

Resolución del expediente relativo a la afectación de derechos fundamentales y a la distribución competencial, a partir de algunas normas contenidas en el Real Decreto-ley 14/2019, de 31 de octubre, por el que se adoptan medidas urgentes por razones de seguridad pública en materia de administración digital, contratación del sector público y telecomunicaciones

Antecedentes

El 5 de noviembre de 2019 entró en vigor el Real Decreto-ley 14/2019, de 31 de octubre, por el que se adoptan medidas urgentes por razones de seguridad pública en materia de administración digital, contratación del sector público y telecomunicaciones, aprobado en el último Consejo de Ministros. El 28 de noviembre la Diputación Permanente del Congreso de los Diputados convalidó el Real Decreto-ley 14/2019, de 31 de octubre.

Bajo el paraguas de la Ley de Seguridad Nacional, que también incluye la regulación de la ciberseguridad, la nueva norma reforma la normativa vigente hasta entonces con medidas que pueden afectar a siete ministerios y a legislación muy diversa, entre otros, administración electrónica, contratación pública y telecomunicaciones.

Dentro de las medidas aprobadas se establece la expedición de un medio de identificación concreta, el Documento Nacional de Identidad, con carácter exclusivo y excluyente, como el único documento con suficiente valor por sí solo para la acreditación, con carácter general, de la identidad y los datos personales de su titular.

Igualmente, se determina que no serán admisibles en ningún caso y, por tanto, no podrán ser autorizados, los sistemas de identificación basados en tecnologías de registro distribuido (*blockchain*), en tanto que no sean objeto de regulación específica por el Estado en el marco del derecho de la Unión Europea. Esta prohibición del empleo de la tecnología de registro distribuido es universal, en el sentido en que no solo puede afectar a proyectos en curso, como el IDentiCAT, sino que afecta a cualquier otra iniciativa que se esté desarrollando o estudiando en alguna comunidad autónoma o en alguna administración central del Estado.

Por otra parte, la norma contempla el control del desarrollo de la administración digital por parte del Estado y, a tal fin, se obligará a que todos los servidores de las administraciones públicas tengan que estar localizados en la Unión Europea.

Adicionalmente, la norma da la potestad al Gobierno, con carácter excepcional y transitorio, de acordar la asunción por la Administración General del Estado de la gestión directa o intervención de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas en determinados supuestos excepcionales, como, por ejemplo, que puedan afectar al orden público, la seguridad pública, la seguridad nacional o creen graves perjuicios económicos.

Consideraciones

1. Reflexiones generales sobre el alcance del Real Decreto-ley 14/2019, de 31 de octubre: la necesidad de informar sobre la constitucionalidad (o posible inconstitucionalidad) de algunas de sus previsiones normativas

Una primera lectura del Real Decreto-ley 14/2019, de 31 de octubre, puso de manifiesto cómo, en la práctica, se trata de un paquete de medidas que permite al Gobierno, entre otros, tomar el control de cualquier red de telecomunicaciones y, a la larga, de Internet, sin intervención judicial ni audiencia previa en los supuestos de amenaza inmediata y grave para el orden público, la seguridad nacional, la seguridad pública o la salud pública, y cuando se prevean graves problemas económicos u operativos a otros operadores (que pueden ser agentes privados) o usuarios de servicios de comunicaciones electrónicas.

En este contexto, llama la atención del Síndic que algunas de las disposiciones de esta norma llevan la legislación del Estado hacia un preocupante retorno a la idea de *orden público* como criterio para validar la aplicación de medidas de limitación de derechos fundamentales y la censura de la comunicación y la información.

A este criterio de validación en la nueva norma se añaden otros como son el de la amenaza de la salud pública o el de un grave peligro económico, habilitando, no al Ministerio de Interior, responsable del orden público, sino al Ministerio de Economía para decidir sobre la intervención de los sistemas de comunicación electrónica, incluidas las infraestructuras, sin ningún tipo de control judicial.

Con esta regulación el Estado español va mucho más hacia allá de las regulaciones de las democracias de nuestro entorno, en las que se prevé la posibilidad de imponer medidas que limitan derechos fundamentales en casos de extrema gravedad, casos de excepción, como pueden ser los de seguridad nacional o emergencia de protección de la vida humana.

Por el contrario, la nueva regulación contempla el control del desarrollo de la administración digital por parte del Estado y la garantía de que los sistemas de información o comunicaciones para el registro de datos tengan que estar localizados en la Unión Europea o en territorio del Estado español, en el caso que suponga tratamiento de datos personales especialmente sensibles. Este precepto también supone ir más allá de lo que reclama la normativa europea para los datos personales

sensibles que revelan el origen étnico o racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, la afiliación sindical o parámetros biométricos, entre otros.

A criterio del Síndic, estas facultades, y concretamente aquellas referidas a las reformas normativas en materia de telecomunicaciones que posibilitan la intervención de la comunicación electrónica y de las infraestructuras (lo que puede afectar a la provisión del servicio de Internet pero también a cualquier red de comunicación derivada, de forma generalizada o segmentada, por ejemplo, con carácter territorial) podría suponer que el Gobierno utilizara su poder sobre la infraestructura que soporta las comunicaciones digitales para impedir el acceso a una determinada web o a una plataforma digital o, por ejemplo, limitar el flujo de información o las comunicaciones electrónicas en un determinado territorio, lo que puede suponer una forma de censura mediante la limitación del acceso a Internet y los servicios de telefonía sin ningún tipo de control de la autoridad judicial.

Otro aspecto no menos importante es el referente a las dudas que genera el hecho de que se haya utilizado la figura del decreto-ley para la aprobación de las medidas comentadas. El decreto-ley es una medida que permite al Gobierno aprobar una norma con rango de ley sin control parlamentario previo, por lo que el ordenamiento prevé una serie de requisitos extraordinarios y necesarios que deben cumplirse para habilitarlo, como, por ejemplo, que exista un alto grado de urgencia para aprobar la medida, hecho que, de entrada, no se aprecia en este caso.

Por último, cabe destacar la posible vulneración del orden competencial, derivada, en cuanto a Cataluña, de una eventual injerencia en las competencias estatutarias de la Generalitat en materia de organización de la Administración de la Generalitat (art. 150 EAC), régimen jurídico, procedimiento y contratación de las administraciones públicas catalanas (art. 159 EAC), comunicaciones electrónicas (art. 140.7 EAC) y seguridad pública (art. 164 EAC).

Las reflexiones expuestas suscitaron la apertura de una actuación de oficio para realizar una primera aproximación al contenido del Real Decreto-ley 14/2019, de 31 de octubre. Más adelante, con el objeto de profundizar en la misma, el Síndic acordó encargar un informe sobre la constitucionalidad de las medidas normativas que se contienen a un catedrático de derecho constitucional de la Universidad de Barcelona, Enoch Albertí. El resultado de este encargo es el *Informe sobre la eventual afectación de derechos fundamentales por parte del Real Decreto-ley 14/2019, de 31 de octubre, por el que se adoptan medidas urgentes por razones de seguridad pública en materia de administración digital, contratación del sector público y telecomunicaciones*, que se adjunta, en su versión original, a esta resolución, y en el que se fundamentan las consideraciones y conclusiones siguientes.

