen. I els serveis de comunicació electrònica són els que realitzen el transport de senyals i donen accés als continguts. Internet, en efecte –per sintetitzar-ho tot en aquest medi bàsic-, ha substituït en gran part els canals tradicionals dels mitjans de comunicació i d'informació. Així, la regulació –incloses les possibilitats d'intervenció governamental—de les xarxes i dels serveis que en permeten el seu ús, té avui un potencial d'afectació i d'ingerència en els drets equivalent o fins i tot superior al que tenia, i té encara, la intervenció pública respecte dels mitjans de comunicació tradicionals.

Aquest impacte ha estat subratllat, destacadament, per la Declaració conjunta sobre llibertat d'expressió i internet (aprovada l'1 de juny de 2011 pel Relator especial de Nacions Unides sobre Llibertat d'Opinió i d'Expressió i els equivalents als àmbits de la OSCE, la OEA i la CADHP, i reafirmada per la Declaració conjunta del Vigèsim Aniversari: Desafiaments per la llibertat d'expressió en la propera dècada, de 10 de juliol de 2019), que adverteix de l'estreta relació entre internet i la llibertat d'expressió, i que disposa (apartat 6) que:

- a. *Los Estados tienen la obligación de promover el acceso universal a Internet para garantizar el disfrute efectivo del derecho a la libertad de expresión. El acceso a Internet también es necesario para asegurar el respeto de otros derechos, como el derecho a la educación, la atención de la salud y el trabajo, el derecho de reunión y asociación, y el derecho a elecciones libres.*
- b. *La interrupción del acceso a Internet, o a parte de este, aplicada a poblaciones enteras o a determinados segmentos del público (cancelación de Internet) no puede estar justificada en ningún caso, ni siquiera por razones de orden público o seguridad nacional. Lo mismo se aplica a las medidas de reducción de la velocidad de navegación de Internet o de partes de este.*
- c. *La negación del derecho de acceso a Internet, a modo de sanción, constituye una medida extrema que solo podría estar justificada cuando no existan otras medidas menos restrictivas y siempre que haya sido ordenada por la justicia, teniendo en cuenta su impacto para el ejercicio de los derechos humanos.*

Per tant, malgrat no constituir l'objecte directe del nou marc jurídic de les comunicacions electròniques, les noves facultats d'intervenció governamental

previstes en relació a les xarxes i els serveis, que permeten la circulació de comunicacions, d'informacions i de tot tipus de documents i dades de les persones, tenen una clara capacitat d'ingerència en els drets fonamentals.

En efecte, la nova facultat d' "intervenció", en el sentit tan ampli i indeterminat amb el que està prevista, pot afectar, de manera principal, les llibertats d'expressió i d'informació (art. 20.1.a i art. 20.1.d CE), equivalents a la llibertat d'expressió i comunicació del CEDH (art. 10) i a la llibertat d'expressió i d'informació de la Carta de Drets Fonamentals de la UE (CDFUE, art. 11). Igualment, presenta un potencial amenaçador del dret a la intimitat personal i familiar (art. 18.1 CE, art. 8 CEDH i art. 7 CDFUE), el secret de les comunicacions (art. 18.3 CE, art. 8 CEDH i art. 7 CDFUE) i la protecció de les dades personals (art. 18.4 CE i art. 8 CDFUE).

D'altra banda, la facultat d'ordenar el cessament cautelaríssim d'una activitat infractora en matèria de telecomunicacions, abans d'iniciar el procediment sancionador i sense audiència prèvia, pot lesionar, de manera especial, les llibertats d'expressió i d'informació, reconegudes a la CE, CEDH i CFDUE, afectant de manera específica alguna de les garanties concretes que estableix la CE al respecte, com és la prohibició de segrest administratiu de publicacions i altres medis d'informació, que requereix en tot cas una resolució judicial (art. 20.5 CE).

A continuació s'examina aquesta possible afectació als drets per part d'aquestes mesures extraordinàries previstes en el RD-Llei 14/2019, partint de la doctrina general establerta pel TEDH i pel TC relativa a les possibilitats de limitació legítima dels drets fonamentals.

#### 4.2.2 La possible limitació de drets: criteris per valorar la legitimitat de les ingerències i/o limitacions

És avui un lloc comú afirmar que els drets, tant a la CE com al CEDH, no són absoluts sinó limitats. No pot ser d'altra manera, i així ho estableixen de manera explícita les declaracions de drets. La qüestió rau en determinar la legitimitat de les limitacions a les que poden ser sotmesos. En aquest sentit, avui existeix també una doctrina jurisprudencial consolidada per valorar aquesta legitimitat, que, encara que en la seva aplicació als casos concrets no sigui sempre fàcil i pugui suscitar dubtes i controvèrsies, estableix uns criteris generals ben assentats.

