

EL REIAL DECRET LLEI 14/2019, EL CONSTRENYIMENT DE LES COMUNITATS AUTÒNOMES EN MATÈRIA D'UTILITZACIÓ D'EINES DIGITALS I ELECTRÒNIQUES I L'INCREMENT DEL CONTROL ADMINISTRATIU DE L'OPINIÓ I DE LA INFORMACIÓ EN XARXES

Andrés Boix Palop*

Resum

El present treball analitza les modificacions del nostre ordenament jurídic contingudes al Reial decret llei 14/2019 i els seus problemes tant jurídics com d'oportunitat. En concret, s'hi analitzen els dubtes de constitucionalitat per la manca de la "necessitat extraordinària i urgent" de la regulació, però també la possible afectació a l'exercici de drets fonamentals com ara les llibertats d'expressió i informació en l'àmbit digital com a conseqüència de les noves facultats de control que es reconeixen a l'Administració. Així mateix, s'estudien les restriccions imposades a les comunitats autònomes pel que fa a la utilització de determinades eines digitals i s'exposa la seua dubtosa constitucionalitat a partir de la jurisprudència tradicional del Tribunal Constitucional, recentment reiterada, sobre l'àmbit d'autonomia garantida pel que fa a la tria d'instruments electrònics de procediment com a eina d'autoorganització.

Paraules clau: dret administratiu; llibertat d'expressió; Internet; mordassa digital; administració electrònica; distribució de competències; decret llei.

LAW-DECREE 14/2019, THE CONSTRAINTS OF AUTONOMOUS REGIONS REGARDING USE OF DIGITAL AND ELECTRONIC TOOLS AND INCREASING ADMINISTRATIVE CONTROL OF OPINION AND INFORMATION ON NETWORKS

Abstract

This paper analyses the changes to the Spanish legal system contained in Law-decree 14/2019 and the problems they pose in terms of legality and timeliness. Specifically, it analyses the doubts about their constitutionality, given the lack of an "extraordinary and urgent need" for the regulation, but also the possible effect on exercising basic rights such as the freedoms of expression and information in the digital sphere as a consequence of the new powers of control granted to the Administration. Likewise, it studies the restrictions imposed on Spain's autonomous regions with regard to using certain digital tools and outlines their dubious constitutionality based on the Constitutional Court's traditional case law, recently reiterated, on the autonomy guaranteed with regard to the choice of procedural electronic instruments as a tool of self-organisation.

Key words: administrative law; freedom of expression; Internet; digital gag law; e-government; distribution of competences; law-decree.

* Andrés Boix Palop, professor de dret administratiu a la Universitat de València. Facultat de Dret, avinguda dels Tarongers, s/n, 46002 València. andres.boix@uv.es, [@Andres_Boix](https://www.instagram.com/Andres_Boix).

Article rebut el 21.09.2020. Avaluació cega: 06.10.2020 i 14.10.2020. Data d'acceptació de la versió final: 23.10.2020.

Citació recomanada: Boix Palop, Andrés. (2020). El Reial decret llei 14/2019, el constrenyiment de les comunitats autònomes en matèria d'utilització d'eines digitals i electròniques i l'increment del control administratiu de l'opinió i de la informació en xarxes. *Revista Catalana de Dret Públic*, 61, 14-29. <https://doi.org/10.2436/rcdp.i61.2020.3526>.

Sumari

- 1 Context i condicions de l'aprovació del Reial decret llei 14/2019
- 2 La més que qüestionable extraordinària i urgent necessitat dels continguts del Reial decret llei 14/2019
- 3 Limitacions a les possibilitats d'autoorganització de les administracions públiques
 - 3.1 La voluntat de convertir el DNI digital en l'únic mitjà jurídicament vàlid d'identificació digital i signatura electrònica
 - 3.2 Restriccions per a les bases de dades i l'emmagatzemament en núvol ubicats fora del territori de la Unió Europea
 - 3.3 Limitacions a la utilització del blockchain per part de les administracions públiques
- 4 Restriccions desproporcionades de drets i garanties respecte de l'activitat digital de la ciutadania
- 5 Conclusions
- 6 Referències bibliogràfiques

1 Context i condicions de l'aprovació del Reial decret llei 14/2019

El Reial decret llei 14/2019, de 31 d'octubre,¹ mitjançant el qual s'adopten mesures urgents per raons de seguretat pública en matèria d'administració digital, contractació del sector públic i telecomunicacions, va ser convalidat posteriorment per la Diputació Permanent del Congrés dels Diputats el 27 de novembre de 2019 amb una àmplia majoria que va incloure els vots favorables del Partit Socialista (PSOE), el Partit Popular (PP) i Ciudadanos (Cs).² Al text aprovat veiem l'evolució d'alguns elements estructurals del nostre dret administratiu, aprovat per ampli consens tot i ser un moment d'important fragmentació política i al bell mig d'una conjuntura electoralment i política complexa. Han estat partits polítics no estatals els que principalment s'han oposat a la norma fins al punt que dos governs autonòmics hi han presentat recurs d'inconstitucionalitat. Ho va fer en primer terme el Govern de Catalunya, després del Dictamen 6/2019 del Consell de Garanties Estatutàries de Catalunya, òrgan consultiu en la matèria d'aquesta comunitat autònoma, que va ser molt crític amb diversos elements formals i materials del Reial decret llei 14/2019, i després ho ha fet també l'executiu del País Basc. En el moment d'escriure i revisar aquestes línies encara no hi ha sentència del Tribunal Constitucional (TC) que ens permeti confirmar si alguna d'aquestes crítiques, no només polítiques sinó també jurídiques, són considerades amb una fonamentació suficient com per derivar en la inconstitucionalitat total o parcial del text.

En una anàlisi que deixi de banda consideracions polítiques que expliquen l'origen de la reforma legal i es centre en qüestions jurídiques apareixen dos elements que han centrat l'atenció i les crítiques. D'una banda, com l'Estat, a poc a poc però de manera clara, fa servir la legislació bàsica en matèria de procediment administratiu i règim comú de les administracions públiques quan apareixen elements referits a la digitalització o la transformació electrònica per anar centralitzant competències i llevar part del marge d'autonomia organitzativa del qual fins ara gaudien les administracions autonòmiques. Una tendència que ja va quedar palesa a la recent reforma del procediment administratiu de l'any 2015, per exemple, i que fins i tot ha hagut de ser matisada pel Tribunal Constitucional, amb la seua important Sentència 55/2018,³ que limita la capacitat de control i recentralització de l'Administració de l'Estat que la disposició addicional segona de la Llei 39/2015 posava en mans de l'Estat, i que torna a ser present al Reial decret llei 14/2019. D'altra banda, com el legislador —encara que en aquest cas siga el poder executiu qui actua com a legislador— dota cada vegada de més poders de control les administracions públiques per fiscalitzar i monitoritzar les activitats dels ciutadans que fan ús de recursos digitals, incrementant potestats i poders públics de supervisió de manera molt notable, i que van més enllà del que era freqüent en entorns de comunicació més tradicionals, quan estem en aquests àmbits.

En aquest treball tractarem d'explicar, a partir d'una anàlisi estrictament jurídica, quin és l'abast exacte de les modificacions introduïdes amb el Reial decret llei i les seues conseqüències respecte del model de distribució territorial del poder en el seu vessant més burocràtic-administratiu. Així mateix, també tractarem sobre quins podrien assenyalar-se com alguns dels problemes jurídics de la norma, en concret els que tenen a veure amb dubtes de constitucionalitat per raons ja siguen de tipus formal-competencial —manca d'extraordinària i urgent necessitat que habilita el poder legislatiu per legislar en casos com aquest—, ja de contingut material d'una norma que planteja dubtes de manca de proporcionalitat en les restriccions de drets i llibertats que permet l'Administració i que redibuixa el marc de relacions entre les administracions autonòmiques i l'Administració de l'Estat.

2 La més que qüestionable extraordinària i urgent necessitat dels continguts del Reial decret llei 14/2019

Encara que la jurisprudència del Tribunal Constitucional s'ha fet una mica més exigent darrerament, tradicionalment ha estat molt tova en el control de l'exigència d'extraordinària i urgent necessitat a partir de

¹ Publicat al *Butlletí Oficial de l'Estat* (BOE) de 5 de novembre de 2020.

² Unidas Podemos (UP) va optar finalment per l'abstenció, mentre que partits com Esquerra Republicana de Catalunya (ERC), Partido Nacionalista Vasco (PNV) o Compromís, tots ells suports parlamentaris abans i després de les eleccions de novembre de 2019, hi van votar en contra. També s'hi va oposar, per altres raons, el grup parlamentari VOX (*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación Permanente*, any 2019, XIII, legislatura núm. 14, p. 71).