2. El Contenido del Real Decreto-ley 14/2019, de 31 de octubre

El Real Decreto-ley 14/2019, de 31 de octubre, por el que se adoptan medidas urgentes por razones de seguridad pública en materia de administración digital, contratación del sector público y telecomunicaciones, establece un marco jurídico nuevo en diferentes ámbitos relacionados con la administración digital, con la finalidad, según se expresa en el propio texto de la norma, de proteger la seguridad pública. Los ámbitos donde se proyectan las medidas adoptadas son esencialmente los siguientes:

a) *Identificación personal*: modificación de la Ley Orgánica 4/2015, de Protección de la Seguridad Ciudadana, para establecer el DNI como documento único y excluyente de identificación personal (art. 1 y 2)

b) *Identificación electrónica y ubicación de bases de datos*: modificación de la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo común de las Administraciones Públicas, y de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público, para establecer los medios de identificación electrónica válidos ante las Administraciones Públicas, y la obligación que los recursos técnicos necesarios para estos medios se ubiquen en el territorio de la Unión Europea o, en determinados casos, de España (art. 3).

En este sentido, tiene especial importancia la facultad de autorización previa que se atribuye al Gobierno (Secretaría General de Administración Digital del Ministerio de Política Territorial y Función Pública, previo informe vinculante de la Secretaría de Estado del Ministerio del Interior) para autorizar los sistemas de identificación y de firma electrónica que las Administraciones consideren válidos, siempre que cuenten con un registro previo de usuario que permita garantizar su identidad. Se entiende (art. 3.1) que esta facultad de autorización previa del Gobierno se aplica a todos los sistemas de identificación diferentes a aquellos basados en certificados electrónicos calificados de firma electrónica y de sello electrónico expedidos por los prestadores incluidos en la lista de confianza de servicios de certificación y sistemas de clave concertada, como los sistemas de clave concertada y cualesquiera otros.

De forma específica, se declara no admisible la relación con las Administraciones Públicas y la firma electrónica a través de tecnologías de registro distribuido (tecnologías DLT (*Distributed Ledger Technology*), que engloban la tecnología *blockchain* como una de sus modalidades), hasta que no sean reguladas por la Unión Europea.

También se establece la obligación de que los servidores de almacenaje de registros de población (censo electoral, padrones municipales y otros) de datos fiscales y de usuarios del sistema público de salud deben estar localizados y presten sus servicios desde el territorio de la Unión Europea.

Y, por último, se establecen límites y obligaciones relativas a la transmisión de datos entre Administraciones Públicas (art. 4.2), entre las que destacan el deber de facilitar el acceso de los datos a las otras Administraciones y la prohibición de tratamiento ulterior de los datos con “finalidades incompatibles con la finalidad para la que se recogieron inicialmente los datos personales”. Cuando este tratamiento ulterior sea compatible, la Administración cesionaria que pretenda realizarlo lo tendrá que comunicar a la Administración que realizó su cesión, para que ésta pueda comprobar su compatibilidad y, en su caso, oponerse a la misma. Si el cedente es la

Administración del Estado, ésta podrá, excepcionalmente, suspender la transmisión de datos de forma cautelar, por razones de seguridad nacional.

c) *Contratación administrativa*: modificación de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, para reforzar la sujeción de los contratistas a la legislación de protección de datos personales, finalidad que pretende conseguir mediante:

- la obligación de introducir en el contenido de los contratos la referencia expresa a la sumisión a la legislación de protección de datos personales del Estado y de la Comunidad Europea (art. 5, ap. uno, y art. 5, ap. seis), así como la finalidad que tenga la cesión de datos que se realice y la ubicación de los servidores, considerándose todas ellas como obligaciones esenciales del contrato (art. 5, ap. cinco), con las consecuencias que se derivan de ello;
- el establecimiento de la nulidad de pleno derecho de aquellos contratos que no contengan determinada información (especialmente la relativa a la ubicación de los servidores, art. 5, ap. dos);
- la prohibición de contratación con las administraciones por parte de aquellos empresarios a los que se hayan resuelto contratos por incumplimiento de las obligaciones que los pliegos de condiciones hayan calificado como esenciales, entre las que ahora se incluyen las relativas a la protección de datos personales establecidas en el propio Real Decreto-ley 14/2019 (art. 5, ap. tres);
- la obligación de que el órgano de contratación, si el contrato requiere cesión de datos al contratista por parte de entidades públicas, tenga que especificar en el expediente la finalidad de la cesión de datos (art. 5, ap. cuatro). Se especifica, además, que los subcontratistas quedan vinculados igualmente por las mismas obligaciones y que el contratista principal asume la responsabilidad total (art. 5, ap. siete).

d) *Seguridad en materia de telecomunicaciones*: modificación de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, con el objetivo 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. Las modificaciones introducidas consisten en lo siguiente:

- Faculta al Gobierno para intervenir, con carácter excepcional y transitorio, redes y servicios de comunicaciones electrónicas en casos excepcionales que puedan afectar al orden público, la seguridad pública y la seguridad nacional, especificando que esta intervención puede afectar a cualquier infraestructura, recurso asociado o elemento o nivel de la red o servicio que resulte necesario para preservar o restaurar el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional. También en caso de incumplimiento de las obligaciones de servicio público que establece el Título III de la Ley General de Telecomunicaciones (relativas, en general, al servicio universal, y otras que el Gobierno pueda imponer por razones de cohesión territorial, de extensión de

las nuevas tecnologías a la educación, la sanidad, la acción social y la cultura, por la necesidad de facilitar la comunicación entre colectivos determinados o por la necesidad de facilitar la disponibilidad de servicios que acrediten el contenido de mensajes, su emisión o recepción) (art. 6, ap. uno). Esta facultad de intervención se añade a la de gestión directa que la versión original de la Ley permitía al Gobierno asumir para garantizar la seguridad pública y la defensa nacional.

- Refuerza el control del Gobierno sobre las redes de comunicación electrónica de las Administraciones, en régimen de autoprestación (total o parcial), mediante la obligación de las administraciones de comunicar al Gobierno cualquier proyecto de instalación o de explotación de estas redes, que quedan sujetos al régimen especial y a las obligaciones que establece la Ley General de Telecomunicaciones (art. 9), cuyo control del cumplimiento corresponde al Gobierno (art. 6, ap. dos).
- Amplía y refuerza la capacidad sancionadora del Gobierno, que, por un lado, se extiende sobre las nuevas obligaciones previstas, especialmente las relativas al acceso a redes e infraestructuras susceptibles de alojar redes públicas de comunicaciones (art. 6, ap. tres, y art. 6, ap. cuatro) y, por el otro, se amplía y se refuerza de forma muy notable (art. 6, ap. cinco). En este contexto el Gobierno queda habilitado para ordenar el cese de una actividad supuestamente infractora, antes de iniciar el procedimiento sancionador y sin audiencia previa, en supuestos de amenaza inmediata y grave para el orden público, la seguridad pública, la seguridad nacional o la salud pública. En la versión previa de la Ley esta facultad excepcional se reservaba a los supuestos en que se producía un perjuicio grave al funcionamiento de los servicios de seguridad pública, protección civil o de emergencias, o cuando podían ponerse en peligro vidas humanas, además de cuando se producían interferencias graves a otros servicios o redes de comunicaciones, supuestos que se mantienen, aunque modificados, como causa de activación de esta facultad extraordinaria de cese cautelar.

e) *Coordinación estatal*: modificación del Real Decreto-ley 12/2018, de 7 de septiembre, de Seguridad de las Redes y Sistemas de Información, para atribuir al Centro Criptológico Nacional (CNN) la coordinación a nivel estatal de la respuesta técnica de los CSIRT (*computer security incidente response teams*). Esta coordinación se añade a la que ya se preveía en el Real Decreto-ley 12/2018, a través de los CSIRT de referencia. Además, se establece que el CNN ejercerá la función de enlace para garantizar la cooperación transfronteriza de los CSIRT de las diferentes Administraciones Públicas con los CSIRT extranjeros en respuesta a los incidentes de seguridad que les corresponda.