El CEDH conté clàusules de limitació en alguns dels drets de llibertat que reconeix (dret al respecte a la vida privada i familiar, art. 8; llibertat de pensament, de consciència i de religió, art. 9; llibertat d'expressió, art. 10; llibertat de reunió i d'associació, art. 11), que responen a una estructura idèntica. A tall d'exemple, serveix l'art. 10.2, relatiu a la llibertat d'expressió, que disposa:

*L'exercici d'aquestes llibertats, que comporten deures i responsabilitats, podrà ser sotmès a certes formalitats, condicions, restriccions o sancions previstes per la llei, que constitueixin mesures necessàries, en una societat democràtica, per*

*la seguretat nacional, la integritat territorial o la seguretat pública, la defensa de l'ordre i la prevenció del delictes, la protecció de la salut o de la moral, la protecció de la reputació o dels drets aliens, per impedir la divulgació d'informacions confidencials o per garantir l'autoritat i la imparcialitat del poder judicial”.*

A partir d'aquestes disposicions, el **TEDH** ha establert una doctrina general aplicable per valorar la legitimitat de les limitacions d'aquests drets (SSTEDH Handyside, de 7 de desembre de 1976; Klass, de 6 de setembre de 1978; Sunday Times, de 26 d'abril de 1979; Silver, de 15 de març de 1983; Malone, de 2 d'agost de 1984, entre moltes d'altres), que, en síntesi, integra tres elements :

- que la limitació estigui prevista en una llei
- que estigui justificada en una finalitat legítima (prevista en el CEDH)
- que sigui necessària en una societat democràtica

#### a) La previsió per llei

Les ingerències i/o les limitacions dels drets han d'estar previstos en una llei. Aquesta condició té una doble vessant: d'una banda, exigeix que la mesura estigui contemplada en una norma de rang suficient, cosa que es determinarà segons l'ordenament de cada Estat (a Espanya, la reserva de llei ex art. 53.1 CE exigeix llei ordinària, que pot ser, en relació a determinats drets i llibertats –Secció I del Capítol II del Títol I—lleí orgànica, en virtut de l'art. 81.1 CE); i d'una altra, exigeix que aquesta norma tingui una determinada qualitat: que sigui pública, accessible i previsible. Els requisits de publicitat i accessibilitat són fàcilment assolibles quan es tracta d'una llei en sentit formal, ja que la seva publicació oficial en constitueix un element definitori essencial. Els problemes s'acostumen a plantejar en relació a la previsibilitat de la llei, que suposa que els ciutadans han de poder preveure les conseqüències de la seva aplicació i els efectes que pot tenir en relació a les seves conductes, com a condició per a poder-les ajustar adequadament a la llei. Això implica que la llei ha de tenir un grau de claredat i de precisió suficients per fer previsible les conseqüències de la seva aplicació. En cas contrari, si manca aquesta previsibilitat, la llei serà arbitrària, o permetrà una aplicació arbitrària. En tot cas, mancarà el primer requisit essencial per considerar legítima una determinada limitació o ingerència en un dret.

#### b) la justificació en una finalitat legítima

La mesura que suposa una limitació o una ingerència en un dret s'ha de poder justificar perquè persegueixi una finalitat legítima. Les finalitats que legítimament es poden perseguir, amb aquest efecte limitador de drets, estan expressament indicades en les disposicions del CEDH que reconeixen els diversos drets, de manera que formen una llista taxada, com ha dit el propi TEDH. Així, els Estats no poden al·legar altres finalitats que les que preveu expressament el propi CEDH. Això no obstant, les finalitats



previstes tenen un caràcter molt general i presenten un grau d'amplitud i fins i tot d'indeterminació molt elevat, que fa difícil exercir un control estricte sobre aquest element, i més encara –des de la perspectiva del control del TEDH– quan el propi TEDH ha reconegut un ampli marge d'apreciació als Estats. En tot cas, però, la finalitat al·legada per restringir un dret o una llibertat s'ha de poder reconduir raonablement a alguna de les finalitats habilitants establertes explícitament en el propi CEDH.

c) Mesura necessària en una societat democràtica: necessitat i proporcionalitat

El TEDH entén que la clàusula “necessari en una societat democràtica” comprèn dos elements diversos: (i) d'una banda, una “necessitat social imperiosa” que serveixi per justificar la ingerència en el dret; (ii) d'una altra, la “proporcionalitat” d'aquesta mateixa ingerència. La “necessitat imperiosa”, en primer lloc, es definida pel TEDH més aviat de manera negativa: no cal que sigui indispensable, per un costat, però per l'altre tampoc ha de ser simplement útil, desitjable o admissible. Hi ha d'haver una “necessitat imperiosa”, que s'ha de qualificar com a tal en funció de les circumstàncies concretes i de la naturalesa del dret afectat, atenent els interessos que s'han de protegir. En aquesta valoració hi juga un paper molt rellevant, altra vegada, el marge d'apreciació nacional dels Estats, a través dels seus diversos òrgans, que, diu el TEDH, estan en millors condicions d'apreciar la necessitat de la limitació en una realitat que coneixen millor. Però aquesta “necessitat imperiosa” ha de ser apreciada en el marc d'una “societat democràtica”, de manera que no tota situació que comprometi o afecti alguns dels béns protegits que es constitueixen en finalitats que poden habilitar la restricció de drets pot legitimar mesures limitatives, sinó només si la necessitat de fer-ho es pot considerar compatible o harmònica en el marc d'una societat democràtica, que és el context necessari en el que s'ha de valorar aquesta necessitat imperiosa. Això comporta que s'hagi de tenir en compte necessàriament aquest marc –que significa essencialment garantia per l'exercici dels drets i divisió de poders– per valorar si es dona o no la situació de necessitat imperiosa per protegir alguna de les finalitats que habiliten la restricció dels drets.

En segon lloc, la “proporcionalitat” de la mesura que limita o suposa una ingerència en un dret, es valora a partir de la gravetat i la intensitat que provoca la ingerència o la limitació, en relació a la finalitat legítima que es pretén i la necessitat imperiosa que la justifica. El criteri general, naturalment, ha de ser que el dany ha de ser el menor possible i, en tot cas, que ha de ser compensat pels beneficis que s'obtinguin de la limitació o la ingerència.