³ BOE de 22 de juny de 2020.

la qual l'article 86.1 de la Constitució espanyola de 1978 (CE) permet a l'executiu dictar normes amb rang de llei (com a *laxa* la defineixen tant Duque Villanueva (2018: 223-224) com Carmona Contreras (2018: 1280-1282), que ha deixat escrit que el control del pressupost habilitant dels decrets llei a Espanya és un constant “querer y no poder”, sense efectius casos de control fins a la STC 68/2007 i molta comprensió vers les justificacions de la necessitat a la jurisprudència posterior, particularment amb els decrets llei òmnibus que integren diversos continguts com és el cas de la STC 199/2015; darrerament Cotino Hueso (2020: 14-15) ha revisat la jurisprudència constitucional més recent en la matèria a partir de les recents STC 14/2020, 61/2018 i 152/2017 en un sentit similar). Ara bé, fins i tot a aquestes més recents sentències a què ens referim, on ocasionalment sí que s'ha fet esment a la consideració per part del govern de torn del fet que el requisit hi concorria, les decisions han tingut un caràcter de reprovació simbòlica més que d'un altre tipus, donat el fet que arriben sempre molt després de la convalidació parlamentària del decret llei o de la seua tramitació com a llei, amb tots els seus efectes ja exhaurits i completats. Probablement per aquesta raó, l'ús del decret llei a Espanya és creixent, fins al punt que es podria considerar descontrolat, tendència que s'ha incrementat encara més darrerament amb la situació de pandèmia de la covid-19 durant el 2020. En tot cas, com a consideració prèvia per entendre els problemes del Reial decret llei 14/2019, paga la pena recordar-nos d'aquest problema estructural i de les conseqüències que ha dut, incentivant un creixent recurs a aquesta eina normativa (sobre aquesta qüestió, Boix Palop (2012: 125-131) n'ha fet una primera aproximació quantitativa; posteriorment, de manera més completa, Martín Rebollo (2015), i, sobretot, Sanz Gómez (2020) han fet un còmput molt més exhaustiu que demostra el greu problema i l'abús de la figura), perquè explica en part les deficiències de la norma que analitzem.

En efecte, i donada aquesta *laxa* jurisprudència constitucional, no és d'estranyar que el Reial decret llei 14/2019 siga, de nou, un exemple de norma legal d'origen governamental on la justificació constitucional de la seua suposada extraordinària i urgent necessitat siga difícil de detectar. De fet, el problema de les mancances en matèria d'exigibilitat en el control de constitucionalitat d'aquest factor és ben palès en el fet que el Govern no se sent ni tan sols obligat a proporcionar una explicació de mínims al respecte a la mateixa norma. Cap de les referències de la seua exposició de motius a les necessitats de la societat actual i les modificacions normatives que són adients per adaptar-les a l'esfera digital, com afrontar els riscos a partir del previst a la Llei 36/2015 de Seguretat Nacional o la importància de completar l'Estratègia de Seguretat Nacional 2017, aprovada pel Reial decret 1008/2017, en matèria de ciberamenaces o problemes associats al desenvolupament tecnològic explica les raons per les quals la resposta normativa continguda al Reial decret llei 14/2019 seria no només necessària sinó d'una necessitat extraordinària i, a més, urgent, raó per la qual no hauria estat possible aprovar-la conjuntament amb eixos instruments normatius previs o no podria ser-ho, senzillament, amb el procediment legislatiu ordinari. En aquest sentit, el TC ha acceptat tradicionalment situacions de necessitat *relativa* (Duque Villanueva, 2018: 224) acceptant fins i tot eixa necessitat quan siga precisa la norma per satisfer objectius del programa de govern que requerisquen una acció normativa immediata (STC 6/1983 i 111/1983) mentre que una inferència no arbitrària de la urgència, sense que calga posar de manifest les raons per les quals no és possible recórrer al procediment legislatiu ordinari, ha estat entès com a suficient justificació (Carmona Contreras, 2018: 1281, esmentant les STC 31/2011, 137/2011, 93/2015, 126/2016 i 169/2016).

En el cas que analitzem, l'únic intent de justificar la urgència de la regulació és el següent paràgraf:

“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.”

Encara que no s'hi explicite, sembla evident, si més no per les declaracions dels membres de l'executiu en presentar la modificació normativa, que l'objectiu del Reial decret llei era impedir l'anomenada *República Digital Catalana*: com es va indicar durant el debat parlamentari de tramitació de la norma,⁴ es tractava d'una

⁴ Es pot consultar la [nota de premsa](#) de la reunió del Consell de Ministres a la web del Govern d'Espanya. En aquesta nota de premsa, però, tampoc no hi cap referència explícita a la qüestió referida a la situació a Catalunya, passada i present, i en concret a la possibilitat que el Govern català estiguera avançant cap a la creació d'espais digitals amb vocació de crear una mena de llavor d'una possible futura República Digital Catalana, encara que sí que podem trobar com, al mateix Consell de Ministres, s'hi referencien

reacció a “[lo]s recientes y graves acontecimientos acaecidos en parte del territorio español”, en referència a la dinàmica de confrontació entre la Generalitat de Catalunya i el Govern del Regne d'Espanya arran la voluntat de convocar un referèndum d'autodeterminació i, en el seu cas, desplegar o no els corresponents efectes. Una situació que va donar lloc a la consulta unilateralment organitzada per la Generalitat de Catalunya l'1 d'octubre de 2017, que l'Estat va tractar d'impedir per tots els mitjans (sobre aquest conflicte, es pot consultar l'especial de la revista *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* d'octubre de 2017, inclosa una cronologia completa dels esdeveniments fins a la data de celebració de la consulta). Malgrat el fet que l'Estat i el seu aparell jurídic varen deixar sense cap mena d'efecte totes les decisions preses, no va tindre en canvi capacitat per evitar les votacions —sí per forçar que es produïssen sense una cobertura de garanties suficients, però— ni el recompte, la qual cosa va ser imputada, en part, a la seua incapacitat per controlar *ex ante* certs usos i eines d'administració electrònica a disposició de les autoritats autonòmiques catalanes.

Són precisament aquests riscos i aquestes possibilitats d'actuació les que la norma tracta de contindre i la necessitat a què el paràgraf en qüestió fa referència, tot i que de manera insuficient, no del tot explicitada i, per aquesta raó, inadequada. Si la norma efectivament vol fer front als problemes breument indicats, no basta amb la referència del paràgraf transcrit sinó que, per començar, s'hauria d'haver explicitat quins varen ser eixos “recientes y graves acontecimientos acaecidos en parte del territorio español” tal com, per exemple, s'acaba d'exposar de forma succinta al present treball. Addicionalment, caldria exigir per quina raó la resposta a eixos esdeveniments que es consideren tan greus requereix una norma com la que es planteja, amb les mesures concretes que conté. En efecte, no s'entén gaire bé, i en cap moment la norma fa el més mínim esforç per explicar què té a veure la situació descrita amb la necessitat de prohibir l'ús de determinades eines informàtiques —com ara les que es basen en el que es coneix com a *blockchain* (Legerén-Molina, 2019: 197-208)—, restringir l'ús de l'emmagatzemament en núvol que fan les administracions públiques en determinats casos o limitar l'autonomia de totes les administracions públiques diferents de la de l'Estat pel que fa a les possibilitats d'utilització de signatura digital. Cap d'aquestes eines o possibilitats sembla haver estat conflictiva ni problemàtica en el passat; el seu ús ha estat normal per moltes administracions públiques. Recordem en aquest punt que ni tan sols la necessitat de les mesures és justificació suficient: l'article 86.1 CE considera que, a més, hi ha d'haver un contingut d'excepcionalitat i urgència en aquesta necessitat, elements que són sobrers a la justificació del Reial decret llei, emparant-se en la jurisprudència constitucional comentada. S'ha de dir, però, que ni tan sols amb l'anàlisi de mínims fonamentat en una exigència de la nota d'urgència que simplement no suposa arbitrarietat, que ha estat la pauta constitucional, és senzill acceptar per quina raó esdeveniments de 2017 generaven una sobtada urgència el 2019, dos anys després, quan durant tot eixe temps una reforma amb aquests continguts no havia estat ni encetada. Ni tan sols es justifica degudament la necessitat d'una eficàcia immediata de la norma, justificació més habitual (de Vega García, 1990: 269-270). És ben dubtós que pugui concórrer l'habilitació constitucional per una reforma com l'analitzada, si efectivament es tracta de donar resposta a fets de fa anys i no hi ha cap situació nova que permeti explicar una nova necessitat sobrevinguda, que en tot cas la norma hauria també d'exposar —cosa que tampoc no fa.