3. Cuestiones relativas a su constitucionalidad

Tal y como se ha puesto de manifiesto en el punto 1, a criterio de Síndic, el contenido del Real Decreto-ley 14/2019 plantea varias cuestiones relativas a su constitucionalidad, especialmente en relación con:

- La posible vulneración de derechos fundamentales por diferentes previsiones del Real Decreto-ley 14/2019 relativas, por una parte, a las redes de comunicaciones que afectan directamente a la libertad de expresión y de comunicación y pueden suponer una restricción de estos derechos fundamentales y, por otra parte, a la protección de datos personales y su régimen jurídico. Ello, además de otras posibles afectaciones de derechos a las que también se hará referencia.
- La utilización de la figura de decreto-ley y la posible infracción de sus correspondientes límites (art. 86 CE), tanto en el aspecto formal (la perceptiva justificación en su extraordinaria y urgente necesidad), como en el aspecto material (por la posible afectación de los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I CE).
- La posible vulneración del orden competencial por una eventual injerencia en las competencias estatutarias de la Generalitat en materia de organización de la Administración de la Generalitat (art. 150 EAC), régimen jurídico, procedimiento y contratación de las administraciones públicas catalanas (art. 159 EAC), comunicaciones electrónicas (art. 140.7 EAC) y seguridad pública (art. 164 EAC).

3.1. La posible vulneración de derechos fundamentales

El nuevo marco jurídico de las comunicaciones electrónicas: la gestión directa, la intervención de las redes y servicios de telecomunicaciones y el cese de actividades en materia de telecomunicaciones

Las facultades de asunción de la gestión directa y de intervención que contempla el Real Decreto-ley 14/2019 ya estaban previstas en la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (LGT), pero con un alcance muy diferente. Las novedades que se introducen son de una gran trascendencia, configurando de hecho un régimen jurídico completamente nuevo en esta materia que incrementa de forma muy significativa e intensa la capacidad de control ejecutivo sobre las comunicaciones electrónicas, con un alto impacto potencial sobre diversos derechos y libertades fundamentales.

Así, a la inicial facultad de asumir la gestión directa de redes y servicios y, en ciertos casos, intervenir la prestación de los servicios, se añade ahora la de **intervenir** las redes y los servicios de comunicación electrónica, con carácter general: se elimina la expresión *determinada* que se utilizaba en relación con los servicios y redes susceptibles de asumir la gestión directa, que indicaba una cierta limitación; se elimina también la precisión según la cual la intervención se refería a la “prestación del servicio”, y desaparece la referencia a la legislación de contratación pública, que situaba las facultades extraordinarias de asunción de la gestión directa y de intervención en el ámbito de las relaciones contractuales públicas, y básicamente las de carácter concesional.

En este contexto el Real Decreto-ley ya no define ni concreta en qué consiste esta nueva facultad de intervención de las redes y los servicios, desligada ya de las relaciones contractuales, cuestión que resulta esencial para determinar su naturaleza y alcance, y más aun cuando se ha eliminado la referencia que operaba sobre la prestación del servicio. Tampoco la LGT ni la normativa europea en la materia (en especial, la Directiva (UE) 1972/2018, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, por la que se establece el Código Europeo de Comunicaciones Electrónicas) ofrecen definición alguna de este concepto general, referido a las comunicaciones electrónicas.

La estrecha interconexión entre las redes de telecomunicaciones y los servicios que se prestan, junto con los contenidos correspondientes, y el carácter general, abierto e indeterminado de la facultad de intervenir que se prevé en el Real Decreto-ley sin ningún límite, concreción ni garantía, hacen que no pueda descartarse en absoluto esta segunda dimensión de la intervención ni tampoco que, aunque directamente se proyecte solo sobre la red y los servicios, no acabe afectando también a los contenidos de las comunicaciones y las sus metadatos.

Por tanto, en cualesquiera de los sentidos que pueda conferirse al término *intervenir* (controlar o espiar), la facultad de intervención concedida al Gobierno supone otorgarle un poder nuevo y diferente a la gestión directa y de la intervención de la prestación de los servicios que ya contemplaba la legislación anterior. Un nuevo poder de carácter muy abierto e indeterminado que remite a una posibilidad de control sobre las redes y los servicios de comunicación electrónica que le permite dirigir, limitar y suspender estas redes y servicios, así como acceder y obtener información (con o sin acceso directo a los contenidos), potencialmente incluso sin conocimiento de los titulares y/o interesados.

Se produce, pues, un salto cualitativo en la naturaleza e intensidad de las facultades atribuidas al Gobierno, porque se pasa del ámbito de la contratación pública (concesiones), en el que tiene sentido una facultad de asunción de la gestión directa, e incluso de intervenir –en el sentido de pasar a controlar temporalmente– por motivos de seguridad pública o por incumplimiento de las obligaciones de servicio público vinculadas a las condiciones de la contratación, al del control general (intervención) de las redes y servicios de comunicación electrónica, desvinculado ya

de las relaciones de contratación, y con el alcance objetivo anchísimo que se verá seguidamente.

Así mismo, si nos fijamos en el **objeto** respecto del cual pueden recaer las facultades de asunción de gestión directa y de intervención del Gobierno, es necesario indicar que el Real Decreto-ley lo extiende a “las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas” y a “cualquier infraestructura, recurso asociado o elemento o nivel de la red o del servicio” que resulte necesario para las finalidades que motivaron su ejercicio (orden público, seguridad pública y seguridad nacional, como se verá).

De acuerdo con la legislación vigente (europea y estatal), la expresión *red de comunicaciones electrónicas* hace referencia a los sistemas de transmisión y, en su caso, a otros recursos que permitan el transporte de señales mediante cables; ondas hercianas; medios ópticos u otros medios electromagnéticos, con inclusión de las redes de satélites; redes fijas y móviles; sistemas de línea eléctrica, en la medida en que se utilicen para la transmisión de señales; redes utilizadas para la radiodifusión sonora y televisiva, y redes de televisión por cable, independientemente del tipo de información transportada (anexo II.31 LGT, y Directiva UE 2018/1972, art. 2.1).

En cuanto a los servicios de comunicaciones electrónicas, la normativa los define como aquellos que se prestan en general a cambio de una remuneración, consistentes en el transporte de señales a través de redes de comunicaciones electrónicas, con inclusión de los servicios de telecomunicaciones y servicios de transmisión en las redes utilizadas para la radiodifusión, comprendiendo el servicio de acceso al Instituto Catalán de Energía, servicios de comunicaciones interpersonales (como llamadas, mensajería y chats) y servicios consistentes en el transporte de señales (p.ex. radiodifusión) (LGT anexo II.35 y Directiva 2018/1972, art. 2.4).