Es tracta de criteris que, formulats en termes generals, com es fa aquí, semblen excessivament abstractes, genèrics i indeterminats, però que, malgrat les seves dificultats, la seva aplicació concreta ha permès un control del TEDH que ha conduït a nombroses condemnes als Estats per vulneració dels drets del CEDH, per entendre il·legítimes les mesures adoptades de limitació o d'ingerència en els drets i llibertats reconeguts.

El **Tribunal Constitucional** per la seva banda, ha establert un cànon d'interpretació de la legitimitat de les limitacions de drets i llibertats, basat en el principi de proporcionalitat, molt similar al del TEDH, com no podria ser d'altra manera, atès l'art. 10.2 CE, que obliga a interpretar els drets fonamentals de conformitat amb els convenis i tractats internacionals ratificats per Espanya, entre els quals, de manera destacada, figura el CEDH. A aquesta obligació genèrica s'hi afegeix una raó pràctica: en la mesura que els ciutadans poden acudir directament al TEDH quan considerin que no se'ls ha respectat un dret reconegut en el CEDH, el TC ha d'acomodar la interpretació dels drets constitucionals que coincideixen amb els drets del CEDH –que són la major part—amb la interpretació que d'aquests darrers realitza el TEDH, si no vol veure constantment corregides les seves pròpies decisions.

Així, la jurisprudència del TC, a través d'una llarga sèrie de sentències (ja des de la STC 26/1981, i després, entre moltes d'altres, les SSTC 136/1999, de 20 de juliol, 60/2010, de 7 d'octubre, 53/2014, de 10 d'abril, 35/2016, de 3 de març, 173/2011, de 7 de novembre), i encara que amb molts matisos segons els casos, ha considerat els mateixos elements bàsics per valorar la legitimitat de les limitacions dels drets fonamentals i les llibertats públiques: (i) la necessitat de justificar la mesura restrictiva en una finalitat legítima (entenen per tal les emparades constitucionalment); (ii) la idoneïtat de la mesura respecte de la finalitat legítima a perseguir; (iii) la seva necessitat, en el sentit d'excloure altres mesures menys restrictives o lesives per aconseguir la mateixa finalitat; i (iv) la proporcionalitat, en sentit estricte, dels efectes causats –del dany o la lesió del dret—respecte de la finalitat aconseguida, en termes de balanç entre el sacrifici del dret i els beneficis que reporta la mesura. A més, també com el TEDH i com no podia ser d'altra manera a la vista de la reserva de llei existent a la CE en matèria de drets (art. 53.1 i 81.1 CE), el TC controla que la mesura tingui una suficient previsió o cobertura legal (per totes. SSTC 49/1999, de 5 d'abril, 217/2015, de 22 d'octubre i 84/2018, de 13 de juliol).

D'altra banda, s'ha de considerar que alguns drets afectats pel RD-L 14/2019 disposen de **garanties constitucionals específiques**. Així, tenen especial importància per l'objecte d'aquest informe les previsions constitucionals en relació a les llibertats d'expressió i d'informació, respecte de les quals la CE disposa que “l'exercici d'aquests drets no pot restringir-se mitjançant cap tipus de censura prèvia” (art. 20.2 CE), i que “només podrà acordar-se el segrest de publicacions, gravacions i altres mitjans d'informació en virtut de resolució judicial” (art. 20.5 CE); i també la garantia específica que l'art. 18.3 CE conté en relació al secret de les comunicacions, per la el secret només es pot aixecar per “resolució judicial”. Aquestes garanties específiques s'han de tenir en compte a l'hora de valorar la legitimitat de les mesures contingudes en el RD-L 14/2019 que afecten aquests drets.

#### 4.2.3 Valoració de la legitimitat de les mesures adoptades

D'acord amb els criteris anteriors, a continuació es realitza la valoració de l'afectació dels drets per part de les mesures previstes en el RD-Llei 14/2019 que poden afectar-

los, i que són, com s'ha examinat en l'apartat, les facultats d'intervenció del Govern de les xarxes i els serveis de comunicació electrònica, incloent els recursos associats, d'una banda, i d'ordenar el cessament de l'activitat amb caràcter cautelaríssim, d'una altra. Aquesta valoració es farà, en primer lloc, respecte dels criteris generals que deriven de la doctrina del TEDH i del TC (previsió per llei i proporcionalitat) i, en segon lloc, respecte de les garanties específiques que s'estableixen respecte dels drets afectats.

#### *Previsió per llei*

La facultat del Govern per intervenir les xarxes i els serveis de comunicació electrònica, així com els recursos associats, atès el caràcter obert i general amb el que es preveu al RD-L 14/2019, no compleix amb els requisits de previsió legal que exigeixen tant el TEDH com el TC, especialment en referència a la seva previsibilitat.

Com ja s'ha vist, aquesta facultat d'intervenció, que s'amplia notablement respecte de la legislació anterior, no es concreta ni es limita en el seu contingut (pe, excloent alguns dels sentits que es pot donar a aquesta expressió); es presenta amb caràcter general –no circumscrita a les relacions contractuals o concessionàries amb què es feia en la legislació anterior--; i es projecta de manera omnicomprensiva sobre el conjunt de xarxes i serveis de comunicació electrònica, inclosos els seus recursos associats, amb un potencial d'afectació evident sobre els continguts que es transmeten i circulen per aquestes plataformes. En efecte, fins i tot en el cas que s'entengués (cosa que no es desprèn del propi RD-Llei 14/2019) que no habilita per una intervenció directa sobre els continguts de les comunicacions electròniques, és clar l'impacte que la intervenció-en sentit de control- de les xarxes i els serveis de comunicació electrònica i dels seus recursos associats té sobre els continguts, en forma de comunicacions, informacions i dades, com s'ha vist.