Res d'això és al present Reial decret llei, la qual cosa no només impedeix entendre que s'ha justificat degudament l'existència d'eixa extraordinària i urgent necessitat, d'una banda. D'altra banda, a més, la inexistència d'explicació dels riscos que es pretenen combatre, la falta de referències sobre en què consistirien o la inexistència d'explicació de per quines raons les normes aprovades pel Govern al Reial decret llei 14/2019 hi serien una resposta apropiada, ens impedeix avaluar mínimament la seua possible o potencial utilitat per fer-los front. Per totes aquestes raons, s'ha de considerar que ens trobem davant d'una norma que no respecta el marc constitucional pel que fa a la possibilitat i habilitació constitucional excepcional del Govern per dictar, mitjançant decrets llei, normes amb rang de llei. Malgrat el fet que ens hem acostumat a aquesta hipertròfia de l'activitat legislativa ordinària reconduïda via decret llei —i molt especialment durant l'última legislatura el recurs a l'instrument ha estat constant—, cal assenyalar que estem davant d'una anomalia constitucional i d'un abús que ha de ser degudament criticat cada vegada que es produeix. Doncs bé, aquest n'és un altre exemple, i molt escandalós. En aquest mateix sentit, de fet, es pronuncien un nombrós grup de juristes

decisions d'impugnació de diversos acords del Govern català o del Parlament de Catalunya, tant davant dels tribunals ordinaris com del Tribunal Constitucional, que fan palès el marc de conflicte institucional en què s'aprova el Reial decret llei 14/2019. D'altra banda, una simple recerca a qualsevol instrument de cerca permet trobar a la xarxa nombroses declaracions de membres del Govern apuntant que aquesta és l'explicació de la mesura.

que, amb arguments semblants als ací exposats, ha demanat, sense èxit, al defensor del Poble espanyol la interposició d'un recurs d'inconstitucionalitat, el Dictamen 6/2019 del Consell de Garanties Estatutàries de Catalunya (fonament jurídic segon), així com part de la doctrina (Cotino Hueso, 2020: 15-16).

Si anem més enllà de l'anàlisi estricta de necessitat com a clàusula habilitant i incorporem la dimensió de la proporcionalitat de les mesures aprovades, mentre que aquestes explicacions manquen sí que hi són ben paleses les limitacions de drets i excessos en les potestats de control que s'atorguen a les administracions públiques i que analitzarem a continuació. Això tindrà conseqüències pel que fa a l'anàlisi ja no formal i respecte de l'habilitació per dictar la norma sinó pel que fa al seu contingut material i la constitucionalitat d'aquestes restriccions de drets fonamentals. A continuació, doncs, analitzem si al Reial decret llei 14/2019 hi trobem limitacions desproporcionades d'alguns drets i llibertats de tots els ciutadans, d'una banda, o afeccions excessives i més enllà del permès a la Constitució a la capacitat d'organització autònoma de les administracions públiques territorials, d'altra banda.

3 Limitacions a les possibilitats d'autoorganització de les administracions públiques

Una part essencial del Reial decret llei 14/2019 té a veure, com ja s'ha apuntat, amb la voluntat de l'Estat de limitar les possibilitats d'altres administracions públiques per utilitzar una sèrie d'instruments o eines, tant tecnològiques com jurídiques, de les quals fins ara havien gaudit i que havien pogut utilitzar sense majors problemes. Essencialment, hi trobem mesures referides a l'obligatorietat d'utilització amb caràcter exclusiu i excloent del DNI electrònic com a document d'acreditació de la identitat digital dels ciutadans, la prohibició d'utilització de la tecnologia de registre compartit (*blockchain*) per part de les administracions públiques espanyoles i la prohibició de fer serveis d'emmagatzemament digital en núvol a servidors de fora de la UE (Alamillo Domingo, 2019). Totes tres semblen fortament derivades del fet que el Govern de l'Estat tem que aquests instruments puguin ser utilitzats, o que ho hagen estat ja, pels moviments sobiranistes — encara que, com ja s'ha dit, tota l'explicació i detalls mínims al respecte són mancants a l'exposició de la urgent necessitat de la norma. Tanmateix, no s'acaba d'entendre —ni tampoc sembla que el Reial decret llei 14/2019 ho justifiqui ni tan sols mínimament— per quina raó aquest fet ha de justificar la introducció d'unes restriccions que afecten totes les administracions públiques per qualsevol activitat, en comptes de prohibir només la seua utilització il·lícita o d'establir controls que dificulten un mal ús d'aquestes eines, en comptes de limitar la possibilitat de fer-les servir, en alguns casos, de forma quasi absoluta.

3.1 La voluntat de convertir el DNI digital en l'únic mitjà jurídicament vàlid d'identificació digital i signatura electrònica

Pel que fa al DNI digital, l'article 1 del Reial decret llei modifica la Llei orgànica 4/2015, de seguretat ciutadana, per deixar clar que només el document nacional d'identitat, amb caràcter exclusiu i excloent, és el document suficient i apte per acreditar a tots els efectes la identitat i dades personals del seu titular. En aquest sentit, s'estableix a partir d'ara que:

Article 8.1 LO 4/2015: “[...] El Documento Nacional de Identidad es un documento público y oficial y tendrá la protección que a estos otorgan las leyes. Es el único documento con suficiente valor por sí solo para la acreditación, a todos los efectos, de la identidad y los datos personales de su titular”.

De manera coherent, l'article 2 del Reial decret llei modifica també la Llei 59/2003, de signatura electrònica, en aquest mateix sentit, encara sense una expressa afirmació equivalent que aquest siga “l'únic document amb suficient valor per si mateix” per poder procedir a l'acreditació de la identitat del titular. Sí que s'indica, mitjançant l'ús de l'article determinat, que es considera, fins i tot en l'àmbit privat i el trànsit jurídic civil o mercantil, que legalment el DNI digital és el document que acredita digitalment la identitat del seu titular:

Article 15.1 Llei 59/2003: “El documento nacional de identidad electrónico es el documento nacional de identidad que acredita electrónicamente la identidad personal de su titular, en los términos establecidos en el artículo 8 de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, y permite la firma electrónica de documentos”.

Aquesta regulació és, si més no, sorprenent, tenint en compte que, en principi, la Llei 39/2015, del procediment administratiu comú de les administracions públiques (LPAC), normativa bàsica del procediment administratiu aplicable a totes les administracions públiques, arreglant el que havia estat per altra banda la regulació tradicional vigent a Espanya almenys des de la llei d'accés electrònic als serveis públics de 2007, havia acceptat només quatre anys abans tant com a mitjà d'identificació (art. 9) com de signatura (art. 10) altres eines i instruments (Martín Delgado, 2010; Boix Palop, 2019: 344-345), incloent-hi no només certificats electrònics sinó fins i tot sistemes de registre o clau i contrasenya que cada administració, segons els casos, podia determinar, i garantint unes possibilitats d'identificació dels ciutadans davant les administracions públiques que anaven molt més enllà del que la reforma de 2019 pretén (Alamillo Domingo, 2016a, 108-114, i 2016b), abandonant una estratègia abans massa centrada en la identificació mitjançant DNI electrònic molt unànimement considerada, tant per aplicadors pràctics com per la doctrina, com un innecessari entrebanc (Martín Delgado, 2016: 263-267).

Per tractar de resoldre, si més no en part, aquesta paradoxa jurídica que fa que la identificació que seria acceptable dins el procediment administratiu no ho siga ja, aparentment, dins el trànsit jurídic privat ni a efectes d'identificació digital en matèria de seguretat ciutadana, el Reial decret llei 14/2019 sí que modifica un punt de la LPAC respecte d'aquestes qüestions. Així, encara que accepta que les administracions públiques puguin seguir determinant els seus propis sistemes d'identificació, se sotmet a un nou règim d'autorització prèvia per part de l'Administració general de l'Estat a tots aquells sistemes que siguin diferents dels de certificat o segell electrònic. En tot cas, s'ha de dir que aquesta modificació en el fons no resol la paradoxa esmentada: fins i tot amb eixa autorització estatal continua sent possible acreditar la identitat davant de totes les administracions públiques espanyoles amb mecanismes diferents i alternatius al DNI digital. D'una banda, és possible per tots els procediments que ho permeten i que han estat aprovats i reglamentats abans de l'entrada en vigor de la norma. D'altra banda, per tots aquells que s'hi puguin afegir en el futur i que compten amb l'ara preceptiva autorització estatal. En concret, el text de l'article 9 LPAC (la reforma de l'art. 10 és pràcticament idèntica) queda d'aquesta manera en el seu punt 2, apartat c, primer paràgraf:

Art. 9.2 c) LPAC: “Sistemas de clave concertada y cualquier otro sistema, que las Administraciones consideren válido en los términos y condiciones que se establezca, siempre que cuenten con un registro previo como usuario que permita garantizar su identidad, 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”.