A su vez, los recursos asociados a las redes son los servicios, las infraestructuras físicas y otros elementos asociados a una red o a un servicio de comunicaciones electrónicas que permitan o den soporte el suministro de servicios a través de esta red o servicio, o que tengan potencial para hacerlo, incluyendo edificios, entradas de edificios, cableado, antenas, torres y otras construcciones de soporte, conductos, mástiles, bocas de acceso y distribuidores (LGT anexo II.30 y Directiva 2018/1972, art. 2.10); y los recursos asociados a los servicios son aquellos que permiten o dan apoyo al suministro o a la prestación de aquel servicio, o que tengan potencial para hacerlo, incluyendo la traducción de números, sistemas de acceso condicional, guías electrónicas de programas y servicios de identificación, localización y presencia (LGT anexo II.34 y Directiva 2018/1972, art. 2.11).

Así pues, cuando el Real Decreto-ley 14/2019 incluye no solo los servicios sino también las redes de comunicación electrónica bajo la posibilidad de intervención del Gobierno, ampliando de forma expresa el ámbito de actuación gubernamental también a los recursos asociados a las redes y los servicios, se produce una extensión muy notable del ámbito objetivo de las facultades de Gobierno que puede afectar a todas las redes y servicios de comunicaciones electrónicas (con

independencia de su titularidad pública o privada, y de su cualificación o no como de servicio público) y todos los recursos asociados a estas redes y servicios.

Esta notable ampliación se refiere también a las **causas** que pueden motivar el ejercicio de estas facultades por parte del Gobierno (la afectación del orden público, la seguridad pública y la seguridad nacional; y también, como en la situación preexistente, el incumplimiento de las obligaciones de servicio público previstas en el título III de la LGT).

Debe indicarse, además, que las nuevas causas que pueden motivar el ejercicio de las facultades de intervención por parte del Gobierno son conceptos jurídicos indeterminados (orden público, seguridad pública, seguridad nacional), que conllevan en todo caso un margen muy amplio de apreciación discrecional del Gobierno. Adicionalmente, hay que tener presente que el presupuesto habilitante ya no es la necesidad de garantizar ciertos bienes jurídicos (seguridad pública y defensa nacional), sino la mera afectación de estos bienes (que, además, son mucho más amplios: orden público, seguridad pública y seguridad nacional).

Adicionalmente, cabe señalar que si bien es cierto que las facultades de asunción de la gestión y de intervención de las redes y los servicios de comunicación electrónica previstas en el Real Decreto-ley 14/2019 se califican como *excepcionales y transitorias* (como ya pasaba en la legislación preexistente), en la nueva regulación no se establece **ningún límite, garantía ni control** destinado a asegurar este carácter excepcional y transitorio, ni en forma de limitación temporal ni de control procedimental, como cabría esperarse. Solo se mantiene la necesidad de informe previo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, en relación con el supuesto de incumplimiento de las obligaciones de servicio público. En cambio, cuando se trata de actuaciones por motivos de orden público, seguridad pública y seguridad nacional, que son las que presentan un potencial más elevado de injerencia en los derechos fundamentales, no se establece límite ni control específico alguno.

Por último, hay que poner de manifiesto que el Real Decreto-ley 4/2019 atribuye al Gobierno la facultad para ordenar el cese de una actividad supuestamente infractora en materia de telecomunicaciones, antes de iniciar el procedimiento sancionador y sin audiencia previa, en caso de que considere que supone una amenaza inmediata y grave para el orden público, la seguridad pública, la seguridad nacional o la salud pública (nueva redacción del art. 81.1 LGT).

Se habilita, pues, el Gobierno para establecer medidas cautelarísimas a los supuestos de amenaza inmediata y grave por el orden público, la seguridad pública, la seguridad nacional o la salud pública, mientras que, como ya se ha señalado, en la versión original de la LGT esta facultad excepcional se reservaba a los supuestos en que se producía un perjuicio grave al funcionamiento de los servicios de seguridad pública, protección civil o de emergencias, o cuando podían ponerse en peligro vidas humanas, además de cuando se producían interferencias graves a otros servicios o redes de comunicaciones, supuestos todos ellos que se mantienen, aunque

modificados, como causa de activación de esta facultad extraordinaria de cese cautelares.

También en esta materia se da un salto cualitativo en las posibilidades de intervención del Gobierno sobre las redes y los servicios de comunicación electrónica, extendiendo el uso de esta facultad, ya de por sí excepcional y enormemente invasiva de derechos, a los supuestos de amenaza inmediata y grave al orden público, la seguridad pública y la seguridad nacional, además de la salud pública, que ya estaba contemplada en la legislación anterior.

La afectación de los derechos fundamentales por el nuevo marco jurídico

A pesar de que se puede establecer una distinción conceptual entre *redes* y *servicios de comunicación electrónica*, por un lado, y *contenidos de la comunicación*, por el otro, es evidente que en la realidad de la sociedad de la información y de Internet existe una estrecha vinculación entre ambos. Las redes (sometidas íntegramente y sin exclusiones a la LGT) son el vehículo por donde necesariamente circulan los contenidos, también en forma de comunicaciones y de información, e incluso se podría decir que, a día de hoy, son el principal vehículo. Los servicios de comunicación electrónica, a su vez, son los que realizan el transporte de señales y dan acceso a los contenidos. Internet, en efecto –para sintetizarlo todo en este medio básico–, ha sustituido en gran parte los canales tradicionales de los medios de comunicación y de información. Así, la regulación de las redes y de los servicios que permiten su uso –incluidas las posibilidades de intervención gubernamental–, tiene un potencial de afectación y de injerencia en los derechos equivalente o incluso superior al que tenía, y tiene aún, la intervención pública respecto de los medios de comunicación tradicionales.

Este impacto sobre los derechos ha sido subrayado por la Declaración conjunta sobre libertad de expresión e Internet (aprobada el 1 de junio de 2011 por el relator especial de las Naciones Unidas sobre libertad de opinión y de expresión y sus equivalentes en los ámbitos de la OSCE, la OEA y la CADHP, y reafirmada por la Declaración conjunta del vigésimo cumpleaños: Desafíos por la libertad de expresión en la próxima década, de 10 de julio de 2019), que advierte de la estrecha relación entre Internet y el derecho a la libertad de expresión (para profundizar sobre esta conexión, ver el informe anexo).

De acuerdo con esto, a pesar de que las comunicaciones electrónicas aparentemente no constituyen el objeto directo del nuevo marco jurídico al que se ha hecho referencia, las nuevas facultades de intervención gubernamental previstas en relación con las redes y los servicios, que permiten la circulación de comunicaciones, de informaciones y de todo tipo de documentos y datos de las personas, tienen una clara capacidad de injerencia en los derechos fundamentales.

En cuanto a la nueva facultad de intervención, en el sentido tan amplio e indeterminado con el que está prevista, puede afectar, principalmente, a las libertades de expresión y de información (art. 20.1.a y art. 20.1.d CE), equivalentes a la libertad de expresión y comunicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) (art. 10) y a la libertad de expresión y de información de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (CDFUE, art. 11). Igualmente, presenta un potencial amenazador del derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE, art. 8 CEDH y art. 7 CDFUE), el secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE, art. 8 CEDH y art. 7 CDFUE) y la protección de los datos personales (art. 18.4 CE y art. 8 CDFUE).