Aquesta generalitat i indeterminació fa que no sigui possible predir, amb el grau de seguretat mínima desitjable, ni l'aplicació d'aquest poder ni les seves conseqüències o efectes concrets.

Aquesta imprevisibilitat s'accentua encara més per dos factors fonamentals que determinen l'exercici d'aquest poder, i que han estat també examinats:

- la gran indeterminació i obertura que presenten també els motius previstos pel RD-Llei 14/2019 per justificar la seva aplicació (l'ordre públic, la seguretat pública i la seguretat nacional), indeterminació que s'incrementa encara més pel fet que es demana simplement que aquests béns jurídics siguin "afectats" , i no pas amenaçats o posats en risc de manera clara i greu, i
- l'absència de previsió específica de límits (pe., temporals), garanties (pe., procedimentals o d'autorització judicial) i controls (pe., control judicial específic). Certament, la intervenció està prevista com una facultat excepcional i transitòria, i a més, com tota actuació executiva, està sotmesa al règim general de control. Però aquesta qualificació com poder excepcional i transitori no es tradueix en límits,

garanties i controls específics adequats, que la cenneixin de manera efectiva i evitin que quedi en una simple qualificació formal.

Un poder obert i indeterminat d'intervenció, sobre el conjunt de les xarxes i els serveis de comunicació electrònica, per motius genèrics que es defineixen com conceptes jurídics indeterminats que ofereixen al Govern una molt elevada capacitat d'apreciació discrecional, i sense previsió de límits ni controls específics es converteix en una clàusula d'ingerència general, oberta i imprevisible que col·loca els ciutadans en una situació d'inseguretat i sense protecció contra la possible arbitrietat del Govern.

Per tots aquests motius, arribant a la mateixa conclusió del Dictamen del Consell Consultiu de la Generalitat 6/2019, de 30 de desembre (p. 98 i seg.), la facultat d'intervenció que preveu el RD-L 14/2019 manca de la previsibilitat necessària que exigeix la doctrina del TEDH i del TC.

Igualment, la facultat del Govern per ordenar el cessament d'una activitat infractora en matèria de telecomunicacions, abans d'iniciar el procediment sancionador i sense audiència prèvia, en cas d'amenaça immediata i greu per l'ordre públic, la seguretat pública, la seguretat nacional o la salut pública (nova redacció de l'art. 81.1 LGT), i malgrat que en aquest cas s'exigeix una "amença immediata i greu" i no basta amb la mera "afectació" a aquests béns jurídics, permet igualment un marge amplíssim de discrecionalitat del Govern, que pot resultar contradictori amb l'exigència de previsibilitat de la llei. I més encara tractant-se d'una intervenció que afecta directament drets i llibertats fonamentals com la llibertat d'expressió i d'informació, i que, per aquest motiu, requeriria d'un control més estricte.

Juntament amb aquest alt grau d'imprevisibilitat que es desprèn de la nova regulació d'aquesta mesura cautelarríssima s'ha de considerar també, com es farà després, la seva afectació a altres garanties específiques de les llibertats d'expressió i d'informació, com la prohibició de censura prèvia i la interdicció del segrest administratiu de les comunicacions.

### *Proporcionalitat*

Les mesures restrictives de drets, com s'ha vist, han de resultar idònies, necessàries i proporcionals a les finalitats legítimes que persegueixen.

Sobre la legitimitat de les finalitats perseguides per la facultat d'intervenció i de l'ordre cautelarríssim de tancament previstes en el RD-L 14/2019, cal dir només que aquestes troben empara en les disposicions corresponents del CEDH, que contemplen explícitament seguretat pública, la seguretat nacional i la defensa de l'ordre (art. 8.2 i 10.2 CEDH). Per tant, són finalitats que legítimament pot perseguir el poder públic i que poden emparar restriccions de drets. Tampoc hi ha dubte que aquestes mesures són idònies per aconseguir aquestes finalitats, en el sentit que són funcionalment adequades a aquestes finalitats, des d'una perspectiva racional abstracta.

Molt més problemàtic resulta en canvi la valoració de la seva necessitat. La necessitat d'aquestes mesures s'ha de valorar, com exigeix el CEDH i ha interpretat el TEDH, com s'ha vist, no amb caràcter general, sinó en el sí d'una societat democràtica. Això implica que la *necessitat imperiosa* d'actuar s'ha de considerar en el marc i des dels valors que informen una societat democràtica, que es caracteritza, i es diferencia d'altres, per estar fonamentada en els drets i llibertats de les persones i en la divisió i limitació de poders. Així, resulta clar que les necessitats imperioses de protegir l'ordre públic, per exemple, no són les mateixes en el sí d'una societat democràtica que en una dictadura. Els drets i llibertats fonamenten la convivència, formen part estructural de l'ordenament jurídic i són ordre públic d'aquesta societat. Per això, la limitació de drets, i especialment aquells que són estructuralment necessaris per la societat democràtica –com la llibertat d'expressió i d'informació, com han reconegut abastament el TEDH i el TC espanyol, atès el seu caràcter essencial per la formació d'una opinió pública lliure, que és a la seva vegada condició indispensable de la participació política--, ha de ser especialment restrictiva, i les concretes ingerències dels poders públics, objecte d'una interpretació estricta i restrictiva.