Més enllà de la peculiar situació, sobre la qual no ve al cas incidir més, de tindre un decret llei regulant, per una suposada situació d'extraordinària urgència, els sistemes d'identificació i signatura electrònica (Alamillo Domingo, 2019), no s'acaba de comprendre la necessitat d'establir unes normes que, si s'entenen com d'aplicació general, van contra la normativa bàsica estatal en matèria de procediment administratiu i haurien hagut de derogar-la o modificar-la per eliminar aquestes opcions —cosa que no fan— o que si, al contrari, s'entenen com a regulacions només per a determinades situacions en què hi haja una exigència legal específica d'acreditació exclusiva de la identitat amb totes les seguretats, semblarien sobrerres pel que fa a les seues pretensions d'exclusivitat (únic mitjà d'identificació digital).

A més, s'ha de dir que, a la llum del que ha estat la tradicional interpretació sobre l'autonomia dels ens locals i, sobretot, de les comunitats autònomes, i del que recentment va deixar dit la STC 55/2018, per exemple, respecte d'un model d'autorització prèvia molt semblant al que ara s'ha introduït, que la Llei 39/2015 preveia a la seua disposició addicional segona i que la sentència obliga a interpretar de manera que es deixa sense contingut autoritzador, és molt possible que aquesta exigència d'autorització prèvia s'entenga també com a contrària al principi d'autonomia reconegut per la Constitució. En efecte, el Tribunal Constitucional ha assenyalat explícitament —al fonament de dret 11 de la dita STC 55/2018 i especialment als seus punts d i e— que:

STC FJ 11: “[...]”

e) La disposición adicional segunda, según la interpretación indicada, contradice el criterio general conforme al cual la Administración General del Estado no controla la actividad de las Comunidades Autónomas, salvo en las formas y con las condiciones específicamente previstas en la Constitución. La autonomía política de las Comunidades Autónomas, por lo mismo que impide condicionar la obtención de determinados créditos a la presentación ante un Ministerio de determinados justificantes (STC 63/1986, de 21 de mayo, FJ 9), impide, en principio, condicionar la creación o mantenimiento de plataformas electrónicas propias a la presentación ante un Ministerio de la justificación en términos de eficiencia.

[...] En suma, aunque la finalidad de la previsión controvertida es perfectamente legítima —compaginar la implantación de los medios electrónicos en todas las administraciones públicas con los mandatos de eficiencia (art. 32.1 CE) y estabilidad presupuestaria (art. 135 CE)—, el instrumento empleado, de acuerdo con la interpretación expuesta, no lo sería: una intervención de la administración central sobre decisiones organizativas fundamentales de las Comunidades Autónomas constitucionalmente imprevista que no cabe calificar de medida de coordinación debida, necesaria y proporcionada. Este control administrativo indeterminado viene a colocar a las instancias políticas autonómicas y locales en una situación de dependencia jerárquica respecto del Estado”.

La referència és llarga, però al meu parer resulta ben pertinent, perquè la identitat de raó entre el mecanisme de control previst a la disposició addicional segona de la LPAC pel que fa a les decisions dels ens locals o autonòmics sobre com desplegar les seues solucions tecnològiques en matèria de procediment i com analitzar i controlar la seua millor eficiència és estrictament equivalent, per no dir idèntica, a la posició de control en què els nous articles 9 i 10 LPAC situen l'Administració de l'Estat respecte de la resta del sector públic quan es tracta de determinar si les seues decisions organitzatives en el sentit de permetre altres possibilitats d'identificació i signatura electrònica davant les administracions públiques són o no adequades.

Per aquestes raons, es pot afirmar que aquestes disposicions, en incorporar eixe control previ d'aquestes característiques sobre les decisions autoorganitzatives de les comunitats autònomes a càrrec d'un òrgan del Govern d'Espanya com és la Secretaria General d'Administració Digital, han de ser considerades inconstitucionals, en línia semblant al que argumenta el Dictamen 6/2019 del Consell de Garanties Estatutàries de Catalunya (fonament jurídic tercer), que les considera una clara invasió competencial. Ni tan sols les consideracions de ciberseguretat han d'alterar aquesta conclusió, perquè com ha recordat el mateix Tribunal Constitucional (STC 142/2018) i ha explicat de manera molt transparent Alamillo Domingo (2019), la implementació i control de l'Esquema Nacional de Seguretat (ENS) competencialment correspon també a les administracions públiques responsables dels diferents serveis gestionats en l'exercici de les seues competències, sense perjudici de les competències de coordinació que puguen correspondre al Govern de l'Estat o a altres òrgans adscrits a l'Administració central (Fondevila Antolín, 2016).

En aquest cas, ens trobem davant d'un mecanisme que funciona exactament igual que el que va donar lloc a la STC 55/2018, amb una Administració de l'Estat a la qual la norma pretén erigir com a controladora de la correcció de l'actuació d'altres administracions públiques pel que fa a decisions sobre qüestions organitzatives estrictament internes que són perfectament possibles dins el model aprovat en la legislació bàsica. De fet, com a prova que són perfectament possibles, l'Administració de l'Estat les té al seu abast sense cap control extern ni necessitat d'exposar les seues raons organitzatives a altres poders. El fet que es pretenga que les administracions autonòmiques i locals, per contra, hagen de justificar aquesta opció és una manifestació ben evident d'un tracte diferenciat i una subordinació que no s'adiu gens bé amb la noció constitucional d'autonomia i la consideració que la norma bàsica, per definició, ha de tractar totes les administracions públiques de la mateixa manera.

Per últim, ha de ser notat que aquesta reforma no només suposa complicacions addicionals per a comunitats autònomes o ens locals, sinó que qualsevol administració pública que no siga l'Administració de l'Estat es veu afectada. Algunes, de fet, amb una relació molt habitual i constant amb usuaris i ciutadans respecte dels quals, des de fa anys, per raó d'eixa relació estreta —es pot indicar l'exemple de les universitats públiques en les relacions amb els seus estudiants—, s'han generalitzat els procediments on la identificació i signatura es pot fer simplement amb sistemes d'usuari i contrasenya o equivalents. Es tracta, a més, d'una quantitat notable de procediments, que a més van apareixent i refent-se constantment i que, a partir de l'entrada en

vigor de la modificació de la LPAC en aquest sentit, com a mínim cada vegada que es pretenga establir un nou procediment amb aquests sistemes d'identificació i signatura, hauran d'afegir un obstacle procedimental més.

3.2 Restriccions per a les bases de dades i l'emmagatzemament en núvol ubicats fora del territori de la Unió Europea

Perplexitats semblants apareixen enfront dels articles 3 i 4 del Reial decret llei pel que fa a les noves normes i restriccions sobre la ubicació de bases de dades i dades cedides per les administracions públiques, suposadament dictades per tal de garantir la millor seguretat d'aquestes activitats, que s'afegixen també als articles 9 i 10 LPAC, amb previsions coincidents en aquest sentit:

Article 9.3 LPAC: “En relación con los sistemas de identificación previstos en la letra c) del apartado anterior, se establece la obligatoriedad de que los recursos técnicos necesarios para la recogida, almacenamiento, tratamiento y gestión de dichos sistemas se encuentren situados en territorio de la Unión Europea, y en caso de tratarse de categorías especiales de datos a los que se refiere el artículo 9 del Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE, en territorio español. En cualquier caso, los datos se encontrarán disponibles para su acceso por parte de las autoridades judiciales y administrativas competentes”.