De hecho, la facultad del Gobierno para intervenir las redes y los servicios de comunicación electrónica, así como los recursos asociados, tal y como regula la norma objeto de estudio, no cumple con los requisitos de previsión legal que exigen tanto el TEDH como el TC como necesaria en casos de afectación de derechos. De hecho, esta facultad de intervención, que se amplía notablemente respecto de la legislación anterior, no se concreta ni se limita en su contenido (por ejemplo, excluyendo algunos de los sentidos que puede darse a esta expresión); se presenta con carácter general (no circunscrita a las relaciones contractuales o concesionarias como se hacía en la legislación anterior), y se proyecta de forma omnicompreensiva sobre el conjunto de redes y servicios de comunicación electrónica, incluidos sus recursos asociados, con un potencial de afectación evidente sobre los contenidos que se transmiten y circulan por estas plataformas. Incluso en el caso de que se quisiera entender que el Real Decreto-ley 14/2019 no habilita una intervención directa sobre los contenidos de las comunicaciones electrónicas, es evidente el impacto que la intervención -en sentido de control- de las redes y los servicios de comunicación electrónica y de sus recursos asociados tiene sobre los contenidos, en forma de comunicaciones, informaciones y datos, como se ha visto.

Esta generalidad e indeterminación hace que no sea posible predecir, con el grado de seguridad jurídica mínima deseable, ni la aplicación de este poder ni sus consecuencias o efectos concretos. Y esta imprevisibilidad se acentúa aún más por la gran indeterminación y abertura que presentan también los motivos previstos por el Real Decreto-ley 14/2019 para justificar su aplicación (el orden público, la seguridad pública y la seguridad nacional), y porque la calificación como poder excepcional y transitorio no se traduce, en la nueva norma, en límites, garantías y controles específicos adecuados, que la ciñan de forma efectiva y eviten que quede en una simple calificación formal.

Nos encontramos, pues, ante un poder abierto e indeterminado de intervención sobre el conjunto de las redes y los servicios de comunicación electrónica, por motivos genéricos que se definen como conceptos jurídicos indeterminados que ofrecen al Gobierno una muy elevada capacidad de apreciación discrecional, y sin previsión de límites ni controles específicos, que se convierte en una cláusula de injerencia general, abierta e imprevisible, que coloca a los ciudadanos en una situación de inseguridad y desprotección contra la posible arbitrariedad del Gobierno.

En cuanto a la **facultad del Gobierno para ordenar el cese cautelárisimo de una actividad supuestamente infractora en materia de telecomunicaciones** antes de iniciar el procedimiento sancionador y sin audiencia previa, cabe decir que lesiona, de forma especial, las libertades de expresión y de información, reconocidas en la CE, el CEDH y la CDFUE, afectando de forma específica algunas de las garantías concretas que establece la CE al respecto, como es la prohibición de secuestro administrativo de publicaciones y otros medios de información, que requieren en todo caso una resolución judicial (art. 20.5 CE).

Así, a pesar de que la norma exige constatar una “amenaza inmediata y grave” y no solo la mera “afectación” de estos bienes jurídicos para poder decretar la medida cautelárisima, también deja abierto un margen anchísimo de discrecionalidad del Gobierno, que puede resultar contradictorio con la exigencia de previsibilidad de la ley. Más aún tratándose de una intervención que afecta directamente a derechos y libertades fundamentales como la libertad de expresión y de información, y que, por este motivo, requeriría de un control más estricto.

Ahora bien, a parte de los elementos expuestos hasta ahora, existen una serie de garantías constitucionales de los derechos y libertades que, a criterio del Síndic, se ven claramente afectadas a partir de la regulación contenida en el Real Decreto-ley 14/2019, como por ejemplo la previsión por ley de la proporcionalidad de las medidas que limitan derechos y libertades, la prohibición de censura previa, la interdicción del secuestro ejecutivo de publicaciones y la necesidad de resolución judicial para intervenir las comunicaciones:

- La proporcionalidad de las medidas restrictivas de derechos contempladas en el Real Decreto-ley 14/2019

La jurisprudencia constitucional ha consolidado que únicamente son admisibles las medidas restrictivas de los derechos y libertades cuando resultan idóneas, necesarias y proporcionales a las finalidades legítimas que persiguen, lo cual presupone que solo se pueden admitir limitaciones de los derechos fundamentales en aquellos casos en que la limitación persigue una finalidad legítima en el seno de una sociedad democrática (para profundizar sobre esta idea, ver el informe anexo).

Sobre la **legitimidad de las finalidades perseguidas** por la facultad de intervención y de la orden cautelárisima de cierre previstas en el Real Decreto-ley 14/2019, cabe decir únicamente que estas encuentran amparo en las disposiciones correspondientes del CEDH, que contemplan explícitamente la seguridad pública, la seguridad nacional y la defensa del orden (art. 8.2 y 10.2 CEDH). Por lo tanto, son finalidades que legítimamente puede perseguir el poder público y que pueden amparar restricciones de derechos. Tampoco hay duda de que estas medidas son idóneas para conseguir dichas finalidades, en el sentido de que son funcionalmente adecuadas a las mismas, desde una perspectiva racional abstracta.

Menos pacífica resulta, sin embargo, la valoración de su necesidad:

Tal y como se ha apuntado antes, la facultad de intervención en los términos previstos en el Real Decreto-ley 14/2019 supone la facultad gubernamental de intervenir sobre las plataformas físicas y los servicios que permiten la transmisión de opiniones, informaciones y datos, y, por lo tanto, habilita también el acceso a los contenidos que circulan por las redes, lo que supone una clara invasión de la privacidad, que puede lesionar garantías constitucionales específicas relativas al secreto de las comunicaciones, a parte del impacto que puede tener también, según el contenido concreto de la intervención, en los derechos a la libertad de expresión y de información. Igualmente, el cierre gubernativo ordenado como medida cautelarísima, en los términos previstos en el Real Decreto-ley 14/2019, supone una injerencia directa, sin intervención judicial, en el medio o la plataforma de transmisión, y, por lo tanto, de forma indirecta pero muy clara y contundente, en los propios contenidos.

También se ha dicho que la **necesidad de las medidas restrictivas de derechos** que se contienen en el Real Decreto-ley **debe valorarse**, como exige el CEDH y ha interpretado el TEDH, no con carácter general, sino en el seno de una sociedad democrática, esto es, **en el marco y desde los valores que informan una sociedad democrática**, que se caracteriza y se diferencia de otras por estar fundamentada en los derechos y las libertades de las personas y en la división y limitación de poderes.

En una sociedad democrática, la protección de la seguridad pública, la seguridad nacional o el orden público no puede realizarse a través del control de los medios de comunicación, ya sean medios de comunicación clásicos (radio, TV...) o las nuevas redes y servicios de la sociedad de la información y la comunicación, como por ejemplo Internet, por donde circulan ideas, opiniones e información. Por lo tanto, no pueden buscarse estas finalidades, legítimas, haciendo abstracción de los derechos y las libertades fundamentales, y menos aún de los que resultan estructuralmente necesarios precisamente para configurar esta sociedad como democrática. La propia valoración de la necesidad imperiosa que legitima la acción de los poderes públicos tiene que ser compatible y tiene que armonizarse con los valores que representan estos derechos y libertades, y, por lo tanto, las injerencias que puedan producirse tienen que ser escrutadas con mucho rigor y de una forma claramente restrictiva.