En aquest cas, la facultat d' "intervenció" que es preveu en el RD-Llei 14/2019, en qualsevol dels dos sentits en què es pot entendre, ja indicats (com control i com accés no consentit als continguts) suposa una limitació molt severa i greu a les llibertats d'expressió i d'informació, a banda d'afectar també el dret a la intimitat i a la protecció de les dades personals :

- si s'entén en el sentit de control per part del Govern, es produeix una afectació general de la plataforma física i dels serveis que permeten la transmissió de opinions, informacions i dades; per tant, un control de l'accés i la transmissió dels continguts que circulen per les xarxes de comunicacions electròniques. La Declaració conjunta sobre llibertat d'expressió i internet, aprovada l'1 de juny de 2011 en el marc de la ONU, ja vista, encara que no tingui valor normatiu, resulta molt expressiva de l'impacte i la gravetat que té no sols per la llibertat d'expressió i informació, sinó per un ampli ventall de drets, la intervenció dels Estats sobre les xarxes i els serveis de comunicació electrònica.

- Si s'entén, a més, en el sentit que habilita també l'accés als continguts que circulen per les xarxes, suposa llavors també una clara invasió de la privacitat, que lesiona garanties constitucionals específiques relatives al secret de les comunicacions, a banda de l'impacte que pugui tenir també, segons el contingut concret de la intervenció, en els drets a la lliure expressió i a la llibertat d'informació.

Per la seva banda, el tancament governatiu ordenat com a mesura cautelarríssima, en els termes previstos en el RD-Llei 14/2019, suposa una ingerència directa, sense intervenció judicial, en el mitjà o la plataforma de transmissió, i, per tant, de manera indirecta però molt clara i contundent, en els propis continguts.

En una societat democràtica, la protecció de la seguretat pública, la seguretat nacional o l'ordre públic no pot fer-se a través del control dels mitjans de comunicació o el seu equivalent en l'era digital: les plataformes –xarxes i serveis– per on circulen les idees,

les opinions i la informació. No pot pretendre's aquestes finalitats, legítimes, fent abstracció dels drets i llibertats fonamentals, i menys encara dels que resulten estructuralment necessaris precisament per configurar aquesta societat com a democràtica. La pròpia valoració de la *necessitat imperiosa* que legitima l'acció dels poders públics ha de ser compatible i s'ha d'harmonitzar amb els valors que representen aquests drets i llibertats, i, per tant, les ingerències que es puguin produir han de ser escrutades amb molt rigor i d'una manera clarament restrictiva.

Aquests criteris contrasten vivament amb el caràcter obert, indeterminat i genèric, sense límits ni garanties, de la "intervenció" del Govern, per la mera afectació de la seguretat pública, la seguretat nacional o l'ordre públic, prevista al RD-Llei 14/2019. I també amb l'ordre cautelariíssim de cessament d'activitat que igualment s'hi preveu, que, a més desconeix garanties bàsiques específiques dels drets afectats, com es veurà seguidament.

Finalment, en relació al tercer element de la valoració de la proporcionalitat (la relació entre el dany o el sacrifici del dret i el benefici de la ingerència per la finalitat perseguida) no es pot fer cap pronunciament concret, perquè aquesta ponderació dany-benefici s'haurà de realitzar en cada cas concret, i el balanç final –per determinar si el dany és excessiu o no– resultarà de la gravetat del dany causat i de la gravetat de la situació a la que es volia fer front. Amb caràcter general, però, s'ha de notar que, atesa la indeterminació, la generalitat i la imprecisió amb la que es regula la facultat d'intervenció (quins poders conté i quins efectes genera i en quins casos es poden aplicar) i, de manera aquí especial, la laxitud amb la que s'habilita el seu exercici (*afectació* de la seguretat), el potencial de causar un dany greu i desproporcionat és notori. La manca de garanties i controls accentua encara més aquest potencial d'ingerència excessiva.

### *Prohibició de censura prèvia*

Encara que, com s'ha dit repetidament, les modificacions introduïdes pel RD-L 14/2019 no es projecten directament sobre els continguts que es transmeten per les xarxes a través dels serveis corresponents de comunicació audiovisual, sí que poden afectar-los, atesa l'estreta connexió que existeix entre mitjà i continguts, com també s'ha vist. Per aquest motiu és procedent valorar també les noves facultats que el RD-L 14/2019 concedeix al Govern des del punt de vista de la prohibició constitucional de la censura prèvia (art. 20.2 CE).

Aquesta disposició constitucional estableix, en efecte, que "l'exercici d'aquests drets – es refereix als drets de l'apartat 1 del mateix art. 20, entre els que figuren la llibertat d'expressió i la llibertat d'informació—no es pot restringir mitjançant cap tipus de censura prèvia". És una prohibició taxativa i contundent, que no admet excepcions. El TC ha considerat al respecte que el sistema establert per la CE per evitar extralimitacions de les llibertats d'expressió i d'informació respon a un model reactiu i no pas preventiu, de manera que els poders públics, per protegir els béns jurídics dignes de protecció (drets, valors –com el pluralisme—i altres béns) enfront

d'extralimitacions de les llibertats d'expressió i d'informació només podran actuar *ex post*, i no *ex ante* (STC 86/2017, de 4 de juliol). No s'exclou una possible limitació o ingerència en aquests drets –en pro d'una finalitat legítima, per llei i seguint criteris de proporcionalitat, com s'ha vist–, però aquesta ingerència no pot tenir caràcter preventiu. A més, el TC ressalta que aquesta interdicció no sols afecta a les mesures dels poders públics que impedeixin o prohibeixin obertament la difusió de certa opinió o informació, sinó també “cualquier otra que simplemente restrinja o pueda tener un indeseable efecto disuasorio sobre el ejercicio de tales libertades (SSTC 52/1983, FJ 5, y 190/1996, FJ 3), “aun cuando la ley, única norma para establecerlas, pretendiera justificar su existencia en la protección de aquellos derechos, bienes y valores que también conforme al art. 20.4 CE constitucionalmente se configuran como límites a las libertades de expresión e información en nuestro orden constitucional” (STC 86/2017, FJ 4). I això per l'especial transcendència d'aquestes llibertats en una societat democràtica, de la que constitueixen pilars fonamentals, com ja s'ha dit.