Com és sabut, perquè el Govern de l'Estat ho va anunciar de manera molt emfàtica, la idea darrere la reforma és prohibir la contractació amb servidors o serveis d'emmagatzemament en núvol en països de fora de la Unió Europea o respecte dels quals les autoritats europees no hagen establert que disposen d'un nivell de seguretat i garanties equivalents. El text finalment aprovat és totalment coherent amb aquesta pretensió i inclou una prohibició explícita d'ús d'aquests serveis fora d'eixes situacions. La mesura no planteja els problemes jurídics que hem comentat adés respecte de les previsions sobre identificació i signatura dels ciutadans, perquè no s'aprova de manera diferenciada per les administracions territorials o institucionals i, en canvi, es pretén d'aplicació general a tot el sector públic. Tampoc no suposa cap contradicció amb cap altra norma del nostre ordenament jurídic. Tanmateix, sí que genera notables problemes a les aplicacions, més que res perquè a dia de hui són moltes les eines d'emmagatzemament en núvol que les administracions públiques tenen contractades amb empreses del sector privat, que molt usualment són multinacionals globals, que no estan acostumades a tractar amb regulacions on hi ha una restricció com la introduïda pel Reial decret llei 14/2019 i que llavors és probable que tinguen repartits els seus servidors i sistemes d'emmagatzemament pel món atenent a diverses circumstàncies econòmiques i regulatòries, però no a aquesta preocupació de la nova norma aprovada a Espanya, que obligaria a mantindre els servidors sempre, almenys de moment, en països que probablement no són els més econòmics per fer de manera global aquestes activitats.

El fet és que a dia d'avui, com que aquest procés europeu de certificació exigít per la norma per poder acceptar emmagatzemament en núvol o físic fora del territori espanyol o europeu no està implementat encara de manera total, una interpretació estricta i literal de la llei obliga les administracions públiques a deixar d'utilitzar servidors o serveis d'emmagatzemament que estiguen ubicats fora de l'espai de la Unió Europea. El nou article 46 bis introduït a la llei 40/2015 per l'article 4 del Reial decret llei, d'altra banda, rebla encara més el clau estenent la prohibició, àdhuc, a mantindre bases de dades a països fora de l'espai europeu. A més, no pot —llevat d'algunes excepcions— haver-hi transferència a un tercer país o organització internacional de les dades, ni tan sols per raons organitzatives del servei, la qual cosa, donat el context econòmic i l'estructura de prestació de serveis digitals habitual al món de les telecomunicacions i l'oferta d'eines electròniques, si interpretada en sentit literal i estricte la norma —i si hi haguera una veritable voluntat de control per part de l'Administració de l'Estat— podria obligar a canviar no pocs contractes actualment vigents sense que hi haja una explicació entenedora sobre la raó que justifica aquest canvi ni s'haja detectat fins ara un funcionament defectuós o que haja generat problemes que pugja justificar la prohibició; tampoc, pel que podem tindre de moment constància, en relació amb els suposats problemes que en aquesta matèria hauria provocat la pretensió d'organitzar una suposada República Digital Catalana.

A més a més, i per completar la regulació d'una manera de nou dubtosament respectuosa amb el principi d'autonomia institucional, l'article 4 del Reial decret llei atorga de nou en aquest punt eines excepcionals de control a l'Administració de l'Estat mitjançant una nova redacció de l'article 155 de la Llei 40/2015, que a

partir d'ara permetrà excepcionalment a l'Estat intervenir i suspendre la transmissió de dades que estiguen fent altres administracions públiques en cas d'incompliment d'aquestes previsions i quan hi concórreguen raons de seguretat nacional. Potser aquesta darrera referència a la seguretat nacional, encara que escarida i que hauria de ser més desenvolupada, pugja justificar aquest tractament d'excepció. S'ha de dir, però, que les reflexions ja fetes sobre el principi d'autonomia i les relacions de no subordinació de les administracions autonòmiques o locals a l'Administració de l'Estat són plenament d'aplicació. Cal justificar bé qualsevol excepció al principi de no control de les primeres per part de la darrera, de manera que en condicions de normalitat davant de qualsevol incompliment el que hauria de fer aquesta última és impugnar les actuacions controvertides de les altres administracions davant la jurisdicció contenciosa administrativa, com recorda la ja esmentada STC 55/2018, que és el procediment normal i ordinari de control de la legalitat que resta en mans de l'Administració de l'Estat, sense posar en qüestió garanties institucionals com l'autonomia local (Baño León, 1988: 165-173; Parejo Alfonso, 2011: 145-154) o més directament el principi d'autonomia aplicable a les comunitats autònomes.

3.3 Limitacions a la utilització del blockchain per part de les administracions públiques

Per completar el llistat de noves limitacions introduïdes per la reforma, s'ha de fer esment a l'article 3 del Reial decret llei 14/2019, que introdueix una prohibició, encara que temporal, a la utilització de les tecnologies de registre distribuït (com ara el conegut *blockchain*) mitjançant una nova disposició addicional, la sisena, a la LPAC, on queda de moment taxativament vedada la seua utilització a efectes d'identificació en les relacions entre administracions públiques i ciutadans fins que no hi haja una regulació sobre la matèria en l'àmbit europeu —regulació que, en el moment d'aprovació de la norma, senzillament, no existia, la qual cosa forçava la paralització de qualsevol iniciativa en la matèria i que, en l'actualitat, encara no ha estat completada—:

DA 6 LPAC: “1. No obstante lo dispuesto en los artículos 9.2 c) y 10.2 c) de la presente Ley, en las relaciones de los interesados con los sujetos sometidos al ámbito de aplicación de esta Ley, no serán admisibles en ningún caso y, por lo tanto, no podrán ser autorizados, los sistemas de identificación basados en tecnologías de registro distribuido y los sistemas de firma basados en los anteriores, en tanto que no sean objeto de regulación específica por el Estado en el marco del Derecho de la Unión Europea.

2. En todo caso, cualquier sistema de identificación basado en tecnología de registro distribuido que prevea la legislación estatal a que hace referencia el apartado anterior deberá contemplar asimismo que la Administración General del Estado actuará como autoridad intermedia que ejercerá las funciones que corresponda para garantizar la seguridad pública”.

De nou, l'actuació del legislador està directament vinculada a afers en relació amb el Govern de Catalunya, que havia anunciat la futura licitació d'un anomenat projecte d'identificació electrònica autosobirana (SSI) conegut com *identiCAT*. Malgrat que es parle d'identificació “autosobirana”, però, s'ha d'aclarir que el terme en aquest cas fa referència al fet que es tracta d'una eina que permet al ciutadà una gestió autònoma d'aquesta, justament gràcies a fer servir tecnologies de registre distribuït, la qual cosa, més enllà de la terminologia no hauria d'haver justificat tanta alarma. Aquests sistemes, de fet, suposen una important millora en termes de protecció de dades personals, perquè permeten, a diferència d'altres sistemes actualment vigents alternatius al DNI electrònic o als certificats digitals, com ara el sistema Cl@ve que fa servir l'Administració de l'Estat i que pretén estendre a totes les administracions públiques espanyoles que el ciutadà s'identifique davant de tercers sense necessitat d'una intervenció en cada cas de l'Administració pública com a intermediari de verificació tecnològica de la identitat digital (Alamillo Domingo, 2019; sobre les possibilitats del *blockchain* en aquesta matèria, Merchán Murillo, 2019).

De nou estem davant d'una prohibició que, més que problemes de constitucionalitat, planteja problemes d'oportunitat, més encara si tenim en compte l'existència, a hores d'ara, de no poques iniciatives que ja estaven tractant de fer ús de les possibilitats d'aquesta tecnologia per part d'algunes administracions públiques, per exemple en processos de selecció o contractació (Pereiro Cárceles, 2019a: 141-154), perquè encara que la restricció parega referida només a la qüestió de la identificació dels ciutadans, justament gran part dels avantatges que pot deparar la tecnologia en qüestió tenen a veure amb la possibilitat d'anonimitzar ofertes o sol·licituds per bé que el sistema pot identificar-les de manera àgil i automatitzada sense intervenció

de l'aplicador. També amb problemes de constitucionalitat semblants als que ja hem comentat respecte de la seua necessària autorització, és la previsió de la disposició addicional 6.2 LPAC introduïda pel Reial decret llei en el sentit d'imposar, sempre, l'Administració general de l'Estat com autoritat incrustada a aquests processos amb funcions de vetllar per la seguretat ciutadana. A més, la norma és tan oberta que pot comprometre el pseudoanonimat que permeten aquests sistemes d'identitat autosobirana, alterant el seu funcionament i llevant-los molts dels seus avantatges (Alamillo Domingo, 2019).

Per aquestes raons, la prohibició genera el risc de blocar el desenvolupament d'aquestes tecnologies al si de les administracions espanyoles, incloent-hi els nombrosos projectes innovadors i capdavanters que, en alguns casos, ja estaven començant a implantar algunes comunitats autònomes, com ara l'Aragó, en matèria de contractació pública, entre d'altres (Pereiro Cárceles, 2019b). S'ha de dir, però, que, a judici d'alguns experts, la prohibició no té un abast total, perquè almenys no ha restringit la utilització en transaccions registrades en *blockchain* dels sistemes d'identificació clàssics com el mateix DNI electrònic o els altres que accepta l'Administració de l'Estat (Alamillo Domingo, 2019). Combinant ambdues tecnologies, doncs, encara és possible fer ús d'aquestes eines en alguns casos, la qual cosa ha permès, per exemple, als projectes de l'Aragó començar a donar fruits, i des de l'estiu de 2020 aquesta comunitat autònoma ja està fent adjudicacions de contractes públics utilitzant tecnologies de registre distribuït per agilitzar-ne la tramitació.