Por último, en relación con el elemento de la valoración de la **proporcionalidad** en sentido estricto (la relación entre el daño o el sacrificio del derecho y el beneficio de la injerencia por la finalidad perseguida) no puede hacerse ningún pronunciamiento concreto, porque esta ponderación daño-beneficio tendrá que realizarse en cada caso concreto, y el balance final –para determinar si el daño es excesivo o no– resultará de la gravedad del daño causado y de la gravedad de la situación a la que se quería hacer frente. Con carácter general, sin embargo, cabe hacer notar que, dada la indeterminación, la generalidad y la imprecisión con la que se regula la facultad de intervención (qué poderes contiene, qué efectos genera y en qué casos se puede aplicar) y, de forma aquí especial, la laxitud con la que se habilita su ejercicio (afectación de la seguridad), el potencial de causar un daño grave y

desproporcionado es notorio. La falta de garantías y controles acentúa aún más este potencial de injerencia excesiva.

- Prohibición de censura previa

A pesar de que, como se ha dicho repetidamente, las modificaciones introducidas por el Real Decreto-ley 14/2019 aparentemente no se proyectan directamente sobre los contenidos que se transmiten por las redes a través de los servicios correspondientes de comunicación audiovisual, sí pueden afectarlos, dada la estrecha conexión que existe entre medio y contenidos. Por este motivo es procedente valorar también las nuevas facultades que el Real Decreto-ley 14/2019 concede al Gobierno desde el punto de vista de la prohibición constitucional de la censura previa.

El artículo 20.2 CE establece, en efecto, que el ejercicio de los derechos a la libertad de expresión y la libertad de información no se puede restringir mediante ningún tipo de censura previa. Es una prohibición taxativa y contundente, que no admite excepciones. Al respecto, el TC ha determinado que el sistema establecido por la CE para evitar extralimitaciones de las libertades de expresión y de información responde a un modelo reactivo y no preventivo, de modo que los poderes públicos, para proteger a los bienes jurídicos dignos de protección (derechos, valores –como el pluralismo– y otros bienes) ante posibles extralimitaciones de las libertades de expresión y de información únicamente podrán actuar *ex post*, y no *ex ante* (STC 86/2017, de 4 de julio). Además, el TC resalta que la interdicción de la censura previa no solo afecta a las medidas de los poderes públicos que impidan o prohíban abiertamente la difusión de cierta opinión o información, sino también “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). Y esto por la especial transcendencia de estas libertades en una sociedad democrática, de la que constituyen pilares fundamentales, como ya se ha dicho.

Es en este marco que hay que fijar la atención en el potencial efecto restrictivo *ex ante* que tienen tanto la facultad de intervención del Gobierno sobre las redes y los servicios de comunicación electrónica y sus recursos asociados, como la facultad de ordenar el cese cauterarísimo de las actividades, por los motivos, tan genéricos e indeterminados, como los que habilita el Real Decreto-ley 14/2019, tanto si se entiende la intervención como control como si se refiere a la posibilidad de acceso no consentido a los contenidos.

La intervención de los medios técnicos, de infraestructura y de servicios, por el hecho de que puedan simplemente “afectar” a conceptos tan genéricos e indeterminados como la seguridad pública, la seguridad nacional o el orden público, tiene un efecto directo y preventivo sobre los contenidos. Más aún, se podría decir que el efecto de limitar, eliminar o controlar los contenidos de alguna forma es justamente el resultado deseado y esperable de la intervención de los medios técnicos, de infraestructura y de los servicios de telecomunicaciones, puesto que de otra manera -si no influyera en los contenidos que se difunden- no tendría sentido (de lo contrario se trataría de una intervención por otros motivos, como la que estaba prevista en la anterior LGT, en el ámbito de las relaciones contractuales y para garantizar las obligaciones de servicio público).

De acuerdo con esto, a criterio del Síndic es evidente que la facultad genérica e indeterminada de intervención del Gobierno sobre las redes y los servicios de comunicación electrónica, y sus recursos asociados, prevista en el Real Decreto-ley 14/2019, tiene un efecto potencial de afectar *ex ante* los contenidos que se pretenden difundir, lo que resulta contrario a la prohibición de censura previa que establece el art. 20.2 CE, en la interpretación que ha realizado el TC.

A la misma conclusión hay que llegar en relación con la medida cautelarísima de ordenar el cese de una actividad infractora, por motivos otra vez de seguridad pública, seguridad nacional u orden público. La orden de cese, ordenada por el Gobierno además sin audiencia de la persona interesada y antes de abrir el procedimiento sancionador, puede afectar también (en función de la actividad que se ordene que cese y la infracción atribuida) la difusión de contenidos futuros, y suponer así un control *ex ante* de opiniones o de informaciones, que tendría igualmente la consideración de censura previa. El hecho, además, que se refiera a cualquier tipo de infracción (sin distinguir en función de su gravedad), que se ordene sin audiencia previa de la persona interesada y que no se prevea un control específicamente adecuado, hace que el potencial de afectación arbitraria a las libertades de expresión y de información sea aún mayor.

- Interdicción del secuestro ejecutivo de publicaciones

Como ya se ha indicado en el apartado anterior, la facultad de intervención del Gobierno establecida en el Real Decreto-ley 14/2019 podría suponer un control sobre los contenidos de las comunicaciones en la medida en la que puedan afectar la seguridad pública, el orden público o la seguridad nacional. Esto hace que esta posibilidad, planteada una vez más a raíz de los términos absolutamente abiertos e indefinidos con los que se configura la facultad de intervención de la norma comentada, tenga que confrontarse también con la garantía constitucional de interdicción del secuestro de las comunicaciones.

El artículo 20.5 CE establece que “sólo podrá acordarse el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información en virtud de resolución judicial”. Sobre esta disposición, el TC ha mantenido que el precepto supone una prohibición clara de cualquier posibilidad constitucional de secuestro administrativo (STC 187/1999,

de 25 de octubre) y que, por lo que aquí interesa, se aplica a cualquier medio que sirva de soporte material de las publicaciones o grabaciones, siempre que sea un medio capaz de difundir directamente o bien incorporándolas a un soporte que a su vez sea susceptible de difusión (STC 144/1987, de 23 de septiembre), lo que incluiría también los soportes electrónicos.

De acuerdo con el TC, pues, únicamente los tribunales, a partir de una previsión legal específica (no genérica, dice expresamente el TC), motivada y en el marco de un procedimiento concreto, podrían ordenar una actuación de control previo sobre una publicación. Además, la ley habilitante tiene que estar sometida en estos casos a las condiciones que legitiman una injerencia en los derechos fundamentales (en este caso, urgencia –al tratarse de una medida cautelar– en la necesidad de proteger un bien jurídico legítimo, garantías procedimentales –en el marco de un procedimiento judicial concreto, mediante resolución motivada–, y de forma proporcional –idoneidad, necesidad y proporcionalidad estricta) (STC 187/1999).