En aquest sentit, cal posar en relleu el potencial efecte restrictiu *ex ante* que tenen tant la facultat d'intervenció del Govern sobre les xarxes i els serveis de comunicació electrònica i els seus recursos associats, com la d'ordenar el cessament cautelàrrissim de les activitats, pels motius, tan genèrics i indeterminats, com els que habilita el RD-L 14/2019. I això, en el cas de la intervenció del Govern, en qualsevol dels dos sentits en què es pot entendre aquesta facultat, com s'ha vist: tant si s'entén en sentit de control com en sentit de permetre un accés no consentit als continguts. La “intervenció” dels mitjans tècnics, d'infraestructura i de serveis, pel fet que puguin simplement “afectar” conceptes tan genèrics i indeterminats com la seguretat pública, la seguretat nacional o l'ordre públic, té sens dubte un efecte directe i preventiu sobre els continguts: es més, aquest efecte –limitar-los, eliminar-los o controlar-los d'alguna forma—és el resultat volgut i esperable d'aquesta intervenció, ja que d'una altra manera –si no influís en els continguts que es difonen—no tindria sentit (en aquest altre cas, es tractaria d'una intervenció per altres motius, com la que estava prevista en l'anterior LGT, en l'àmbit de les relacions contractuals i per garantir les obligacions de servei públic). Per tant, la facultat genèrica i indeterminada d'intervenció del Govern sobre les xarxes i els serveis de comunicació electrònica, i els seus recursos associats, prevista en el RD-L 14/2019, té un efecte potencial d'afectar *ex ante* els continguts que es pretenen difondre, que resulta contrari a la prohibició de censura prèvia que estableix l'art. 20.2 CE, en la interpretació que n'ha fet el TC.

A la mateixa conclusió cal arribar en relació a la mesura cautelàrrissima d'ordenar el cessament d'una activitat infractora, per motius altra vegada de seguretat pública, seguretat nacional o ordre públic. L'ordre de cessament, ordenada pel Govern a més sense audiència de l'interessat i abans d'obrir el procediment sancionador, pot afectar també (en funció de l'activitat que s'ordeni que cessi i la infracció atribuïda) la difusió de continguts futurs, i suposar així un control *ex ante* d'opinions o d'informacions, que tindria igualment la consideració de censura prèvia. El fet, a més, que es refereixi a qualsevol tipus d'infracció (sense distingir en funció de la gravetat), que s'ordeni sense audiència prèvia de l'interessat i que no es prevegi un control específicament adequat, fa que el potencial d'afectació arbitrària a les llibertats d'expressió i d'informació sigui encara més gran.

### *Interdicció del segrest executiu de publicacions*

La facultat d' "intervenció" del Govern establerta al RD-L 14/2019, atesa la seva generalitat i indeterminació, podria donar lloc, al menys potencialment, a una retirada de continguts que circulen per la xarxa. De fet, i com ja s'ha dit en l'apartat anterior, el control dels continguts –en la mesura que puguin afectar la seguretat pública, l'ordre públic o la seguretat nacional, constitueix la raó de ser de la intervenció, i una possible "intervenció" de les xarxes o dels serveis, o dels seus recursos associats, pot tenir com a conseqüència una retirada de continguts (idees i opinions, informacions i altres). Això fa que aquesta possibilitat, plantejada una vegada més a rel dels termes absolutament oberts i indefinits amb que es configura la facultat d' "intervenció" prevista al RD-L 14/2019, s'hagi de confrontar també amb la interdicció del segrest de les comunicacions que estableix l'art. 20.5 CE.

En efecte, aquesta disposició constitucional estableix que "només es podrà acordar el segrest de publicacions, gravacions i altres medis d'informació en virtut de resolució judicial". Sobre aquesta disposició, el TC ha entès, pel que aquí interessa, que

- S'aplica a qualsevol medi que sigui el suport material de les publicacions o gravacions, que sigui capaç de difondre, directament o bé incorporant-les a un suport a la seva vegada susceptible de difusió (STC 144/1987, de 23 de setembre), la qual cosa inclouria també els suports electrònics
- Prohibeix qualsevol possibilitat constitucional de segrest administratiu (STC 187/1999, de 25 d'octubre).

La única actuació en aquest sentit (que implica en certa manera un control previ, perquè suposa posar a disposició d'un tribunal el suport material que conté opinions, informacions o altres continguts o imatges, encara que no es pugui considerar com censura prèvia) la poden adoptar els tribunals, a partir d'una previsió legal específica (no genèrica, diu expressament el TC), motivada i en el marc d'un procediment concret. A més, la llei que l'autoritzi no és lliure de fer-ho en els termes que vulgui, sinó que està sotmesa a les condicions que legitimen una ingerència en els drets fonamentals (en aquest cas, urgència –en tractar-se d'una mesura cautelar– en la necessitat de protegir un bé jurídic legítim, garanties procedimentals –aquí: en el marc d'un procediment judicial concret, mitjançant resolució motivada–, y de manera proporcional –idoneïtat, necessitat i proporcionalitat estricta–) (STC 187/1999).