4 Restriccions desproporcionades de drets i garanties respecte de l'activitat digital de la ciutadania

Conjuntament amb la sèrie de restriccions analitzades, que, com hem vist, tenen per destinataris les administracions públiques i que presenten diferents problemes, segons els casos, el Reial decret llei 14/2019 també inclou modificacions normatives destinades a establir nous controls respecte de l'activitat digital de la ciutadania, atorgant més poders a l'Administració de l'Estat pel que fa a la monitorització dels intercanvis d'informació i altres accions que hi puguin ser accessòries, en determinats casos. Es tracta d'una part de la norma on els problemes de constitucionalitat, al meu parer, encara són majors. Per una banda, s'ha de dir que l'explicació sobre l'extraordinària i urgent necessitat de les mesures, que recordem que es tracta de justificar amb una escajada i imprecisa referència a "recientes y graves acontecimientos acaecidos en parte del territorio español", es combina de manera particularment difícil amb vincular a eixos fets, protagonitzats per institucions públiques, la necessitat de restringir l'àmbit de garantia dels drets i llibertats de tota la ciutadania. I, en tot cas, manca l'explicació sobre la relació entre una cosa i l'altra a la justificació del Reial decret llei. En segon lloc, en la mesura que hi ha unes normes que de manera clara estableixen restriccions de drets fonamentals, és qüestionable que un decret llei hi pugui intervenir, car com és sabut l'article 86.1 CE prohibeix que s'afecten amb aquest instrument els deures i llibertats dels ciutadans regulats al títol I de la Constitució, entre els quals és evident que es troba el dret a la llibertat d'expressió, que, a més, forma part dels drets fonamentals (arts. 14 a 29 CE), el desenvolupament dels quals està reservat a llei orgànica ex article 81 CE. Ni que siga perquè, tot i certa permissibilitat d'afecció a drets fonamentals a la doctrina del Tribunal Constitucional (Muñoz Machado, 2015: 100-101), és evident que en aquest cas l'anàlisi de proporcionalitat a que fem referència adés referma una visió crítica (Cotino Hueso, 2020: 17-19). Per aquesta raó, en ser el problema de constitucionalitat substantiu, fins i tot en el cas d'aprovació per via parlamentària d'una norma amb aquest contingut, el problema romandria, per afectar de manera excessiva el contingut essencial de les llibertats afectades.

Particularment intensa és l'afecció quan s'atorga a l'executiu —al Govern de l'Estat, en concret, via Ministeri d'Assumptes Econòmics i Transformació Digital— un poder encara més gran i més discrecional del que ja disposava per controlar l'ús i utilització de xarxes i serveis de comunicacions electròniques que podrien, potencialment, "suposar una amenaça greu i immediata per a l'ordre públic, la seguretat pública o la seguretat nacional o quan en determinats supòsits excepcionals" que els puguin comprometre s'entenga necessària la intervenció. En aquests casos el decret llei permet adoptar mesures tan extremes com fins i tot que el Govern pugui assumir el control directe de les xarxes i els serveis de comunicacions electròniques en qüestió. Així, l'article 6.1 del Reial decret llei 14/2019 modifica l'article 4.6 de la Llei 9/2014, general de telecomunicacions (LGT), per tal d'ampliar les potestats de tipus excepcional reconegudes al Govern (de l'Estat) d'assumir directament o intervenir la gestió de qualssevol "xarxes i serveis de comunicacions

electròniques”, així com qualsevol “infraestructura, recurs associat o element o nivell de la xarxa o del servei”.

S’ha de notar que es tracta d’una habilitació legal molt àmplia i discrecional, que incrementa generosament la capacitat d’acció de l’executiu a partir de la mera invocació d’alguna d’aquestes situacions —de nou, totalment genèriques i molt lliurement interpretables—, i que en principi s’accepta que es faci sense necessitat de control judicial previ —encara que, com és normal, sí que hi haurà una possibilitat de control contenciós *ex post*— a diferència del que sol ser habitual en habilitacions excepcionals i per raons d’urgència per afectar drets fonamentals de manera tan directa i en concret les llibertats expressives. A més, aquestes possibilitats no es reconeixen només sobre un concepte estricte de xarxa o servei de la societat de la comunicació que puguen fer-nos entendre que es limiten a la prestació de tipus més empresarial per part de proveïdors i companyies subministradores del servei. Ans al contrari, i de manera expressa, el Reial decret llei estableix que aquestes potestats i totes aquestes mesures es poden estendre a qualsevol altre element que necessàriament hi estiga adherit, permetent així la intervenció de qualsevol infraestructura necessària per prestar aquests serveis, deixant clar que també pot afectar la presa de control sobre les mateixes infraestructures de telecomunicacions —sobre aquesta qüestió, i la seua importància, vegeu Cotino Hueso, 2020: 8-11. Addicionalment, s’ha de recordar que aquestes mesures no només afecten el dret fonamental a la llibertat d’empresa en relació amb els prestadors de la societat de la informació o les empreses que gestionen aquestes infraestructures, sinó que incideixen de manera indirecta, però molt intensa, en les efectives possibilitats d’acció i exercici de drets fonamentals vinculats a l’expressió d’idees i opinions així com a la difusió d’informació, respecte dels quals aquestes xarxes i infraestructures són instrumentals de forma decisiva —aspecte aquest últim que, més enllà de ser evident i per això ressaltat des d’un punt de vista teòric per gran part de la doctrina, recopilada a Boix Palop (2002: 133-135 i *passim*), pel que fa als efectes pràctics en relació amb aquest Decret i els seus problemes resalta molt adequadament el Dictamen 6/2019 del Consell de Garanties Estatutàries de Catalunya (fonament jurídic quart 2b). Fins i tot es podria considerar, com fa Cotino Hueso (2020: 26) que un incipient dret d’accés a Internet derivat de les llibertats expressives es podria veure afectat per la regulació.

El problema de la nova regulació no és, doncs, tant el fet que hi haja una possibilitat d’intervenció d’aquestes característiques, com la seua intensitat, mancances en la concreció i delimitació, generositat dels poders reconeguts a l’Administració i absència de controls en el moment de prendre les decisions. De fet, és cert que la idea de fons de la regulació potser no és particularment nova en alguns dels seus trets: les versions anteriors de la LGT des de la primera de les normes liberalitzadores en la matèria, l’any 1998, passant per la norma de 2003 i pel mateix article 4.6 LGT previ a la reforma, ja contenien previsions de controls en situacions excepcionals justament com a mesura per limitar els efectes d’una liberalització del sector que podria suposar el risc de desposar el poder públic en determinades situacions de crisi. Aquest origen de la normativa i el seu caràcter limitat quedaven ben palesos en el fet que la intervenció quedava vinculada a l’incompliment de les obligacions de servei públic, més enllà de l’existència d’un interès públic en perill. La nova versió aprovada amb el Reial decret llei 14/2019, però, suposa un canvi substancial, com ha explicat de manera molt convincent Cotino (2020: 6-8) perquè busca directament atorgar al poder executiu la capacitat de contindre la utilització de les xarxes i de les comunicacions públiques en situacions de protesta i crítica política. De fet, la mateixa referència de l’exposició de motius als “greus fets” que justificarien la necessitat de la reforma aprovada mitjançant un decret llei reforçaria, paradoxalment, aquesta conclusió. En un sentit coincident amb l’apreciació que els objectius de l’habilitació legislativa han mutat i van més enllà de les facultats de control públiques en situacions de crisi per suposar un perill de control de l’opinió pública digital s’expressa també el Dictamen 6/2019 del Consell de Garanties Estatutàries de Catalunya (fonament jurídic quart 2b).

Addicionalment, per garantir-ne el compliment, a més d’aquesta enorme habilitació per prendre decisions executives per raons d’ordre públic, seguretat pública i seguretat nacional pràcticament sense cap contrapès o control, el Reial decret llei afegix una sèrie de noves potestats sancionadores en mans del Ministeri d’Assumptes Econòmics i Transformació Digital contra els prestadors de serveis que incomplisquen els requeriments o ordres que es puguen emetre per executar aquestes instruccions.