Esta configuración constitucional del secuestro de las publicaciones resulta incompatible con la atribución al Gobierno de una facultad que pueda conllevar, aunque sea indirectamente, la retirada o la exclusión de la circulación de ideas, opiniones, informaciones u otros mensajes incluidos en una publicación, grabación o cualquier otro medio de información.

- Necesidad de resolución judicial para intervenir las comunicaciones

El artículo 18.3 CE dispone que “se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial”, y, desarrollando esta garantía, la LECrim establece el régimen de las intervenciones judiciales (art. 579-588).

Se trata de una garantía constitucional que, de acuerdo con el jurisprudencial constitucional, se extiende también a las comunicaciones electrónicas (SSTC 281/2006, de 9 de octubre, y 170/2013, de 7 de octubre, entre otras).

La LGT establece una regulación detallada del régimen de intervención judicial respecto de las comunicaciones electrónicas que, junto con la de la LECrim tendría que ser aplicable también a la facultad de intervención del Gobierno que el Real Decreto-ley 14/2019 adiciona a la LGT.

Atendiendo a lo que se ha expuesto ya varias veces, en relación con las dudas razonables sobre el hecho de que la intervención gubernamental de las redes y servicios de comunicaciones electrónicas pueda conllevar también un acceso a los contenidos, o por lo menos a determinados contenidos que circulan o se transmiten por la red, es evidente que la nueva regulación del Real Decreto-ley 14/2019 supone un riesgo cierto de lesionar la garantía constitucional sobre el secreto de las comunicaciones del artículo 18.3 CE. E incluso si se puede distinguir a priori entre comunicaciones y otros contenidos de la red que no lo son, por razón de algún

criterio objetivo, como por ejemplo el medio o el servicio de transmisión, quedaría afectada la libertad expresión y de información, en los términos ya vistos.

Esta posibilidad de injerencia potencial en los contenidos, incluidos los comunicativos, refuerza la conclusión de que la facultad de intervención prevista en el Real Decreto-ley 14/2019 constituye una injerencia ilegítima en los derechos constitucionales, ahora específicamente la garantía constitucional de la autorización judicial para levantar el secreto de las comunicaciones.

3.2. La figura del decreto-ley: posible infracción de los límites establecidos en el artículo 86 CE

- Diversas disposiciones del Real Decreto-ley 14/2019 inciden en el ámbito de las libertades de expresión y de comunicación, y también en la protección de datos personales. El reconocimiento de estos derechos en la Sección 1ª del Capítulo II del Título I de la Constitución (arts. 20.1.a; 20.1d y 18.4, respectivamente), obliga a estudiar las normas del Real Decreto-ley 14/2019 para asegurar que no afecta a los derechos y libertades del Título I y que por lo tanto no sobrepasa el límite material que impone el art. 86.1 CE.

Lo que resulta decisivo para valorar si se ha producido una afectación de estos derechos por parte del Real Decreto-ley 14/2019 es si establece una regulación general de estos derechos y/o si altera algunos de sus elementos estructurales o sustantivos, aparte de si se trata de una regulación que materialmente pueda contradecir o vulnerar el contenido esencial constitucionalmente reconocido de estos derechos (a lo cual ya se ha hecho referencia).

Según la exposición de motivos, el Real Decreto-ley 14/2019 (apartado I), tiene como fin establecer un marco jurídico que garantice el interés general y, en particular, la seguridad pública, y establecer un marco preventivo con esta finalidad cuyo objetivo último sea proteger los derechos y las libertades reconocidas constitucionalmente y garantizar la seguridad pública de todos los ciudadanos.

Se trata, pues, de una regulación o un marco jurídico general para proteger la seguridad pública en el ámbito de la administración y la comunicación digital y por esto introduce algunas normas de carácter general y con vocación de permanencia (como por ejemplo las del art. 6), que constituyen verdaderos límites a la libertad de expresión y de comunicación, en el ámbito de las comunicaciones y las redes digitales al facultar injerencias públicas por razones de orden público, seguridad pública y seguridad nacional. Y esta afectación es tan intensa que podría incluso plantearse si unas previsiones de este tipo no estarían afectadas por la reserva de ley orgánica (art. 81.1 CE). Igualmente, y a pesar de que se proyecten en un ámbito concreto y limitado (intervenciones ejecutivas en el campo de los servicios y las redes de comunicaciones digitales) suponen también una verdadera regulación general que afecta los derechos a la libre expresión y a la libertad de información.

Adicionalmente, se trata de una regulación general en la medida que presenta un carácter general y permanente y se desvincula de cualquier situación concreta de carácter extraordinario que haya podido motivar la adopción del decreto-ley (y que, como se ha visto, tampoco se justifica).

En cuanto a las disposiciones del Real Decreto-ley 14/2019 relativas a la protección de datos personales (art. 4 y 5) introducen nuevas regulaciones en materia de transmisión de datos entre Administraciones y de contratación pública, pero se trata de normas con un carácter puntual y accesorio e inciden en elementos que difícilmente se pueden considerar estructurales o sustantivos del régimen jurídico de la protección de datos personales, en la medida que no alteran ni su contenido básico ni sus garantías.

A la vista de estas consideraciones, a criterio del Síndic las disposiciones del Real Decreto-ley 14/2019 relativas a las facultades de intervención pública de las redes y los servicios de comunicación electrónica, que afectan elementos estructurales y sustantivos del régimen jurídico de la libertad de expresión y de la libertad de información, constituyen una regulación general de estas libertades en el ámbito concreto de las comunicaciones electrónicas, y por lo tanto afectan a los derechos y las libertades constitucionales, en el sentido que da a esta expresión el TC, y sobrepasan el límite material de los decretos-ley que establece el art. 86.1 CE.

- En la medida en que algunas previsiones del Real Decreto-ley 14/2019 tienen una clara incidencia en algunos derechos fundamentales, hay que examinar si el instrumento normativo utilizado, el decreto-ley, resulta constitucionalmente adecuado tanto desde el punto de vista del cumplimiento del presupuesto que habilita el Gobierno para hacer uso de esta potestad normativa especial (la extraordinaria y urgente necesidad), como del respeto de los límites materiales a los que la CE sujeta este tipo extraordinario de normas que no pueden “afectar [...] a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título Y”(art. 86.1 CE).

En cuanto al presupuesto habilitante para poder recurrir al decreto-ley, el Tribunal Constitucional, a lo largo de una dilatada y extensa jurisprudencia (por todas, y entre las más recientes, SSTC 96/2014, de 12 de junio, 142/2014, de 11 de septiembre, 183/2014, de 6 de noviembre, 12/2015, de 5 de febrero, 196/2015, de 24 de septiembre, 211/2015, de 8 de octubre, 26/2016, de 18 de febrero, 70/2016, de 14 de abril, 125 y 126/2016, de 7 de julio, 183/2016, de 3 de noviembre, 150/2017, de 21 de diciembre, 152/2017, de 21 de diciembre y 61/2018, de 7 de junio), dictamina que la facultad del Gobierno para dictar decretos-ley se configura como una excepción al procedimiento ordinario de adopción de leyes, y por lo tanto está sometida a determinados requisitos que legitiman su ejercicio, entre los cuales el primero que se utilice exclusivamente para hacer frente a una situación de extraordinaria urgencia y necesidad.