Aquesta configuració constitucional del segrest de les publicacions fa que resulti de tot punt incompatible l'atribució al Govern d'una facultat que pugui comportar, encara que sigui indirectament, la retirada o l'exclusió de la circulació d'idees, opinions, informacions o altres missatges inclosos en una publicació, gravació o qualsevol altre medi d'informació.



### *Necessitat de resolució judicial per intervenir les comunicacions*

L'art. 18.3 CE disposa que “es garanteix el secret de les comunicacions, i en especial, de les postals, telegràfiques i telefòniques, llevat de resolució judicial”, i, desenvolupant aquesta garantia, la LECrim estableix el règim de les intervencions judicials (art. 579-588) . No hi ha dubte que aquesta garantia constitucional s'estén també a les comunicacions electròniques. Així ho disposa expressament la LGT (art. 39), d'acord amb una clara jurisprudència constitucional (SSTC 281/2006, de 9 d'octubre, 170/2013, de 7 d'octubre, entre d'altres). En conseqüència, la LGT estableix una regulació detallada del règim d'intervenció judicial respecte de les comunicacions electròniques, encara que, sobre tot, el que regula la LGT són les obligacions dels operadors davant una ordre judicial d'intervenció . Aquesta regulació (i la LECrim) ha de ser aplicable també, en principi, a la facultat d' “intervenció” del Govern que el RD-Llei 14/2019 addiciona a la LGT.

Però sobre aquesta qüestió, que hauria d'estar ben clara i no presentar problemes, sorgeixen alguns dubtes: en primer lloc, per la qualificació d'aquesta intervenció del Govern com extraordinària, i emparada en motius de seguretat pública, ordre públic i seguretat nacional, que podria conduir a sostenir que estableix un règim especial en la qüestió; en segon lloc, per la pròpia indefinició del contingut de la facultat d'intervenció, en la mesura que no exclou explícitament el seu sentit com accés no consentit als continguts i meta-dades, de manera que també algú podria sostenir que s'hi inclou.

Igualment, es poden presentar alguns dubtes atesa la garantia que disposa l'art. 18.3 CE, que es refereix a les *comunicacions*, i no al secret postal o telefònic, en general. Això ha estat entès pel TC (per totes, STC 281/2006, de 9 d'octubre) en el sentit que només queden emparades per l'art. 18.3 CE els missatges o continguts que consisteixin pròpiament en una comunicació entre dues o més persones, incloent no sols el contingut sinó també les meta-dades d'aquesta comunicació (interlocutors, lloc i altres informacions colaterals). Això, que es aplicable especialment a les comunicacions postals, exclou els enviaments que per la seva naturalesa no continguin una *comunicació* (pe., paquets o enviaments postals que exclouen la correspondència, com els comercials) o que sigui oberts. En aquest sentit, es podria entendre que no estan protegides per aquesta garantia constitucional les comunicacions electròniques que no consisteixin pròpiament en una *comunicació*, quan en aquest cas és obvi que resulta molt difícil distingir apriorísticament entre missatges que sigui una *comunicació* i aquells que no, com succeeix també per exemple en les comunicacions telefòniques.

I finalment, el fet que la regulació de la LGT es refereixi bàsicament a les obligacions dels operadors, per donar compliment a l'ordre judicial d'intervenció, més que a les concretes garanties d'aquesta, que queden en l'àmbit de la LECrim, fa que es puguin plantejar també alguns dubtes sobre l'aplicació de les garanties constitucionals ex art. 18.3 CE en el cas de la “intervenció” del Govern de les xarxes i serveis de comunicació electrònica.

Per tant, es plantegen dubtes raonables de que la “intervenció” no pugui comportar també un accés als continguts, o al menys, a determinats continguts que circulen o es transmeten per la xarxa, lesionant d’aquesta manera la garantia constitucional sobre el secret de les comunicacions ex art. 18.3 CE. I fins i tot si es pot distingir a priori entre comunicacions i altres continguts de la xarxa que no ho són, en raó d’algun criteri objectiu, com ara el del medi o el servei de transmissió, quedaria afectada llavors la llibertat d’expressió i d’informació, en els termes ja vistos.

Aquesta possibilitat, d’ingerència potencial en els continguts, inclosos els comunicatius, reforça la conclusió de que la facultat d’intervenció prevista en el RD-Llei 14/2019 constitueix una ingerència il·legítima en els drets constitucionals, ara específicament, la garantia constitucional de l’autorització judicial pel aixecar el secret de les comunicacions.

## 5. Conclusions

1. El RD-Llei 14/2019, de 31 d’octubre, pel qual s’adopten mesures urgents per raons de seguretat pública en matèria d’administració digital, contractació del sector públic i telecomunicacions, incompleix les condicions constitucionals que habiliten el Govern per dictar decrets-llei, perquè

- no s’explicita la situació d’extraordinària i urgent necessitat que justifiqui la seva adopció, i
- algunes de les seves disposicions, especialment les relatives a les facultats d’intervenció pública de les xarxes i els serveis de comunicació electrònica, afecten elements estructurals i substantius del règim jurídic de la llibertat d’expressió i de la llibertat d’informació, contravenint d’aquesta manera la interdicció d’afectar els drets constitucionals que estableix l’art. 86.1 CE

2. El Govern ha dictat el RD-L 14/2019 sense respectar les limitacions que l’imposa la Llei del Govern pel fet de trobar-se en funcions, i per tant, amb amb extralimitació de les seves facultats.