Tot aquest conjunt de noves normes, la intensitat de les quals és notable pel fet que dona capacitat al Govern de controlar i fins i tot tallar la comunicació que es considere perillosa per a l’interès públic de manera directa

i sense control judicial previ, ens posa davant d'un problema de possible inconstitucionalitat material. Amb la generalitat i amplitud de les potestats atribuïdes al Govern, la capacitat de control potencial sobre les xarxes i sistemes de comunicació, en tots els àmbits, des de xarxes de telefonia, Internet, missatgeria, xarxes socials... pot arribar a ser absolutament completa, amb els riscos que comporta, correctament assenyalats pel Dictamen 6/2019 del Consell de Garanties Estatutàries de Catalunya (fonament jurídic quart 2b). No es tracta ja d'una possible invasió de competències autonòmiques, que en aquesta matèria el Tribunal Constitucional ha deixat reiteradament clar que no es donaria per ser la competència clarament estatal (STC 72/2014; 20/2016), sinó d'una inconstitucional material per no respectar adequadament el contingut essencial de determinats drets fonamentals, en aquest cas, les llibertats expressives. No és dubtós que amb aquest règim jurídic, d'alguna manera, s'està introduint un dret d'excepció sobre les comunicacions electròniques que, en primer lloc, podria anar contra les disposicions en matèria de censura que, com és sabut, a la Constitució espanyola (art. 20.5 CE), exigeixen la intervenció d'un jutge per segrestar continguts sense que es permeti ni la censura prèvia ni el control administratiu de continguts en cap cas, que és una previsió que hem d'interpretar, com va assenyalar el Tribunal Constitucional, en el sentit d'entendre inconstitucional qualsevol restricció provinent del poder executiu amb efectes equivalents (Boix Palop, 2002: 166-171, amb cita de Sánchez Almeida i Mestre a un text en línia que ara ja no es pot trobar, ben esclaridor sobre la jurisprudència constitucional inicial en matèria de censura prèvia). En segon terme, a més, tampoc no es justifica un règim diferenciat per a les comunicacions electròniques que pugui fer admissible per a aquestes el que no ho seria en cap cas respecte de les comunicacions analògiques, en infracció dels preceptes constitucionals que garanteixen idèntica protecció en un àmbit i en l'altre. Darrerament, i malgrat que les referències a la seguretat nacional, la defensa de l'ordre públic o altres interessos equivalents poden flexibilitzar determinades garanties i drets, en cap cas és possible que desnaturalitzen la protecció als ciutadans garantida pels drets fonamentals, el contingut constitucional dels quals ha de quedar en tot cas preservat (de Otto, 1988: 103-107 i 110-124) i en tot cas no pot quedar desvirtuat a partir d'una interpretació que els imposi limitacions o restriccions desproporcionades (Revenga Sánchez, 2002) segons la forma jurídica de raonar jurídicament dominant imposada els darrers anys pels tribunals internacionals i europeus (des del Tribunal Europeu de Drets Humans al Tribunal de Justícia de la Unió Europea). A partir d'aquests tres vessants de consideracions, les febleses jurídiques de la nova regulació són clares.

Per últim, el Reial decret llei 14/2019 reforça un protagonisme de l'executiu en qüestions de control i limitacions de les llibertats expressives, que, encara que és de veres que ja existia en part en alguns àmbits —raó per la qual ja havia estat objecte de crítiques (Betancor Rodríguez, 2007; Boix Palop, 2014: 78-80)—, amb la regulació aprovada, malgrat que emparat per l'apel·lació a circumstàncies excepcionals i de riscos per la seguretat, acaba per construir un règim jurídic de control administratiu de continguts i capacitat de la seua retirada i de control total sobre les comunicacions digitals molt invasiu.

Un règim de control tan intens, i que a més pot permetre al Govern l'efectiu silenciament d'opinions i informacions, segons un enteniment clàssic de la Constitució, hauria estat clarament inconstitucional si s'haguera pretès fer-lo respecte de comunicacions fetes per altres mitjans. No sembla doncs raonable que el considerem possible per a l'opinió i expressió d'idees en àmbits digitals, cosa que és una opinió que compta cada vegada amb més suports doctrinals al nostre país (García Morales, 2013; Boix Palop, 2016: 102-105; Doménech Pascual; Cotino Hueso, 2020: 27-29) i que a més va estar al centre del canvi en el model d'intervenció en països com ara França, que varen passar d'un control només administratiu a un de judicial, per aquesta mateixa raó, per poder decretar talls d'Internet.⁵

La regulació continguda al Reial decret llei, donada la seua impugnació per part de Catalunya i el País Basc, forçarà el Tribunal Constitucional a establir una doctrina definitiva sobre el tema, on haurà d'aclarir si les garanties clàssiques i tradicionals s'han d'aplicar també a aquests entorns, com sembla deduir-se de la doctrina i jurisprudència constitucional consolidades. Si fos el cas, totes aquestes previsions haurien de ser declarades inconstitucionals, com a mínim, per la no intervenció de jutges en actuacions que determinen el tall absolut de vies de comunicació i difusió d'informació o de mecanismes de comunicació interpersonals que, a més, ho poden ser amb caràcter molt general, com ja hem vist.

⁵ Sobre la decisió de la *Cour Constitutionnelle* francesa que declara il·legals els talls decretats només per autoritats governatives, a més, es pot consultar l'[entrada corresponent del blog de l'autor](#).

5 Conclusions

Al capdavant, el que veiem després d'una anàlisi jurídica de les modificacions introduïdes pel Reial decret llei 14/2019 a l'ordenament jurídic espanyol és un bon exemple dels problemes que genera la legislació reactiva enfront de problemes de caire més polític que normatiu o tecnològic. Igual que se sol recomanar no caure en el *populisme punitiu* reformant el Codi penal després de notícies de gran impacte social, potser siga curós també fer extensiva una actitud prudent a determinades reformes juridicoadministratives que, aprovades amb pressa i corrents enfront de circumstàncies com el conflicte català, porten a introduir amb caràcter general a l'ordenament jurídic regles d'aplicació per a totes les administracions públiques que no aporten quasi res de bo. En part, justament per evitar que acabe passant això mateix, el nostre ordenament estableix teòriques restriccions a la utilització d'instruments normatius com el decret llei, per definició menys reflexionats que una norma de tramitació parlamentària ordinària, establint-lo constitucionalment com una possibilitat excepcional. La banalització del seu ús, per les raons que hem analitzat, facilita molt les reaccions normatives no suficientment pensades.

El Reial decret llei 14/2020, a més de possiblement inconstitucional per no estar habilitat per cap veritable “extraordinària i urgent necessitat”, presenta també problemes d'oportunitat fàcilment objectivables, i, el que és més greu encara, defectes de certa importància respecte de la seua constitucionalitat material. Són un exemple dels primers no tant les normes en matèria de contractació i dades personals que també conté —i a les quals no hem fet referència perquè no suposen problemes pel seu caràcter tòpic i reiteratiu— com les restriccions perquè les administracions públiques puguen fer servir solucions tecnològiques existents al mercat (emmagatzemament en núvol i similars amb el nous arts. 9.3 i 10.3 LPAC; determinades facetes de les tecnologies de registre distribuït limitades a la DA 6.1 LPAC), que en ocasions poden ser molt útils i que, en cap cas, suposen un problema en si mateix.

Són paradigma dels segons dos greus problemes de constitucionalitat que, al meu parer, apareixen a la norma. El primer té a veure amb l'aparició de nous controls per part de l'Administració de l'Estat en matèria tecnològica i de decisions sobre com s'ha de fer el desplegament per adaptar l'Administració a les necessitats actuals i als mitjans electrònics, en forma d'autoritzacions per part de l'Administració de l'Estat per permetre a d'altres fer ús d'algunes solucions tècniques (arts. 9.2 c i 10.2 c LPAC) o de la intervenció de l'Administració de l'Estat si una altra administració pretén fer servir *blockchain* (DA 6.2 LPAC). En ambdós casos, estem davant de nous exemples de com l'Estat aprofita el trànsit a una administració electrònica per, mitjançant el control sobre les aplicacions i solucions tecnològiques emprades, limitar l'efectiva autonomia d'ens locals o comunitats autònomes, afectant de manera clara la seua capacitat d'autoorganització d'una manera idèntica a com s'ha tractat de fer en un passat recent i que el Tribunal Constitucional ja ha considerat inadequada (STC 55/2018, FJ 11).