Ahora bien, los términos *extraordinaria* y *urgente necesidad* no son términos vacíos, mediante los cuales, y simplemente alegándolos, el Gobierno pueda actuar

libremente y sin restricciones en ejercicio de su margen de apreciación política, sino que constituyen un límite a esta libertad de actuación política, que puede controlar el Tribunal Constitucional, que puede ejercer un control externo, consistente en comprobar (i) que el Gobierno haya definido, de manera “explícita y razonada”, la situación de extraordinaria urgencia y necesidad que requiera una respuesta normativa con rango de ley, y (ii) que exista una “conexión de sentido” entre la situación definida y las medidas legislativas adoptadas, esto es, que estas medidas guarden una “relación directa o de congruencia con la situación que se trata de afrontar” (por las sentencias del TC más recientes, 152/2017 y 61/2018).

A criterio del Síndic, y atendiendo a la doctrina general y consolidada del TC a la que se ha hecho referencia (se puede profundizar sobre esto en el informe adjunto), en el caso del Real Decreto-ley 14/2019 hay un claro incumplimiento de los requisitos del presupuesto habilitante por parte del Real Decreto-ley 14/2019, puesto que:

- Respecto de la **definición** de la situación de extraordinaria y urgente necesidad, hay que hacer las observaciones siguientes: la única alusión específica a la situación de extraordinaria urgencia y necesidad que pueda justificar la adopción del Real Decreto-ley 14/2019, en todo su texto, se encuentra exclusivamente en su exposición de motivos, apartado I, cuando dice que “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”.

En ningún momento, sin embargo, la norma define la situación de extraordinaria y urgente necesidad que pueda justificar la adopción de las medidas que contiene, a excepción de la mención genérica transcrita.

Tampoco contiene alusiones específicas a la situación de extraordinaria urgencia y necesidad que pueda justificar el Real Decreto-ley 14/2019 en el discurso inicial de presentación de la norma en el debate parlamentario de convalidación, celebrado el 27 de noviembre de 2019 en la Diputación Permanente del Congreso de los Diputados. No solo no concreta cuáles son los recientes y graves acontecimientos acontecidos a los que hace referencia su exposición de motivos, sino que ni siquiera se refiere a los mismos.

- En cuanto a la necesaria **conexión** entre las medidas adoptadas en el Real Decreto-ley 14/2019 y la situación de extraordinaria y urgente necesidad, hay que indicar que resulta muy difícil valorar la adecuación y la congruencia de las medidas adoptadas respecto de una situación a la que se quiere hacer frente cuando esta situación no se identifica ni se define.

En todo caso, lo que sí se puede valorar es que el Real Decreto-ley contiene algunas normas que, por su estructura, presentan indicios claros de falta del sentido que exige la doctrina del TC en la medida en la que no modifican de forma instantánea

la situación jurídica existente. Es el caso de algunas disposiciones que se someten a diversos regímenes transitorios (especialmente DT 1 y 2, relativas a la ubicación de los recursos técnicos en el territorio de la UE o de España, según los casos) y que, por lo tanto, no tienen ningún efecto directo ni inmediato.

La falta de efectos inmediatos hace que difícilmente se pueda considerar justificada la inclusión de las normas correspondientes en un decreto-ley que tiene que dar respuesta a una situación, entre otras cosas, urgente.

De acuerdo con todo esto, el Síndic entiende que falta el presupuesto habilitante del Real Decreto-ley 14/2019, motivo que por sí mismo sería suficiente para que el TC declarase inconstitucional y nulo el Real Decreto-ley en su totalidad.

3.3. La posible vulneración del orden competencial

La posible vulneración del orden competencial, en este caso, en relación con Cataluña, hace referencia a una eventual injerencia en las competencias estatutarias de la Generalitat en materia de organización de dicha Administración (art. 150 EAC), régimen jurídico, procedimiento y contratación de las Administraciones Públicas catalanas (art. 159 EAC), comunicaciones electrónicas (art. 140.7 EAC) y seguridad pública (art. 164 EAC).

Ahora bien, las cuestiones competenciales que plantea el Real Decreto-ley 14/2019 han sido tratadas suficientemente en el reciente Dictamen del Consejo de Garantías Estatutarias sobre este decreto-ley, emitido a instancia del Gobierno (Dictamen 6/2019, de 30 de diciembre).

Nos remitimos, pues, a las consideraciones del Consejo en este ámbito que apoyan la apreciación según la cual el artículo 3 ap. uno y dos del Real Decreto-ley 14/2019, en la redacción que da a los artículos 9.2.c y 10.2.c de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, concretamente en el inciso "previa autorización por parte de la Secretaría General de Administración Digital del Ministerio de Política Territorial y Función Pública, que solo podrá ser denegada por motivos de seguridad pública, previo informe vinculante de la Secretaría de Estado de Seguridad del Ministerio del Interior. La autorización habrá de ser emitida en el plazo máximo de tres meses. Sin perjuicio de la obligación de la Administración General del Estado de resolver en plazo, la falta de resolución de la solicitud de autorización se entenderá que tiene efectos desestimatorios", vulnera el orden competencial al afectar las competencias de la Generalitat del artículo 159 EAC y no encuentra amparo en el artículo 149.1.18 y .29 CE. Por conexión, la disposición transitoria primera, apartado 1, y la disposición final primera, apartado 2 del Real Decreto-ley 14/2019 también las vulneran y tampoco encuentran amparo en los preceptos constitucionales citados.

Conclusiones

A la vista de todo lo expuesto, el Síndic de Greuges de Cataluña considera que el Real Decreto-ley 14/2019, de 31 de octubre, por el que se adoptan medidas urgentes por razones de seguridad pública en materia de administración digital, contratación del sector público y telecomunicaciones, contiene disposiciones que pueden resultar contrarias a preceptos constitucionales relativos al orden competencial y a la regulación y garantía de los derechos fundamentales, y otras que limitan el ejercicio de algunos de los derechos y las libertades fundamentales regulados en el Título I de la CE sin que pueda constatarse una necesidad imperiosa que justifique dicha limitación.

En concreto, considera que:

1. El artículo 6 ap. uno y cinco, en lo que hace referencia a la facultad de intervención que atribuye al Estado, es inconstitucional porque vulnera el artículo 9.3 CE en tanto que produce injerencias en el ejercicio de los derechos fundamentales y las libertades públicas sin cumplir con los requisitos constitucionales requeridos (calidad normativa y garantías de los ciudadanos).

3. Los artículos 1, 2, 3, 4, 6, 7, las disposiciones adicionales únicas y transitorias primera y segunda y la disposición final primera no se ajustan a los requerimientos establecidos al artículo 86.1 CE que regula la posibilidad del Gobierno de dictar disposiciones legislativas provisionales en forma de decretos-ley.

4. El artículo 3 ap. uno y dos, en la redacción que da a los artículos 9.2.c y 10.2.c de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y, por conexión, la disposición transitoria primera, apartado 1, y la disposición final primera, apartado 2, afectan las competencias de la Generalitat del artículo 159 EAC y no encuentran amparo en el artículo 149.1.18 y.29 CE.

<Signant>

<Carrec del signant>

<Data de la signatura digital>