3. El RD-Llei 14/2019 atribueix algunes facultats al Govern que suposen una modificació substantiva del règim d’intervenció pública en matèria de comunicació electrònica, establert a la Llei general de telecomunicacions, i que afecten determinats drets i llibertats fonamentals. Les més destacades són:

- la facultat del Govern per, amb caràcter excepcional i transitori, assumir la gestió directa o per intervenir xarxes i serveis de comunicacions electròniques, incloent qualsevol infraestructura, recurs associat o element o nivell de la xarxa

o servei, en casos excepcionals que puguin afectar l'ordre públic, la seguretat pública i la seguretat nacional

- la facultat del Govern per ordenar el cessament d'una activitat infractora en matèria de telecomunicacions, abans d'iniciar el procediment sancionador i sense audiència prèvia, en cas d'amenaça immediata i greu per l'ordre públic, la seguretat pública, la seguretat nacional o la salut pública

3.1 En relació a la legislació preexistent, el RD-L 14/2029 introdueix un règim jurídic nou d'intervenció governativa en les comunicacions electròniques, que amplia i intensifica molt notablement les facultats del Govern, especialment mitjançant la introducció d'una nova facultat d'intervenció, que es desvincula de l'àmbit de les relacions contractuals, que té un potencial d'ingerència i control enormement obert i indeterminat, tant pel seu contingut com pels motius que habiliten el seu exercici, i que estén sobre totes les xarxes i serveis de comunicació electrònica i els seus recursos associats, sense límits ni controls específics, malgrat la qualificació d' excepcionals i transitòries d'aquestes facultats.

3.2 La facultat per ordenar, com mesura cautelaríssima, el cessament d'una activitat infractora en matèria de telecomunicacions, abans d'iniciar el procediment sancionador i sense audiència prèvia, en cas d'amenaça immediata i greu per l'ordre públic, la seguretat pública, la seguretat nacional o la salut pública, suposa també un salt qualitatiu en les possibilitats d'intervenció del Govern sobre les xarxes i els serveis de comunicació electrònica, que l'amplia i la intensifica molt notablement.

4. Les noves facultats d'intervenció del Govern no es projecten directament sobre els continguts que es transmeten o circulen per les xarxes o que són objecte dels serveis que s'hi presten, però hi tenen un impacte evident, amb un potencial molt alt d'ingerir-se i limitar drets i llibertats reconeguts a la Constitució espanyola, el Conveni Europeu de Drets Humans i la Carta de Drets Fonamentals de la Unió Europea.

4.1 La nova facultat d' "intervenció", en el sentit tan ampli i indeterminat amb el que està prevista, pot afectar, de manera principal, les llibertats d'expressió i d'informació (art. 20.1.a i art. 20.1.d CE), equivalents a la llibertat d'expressió i comunicació del CEDH (art. 10) i a la llibertat d'expressió i d'informació de la Carta de Drets Fonamentals de la UE (CDFUE, art. 11). Igualment, presenta un potencial amenaçador del dret a la intimitat personal i familiar (art. 18.1 CE, art. 8 CEDH i art. 7 CDFUE), el secret de les comunicacions (art. 18.3 CE, art. 8 CEDH i art. 7 CDFUE) i la protecció de les dades personals (art. 18.4 CE i art. 8 CDFUE).

4.2 La facultat d'ordenar el cessament cautelaríssim d'una activitat infractora en matèria de telecomunicacions pot lesionar, de manera especial, les llibertats d'expressió i d'informació, reconegudes a la CE, CEDH i CDFUE, afectant de manera específica alguna de les garanties concretes que estableix la CE al respecte, com és la prohibició de segrest administratiu de publicacions i altres medis d'informació, que

requereix en tot cas una resolució judicial (art. 20.5 CE) i fins i tot la prohibició de censura prèvia (art. 20.2 CE).

5. La facultat d'intervenció del Govern que preveu el RD-L 14/2019, atès el caràcter obert, genèric i indeterminat amb el que es regula i la seva falta de garanties, manca de la previsibilitat necessària que exigeix la doctrina del TEDH i del TC, com a part de la condició de la previsió per llei de les mesures restrictives de drets.

Igualment, la facultat del Govern per ordenar el cessament d'una activitat infractora en matèria de telecomunicacions, permet també un marge amplíssim de discrecionalitat del Govern, que pot resultar contradictori amb l'exigència de previsibilitat de la llei.

6. Aquestes mesures d'intervenció, a més, no compleixen la condició de ser necessàries en una societat democràtica, com exigeix el CEDH i la doctrina del TEDH. Tampoc es poden considerar proporcionades, d'acord amb la doctrina del TC espanyol.

7. Les noves facultats d'intervenció del Govern, inclosa la d'adoptar mesures cautelariíssimes, presenten un potencial efecte restrictiu *ex ante* de les llibertats d'expressió i d'informació que pot resultar contradictori amb la prohibició de censura prèvia que estableix l'art. 20.2 CE, tal i com l'ha entès el TC.

8. Les noves facultats d'intervenció del Govern, inclosa la d'adoptar mesures cautelariíssimes, en la mesura que podrien donar lloc, al menys potencialment i com efecte de la seva aplicació, a una retirada de continguts que circulen per la xarxa, o la seva exclusió, podrien resultar contradictòries amb la garantia constitucional de que el segrest de les publicacions, gravacions i altres medis d'informació es realitzi només mitjançant autorització judicial.

9. Les noves facultats d'intervenció del Govern, atès el seu caràcter obert i indeterminat i a la manca de límits i controls específics, podrien vulnerar la garantia constitucional de l'autorització judicial pel aixecar el secret de les comunicacions.

Informe jurídic emès a petició del Síndic de Greuges de Catalunya, que sotmeto a qualsevol altre millor fonamentat en Dret,

Barcelona, 30 de novembre de 2019

Enoch Albertí