El segon problema, també de certa gravetat i que a més afecta ja de manera directa, immediata, els ciutadans, és l'establiment de mesures que permeten un notable increment de la capacitat de control efectiva del poder executiu (del Govern de l'Estat, en aquest cas) sobre les comunicacions digitals i els serveis i infraestructures que les fan possibles. Mesures que permeten des del tall total de les comunicacions, al filtratge de missatges i continguts, o la presa de control sobre les infraestructures i els prestadors de serveis amb una habilitació legal massa àmplia, imprecisa i poc concreta. Mesures que també possibiliten un efectiu control i censura del flux d'informació que, encara que hi puga haver raons d'interès públic o de seguretat nacional que justifiquen la necessitat d'una intervenció d'aquestes característiques, segons la Constitució espanyola, *ex article 20.5 CE*, no haurien de poder fer-se amb la legislació ordinària, fora de les situacions d'excepció o setge, sense intervenció judicial. Es tracta d'una manifestació més d'un corrent que des de fa al menys una dècada ens està portant a una creixent intervenció administrativa i capacitat de control de les comunicacions que, al meu parer, és incompatible amb el nostre model constitucional, que estableix clarament que el control de les manifestacions expressives inadequades correspon al poder judicial, i encara més quan es realitza amb caràcter previ, com es possibilita en aquest cas, per ser equivalent a la censura prèvia.

En qualsevol cas, haurem d'esperar que el Tribunal Constitucional aprofite els recursos presentats per fixar jurisprudència sobre, com a mínim, aquestes dues qüestions. En la meua opinió, és essencial que el més alt tribunal espanyol establisca una doctrina definitiva respecte de les intervencions administratives sobre

l'exercici de les llibertats expressives i el seus límits. En concret, estime important que es pronuncie sobre la constitucionalitat de la capacitat administrativa de fer talls de comunicacions entre ciutadans sense cap tipus d'intervenció judicial i els recursos presentats li haurien de donar l'oportunitat de fer-ho amb un caràcter més general. Igualment, el Tribunal haurà de clarificar i potser deixar establerta amb caràcter general la seua doctrina sobre la inconstitucionalitat de determinats controls i autoritzacions a càrrec de l'Administració de l'Estat sobre altres administracions públiques que gaudeixen d'autonomia. Aquestes intervencions, cada vegada més intenses i freqüents, se solen justificar per raó de la necessària interoperabilitat o la cerca d'una major eficiència en relació amb la implantació de noves solucions tecnològiques, que el Tribunal Constitucional hauria d'explicitar si són o no raons suficients per desplaçar el principi constitucional d'autonomia.

6 Referències bibliogràfiques

- Alamillo Domingo, Ignacio. (2019). El RDL 14/2019: una extraordinariamente urgente e innecesaria reforma del régimen de identificación y firma electrónica en la LPAC. *El Consultor de los Ayuntamientos*, 12, 112-123.
- Alamillo Domingo, Ignacio. (2016a). La identificación y la autenticación por medios electrónicos. Dins Marcos Almeida Cerredá i Luis Míguez Macho (dir.), *La actualización de la Administración electrónica* (p. 107-173). Andavira.
- Alamillo Domingo, Ignacio. (2016b). Identidad y firma electrónica. Nociones técnicas y marco jurídico general. Identificación y autenticación de los ciudadanos. Dins Eduardo Gamero Casado, Severiano Fernández Ramos i Julián Valero Torrijos (ed.), *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público* (p. 675-768). Tirant lo Blanch.
- Baño León, José María. (1998). La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución española. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 24, 155-179.
- Boix Palop, Andrés. (2002). Libertad de expresión y pluralismo en la Red. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 65, 133-180.
- Boix Palop, Andrés. (2012). La inconstitucionalidad del Decreto-ley autonómico. *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, 27, 121-148.
- Boix Palop, Andrés. (2014). Regulación y mercado en el sector audiovisual español. Dins Andrés Boix Palop i José María Vidal Beltrán, *La nueva regulación del audiovisual: medios, derechos y libertades* (p. 61-88). Aranzadi Thomson-Reuters.
- Boix Palop, Andrés. (2016). La construcción de los límites a la libertad de expresión en las redes sociales. *Revista de Estudios Políticos*, 173, 55-112.
- Boix Palop, Andrés. (2019). Reforma jurídico-administrativa, procedimiento electrónico y Administración local: análisis de la incidencia de las recientes transformaciones en las bases del procedimiento administrativo español sobre el régimen local. *Revista Galega de Administración Pública*, 58, 315-360.
- Carmona Contreras, Ana. (2018). Artículo 86. Dins Pablo Pérez Tremps i Alejandro Saiz Arnaiz (dir.), *Comentario a la Constitución Española. 40 aniversario* (vol. 1) (p. 1277-1287). Tirant lo Blanch.
- Consell de Garanties Estatutàries. (2019). [Dictamen 6/2019, de 30 de desembre](#). (Consultat el 10 de setembre de 2020).
- Cotino Hueso, Lorenzo (2020). La inconstitucionalidad de la “intervención”, “mordaza” o “apagón” de las telecomunicaciones e Internet por el gobierno en virtud del Real Decreto-Ley 14/2019. *Revista General de Derecho Administrativo*, 54, 1-33.

- De Otto Pardo, Ignacio. (1988). La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el art. 53.1 de la Constitución. Dins Lorenzo Martín-Retortillo Baquer i Ignacio de Otto Pardo (ed.), *Derechos fundamentales y Constitución* (p. 95-169). Civitas.
- De Vega, Agustín S. (1990). La cláusula “extraordinaria y urgente necesidad” del decreto ley en la jurisprudencia constitucional española. *Revista de Estudios Políticos*, 68, 251-253.
- Doménech Pascual, Gabriel. (21 de juny de 2018). [La policía administrativa de la libertad de expresión \(y su disconformidad con la Constitución\)](#). [Entrada de blog]. *Almacén de Derecho*.
- Duque Villanueva, Juan Carlos. (2018). El Decreto-ley. Dins Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer i Emilia Casas Baamonde (dir.), *Comentarios a la Constitución Española*. (vol. 2) (p. 219-237). Boletín Oficial del Estado – Wolters Kluwer.
- Fondevila Antolín, Jorge. (2016). Seguridad en la utilización de medios electrónicos. El Esquema Nacional de Seguridad. Dins Eduardo Gamero Casado, Severiano Fernández Ramos y Julián Valero Torrijos (ed.), *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público* (p. 598-674). Tirant lo Blanch.
- García Morales, María Jesús. (2013). La prohibición de la censura en la era digital. *Teoría y Realidad Constitucional*, 31, 237-276.
- Legerén-Molina, Antonio. (2019). Retos jurídicos que plantea la tecnología de la cadena de bloques. Aspectos legales del *blockchain*. *Revista de Derecho Civil*, 1, 197-208.
- Martín Delgado, Isaac. (2010). Identificación y autenticación de los ciudadanos. Dins Eduardo Gamero Casado i Julián Valero Torrijos (ed.), *La Ley de Administración Electrónica. Comentario sistemático a la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos* (p. 463-536). Aranzadi.
- Martín Delgado, Isaac. (2016). La reforma de la Administración electrónica. Dins Francisco Velasco Caballero (coord.), *Régimen jurídico y procedimiento administrativo de los gobiernos locales* (p. 243-285). Instituto de Derecho Local UAM.
- Martín Rebollo, Luis. (2015). Uso y abuso del Decreto-Ley (un análisis empírico). *Revista Española de Derecho Administrativo*, 174, 23-92.
- Merchán Murillo, Antonio. (2019). Identidad digital: su incidencia en el *blockchain*. *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, 50, 1-19.
- Muñoz Machado, Santiago. (2015). *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General* (vol. VI). Boletín Oficial del Estado.
- Parejo Alfonso, Luciano. (2011). La autonomía local en la Constitución española. Dins Santiago Muñoz Machado (dir.), *Tratado de Derecho Municipal* (3a ed.) (p. 47-210). Iustel.
- Pereiro Cárceles, Manuel. (2019a). Usos de la tecnología *blockchain* en la Administración Pública. Dins Beltrán Puentes Cociña, Andrei Quintià Pastrana i Alba Noguiera López (coord.), *El derecho ante la transformación digital: oportunidades, riesgos y garantías* (p. 141-154). Aranzadi Thomson-Reuters.
- Pereiro Cárceles, Manuel. (2019b). La utilización de *blockchain* en los procedimientos de concurrencia competitiva. *Revista General de Derecho Administrativo*, 50.
- Sanz Gómez, Rafael, i Sanz Gómez, Sergio. (2020). Análisis cuantitativo del uso del decreto ley en España. *Revista de Estudios Políticos*, 188, 127-158.