

# El precintado y la incautación de emisoras en el anteproyecto de Ley de Reforma de la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones: ¿una nueva forma de censura previa?

Marc CARRILLO

En los meses últimos, la prensa escrita <sup>1</sup> se ha hecho eco de la intención del Gobierno de llevar a cabo una reforma de la Ley 31/1987, de 18 de diciembre, de Ordenación de las Telecomunicaciones (LOT). El motivo de la especial atención suscitada es debido, en opinión expresada por algunos medios de comunicación, a que el texto del Gobierno le permite cerrar emisoras sin la previa intervención judicial cuando éstas decidan —por ejemplo— divulgar el contenido de conversaciones telefónicas u otro tipo de telecomunicaciones no destinadas al público en general. Ello ha hecho especular sobre la influencia que el llamado *affaire Benegas* <sup>2</sup> haya podido tener en las verdaderas intenciones del Gobierno para establecer unas consecuencias de tal calibre. Recuérdese en este sentido, que el responsable de organización del PSOE interpuso una acción judicial por intromisión ilegítima en su intimidad y violación del secreto de las comunicaciones telefónicas contra la SER, cuando esta cadena de radio difundió parte del contenido grabado de una conversación mantenida por Benegas y otros cargos del PSOE.

En respuesta a estas conjeturas, Josep Borrell ministro responsable del Departamento de Obras Públicas y Comunicaciones que ha aprobado el Anteproyecto de reforma de la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones, declaraba que «el derecho a la información no tiene nada que ver con la modificación de la LOT..., nos estamos limitando a transcribir a la ley las obligaciones y las sanciones previstas en los convenios internacionales firmados por España» <sup>3</sup>.

Desde algunos ámbitos jurídicos se ha considerado, sin embargo, que la sanción consistente en el cierre o clausura de emisoras por la causa señalada atenta contra el derecho a la información, que debe primar sobre el derecho a la intimidad en los supuestos de informaciones dotadas de interés público bien por su contenido o por la relevancia social o colectiva de la persona objeto de la información. Asimismo —se añade— la sanción consistente en el cierre puede, razonablemente, incitar a pensar que el Ejecutivo rememora determinadas prácticas propias de la época de la Ley Fraga de 1966,

al estar implícitamente determinando sobre lo que se debe y no se debe decir; o dicho de otra forma, se están introduciendo elementos de censura previa al sustituir una decisión judicial por una sanción administrativa.

\* \* \*

De acuerdo con lo prescrito en el Anteproyecto de Ley de Modificación de la Ley 31/1987, de 18 de diciembre, de ordenación de las Telecomunicaciones elaborado por el Ministerio de Obras Públicas y Transportes y aprobado en Consejo de Ministros el pasado 11 de octubre para su remisión a las Cortes Generales <sup>4</sup>, el contenido de la reforma que al objeto de este comentario interesa analizar, consiste en una innovación de los supuestos de infracciones muy graves y graves de las normas de ordenación de las telecomunicaciones, así como de las sanciones derivadas de aquéllas.

Así, se considera —con un redactado poco afortunado— como infracción muy grave:

«Art. 33.2.g).—*La divulgación del contenido o de la simple existencia, la publicación de cualquier otro uso, sin autorización, de toda clase de información obtenida mediante la interceptación o recibida de forma involuntaria de telecomunicaciones no destinadas al uso público general*».

De acuerdo con el nuevo art. 34.2, párrafo 3.º, «las sanciones impuestas por cualquiera de las infracciones comprendidas en el art. 33, cuando se requiere título habilitante para el ejercicio de la actividad, *podrán llevar aparejada como sanción accesoria el precintado, incautación de los equipos o aparatos o clausura de las instalaciones en tanto no se disponga de dicho título*» <sup>5</sup>.

El alcance de la reforma de la LOT contenida en el Anteproyecto es, desde luego, mucho más amplio; sin embargo, el comentario que aquí se realiza se circunscribe a los preceptos señalados en la medida en que puedan incidir negativamente sobre alguno de los derechos fundamentales reconocidos en la CE. A este respecto cabe retener la atención sobre los siguientes:

<sup>1</sup> Probablemente, ha sido el diario *El País* (de 12 de octubre de 1991 y de 19 de octubre de 1991) quien ha dado mayor relevancia al contenido del Anteproyecto presentado al Consejo de Ministros por el Ministerio de Obras Públicas y Transportes.

<sup>2</sup> Sobre el caso Benegas, véase mi artículo. «L'afer Benegas des del punt de vista jurídic». *Capçalera. Revista del Col·legi de*

*Periodistes de Catalunya* n.º 23, Barcelona, junio 1991, págs. 15-17.

<sup>3</sup> Véase *El País*, de 12 de octubre de 1991.

<sup>4</sup> En el momento de cerrar este artículo, no hay constancia que dicha remisión al Parlamento se haya producido.

<sup>5</sup> La cursiva es mía.

1) El derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones.

2) El derecho a la intimidad.

3) El derecho a la información.

4) El funcionamiento de las garantías jurisdiccionales así como la operatividad de la medida cautelar de suspensión del acto administrativo impugnado.

1) Sin duda, un primer derecho protegido a través de la tipificación, como falta muy grave, de la divulgación de información obtenida mediante la interceptación de telecomunicaciones, es el *derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones telegráficas, telefónicas y postales* (art. 18.3 CE). Así lo establece, también el Código Penal (art. 497-bis) al tipificar como delito la acción de aquel «que para descubrir los secretos o la intimidad de otros sin su consentimiento interceptare o utilizare instrumentos o artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido será castigado con las penas de arresto mayor y multa...».

La inviolabilidad de las comunicaciones se suele plantear como una consecuencia de la protección del derecho a la intimidad<sup>6</sup>; o, también, como una manifestación concreta de este último<sup>7</sup>. A través del derecho tipificado en el art. 18.3 de la CE se trata de proteger todo tipo de comunicación de naturaleza privada entre las personas, con independencia de la naturaleza del instrumento que facilite dichas comunicaciones.

2) Por su parte, la *intimidad* es el derecho que habilita a su titular a oponerse a cualquier intromisión procedente de ámbitos públicos o privados sobre la esfera de su ámbito personal o familiar más próximo. Únicamente con el consentimiento del afectado se puede llegar a conocer lo que constituye el núcleo o la esfera más vinculada a la individualidad de la persona.

Parece evidente, que el ámbito protegido por la inviolabilidad de las comunicaciones se refiere a lo que convencionalmente se entiende como vida privada, concepto éste más genérico y amplio que el de intimidad; y que, a su vez, puede ser alegado en su defensa no sólo por personas físicas —nacionales y extranjeros— sino también por personas jurídicas con independencia de la nacionalidad de las mismas.

Por tanto, la intimidad y en general la vida privada de una persona pueden quedar afectadas si se produce una violación del secreto de las comunicaciones; no obstante ello, es preciso subrayar que ambos derechos fundamentales tienen substantividad propia y de ésta se pueden deducir consecuencias diferentes cuando entren en colisión con el derecho a la información.

En relación a la intimidad y otros derechos de la personalidad, una reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha establecido el valor preferente

del derecho a la información, cuando el objeto de la misma sea de interés colectivo o así lo requiera la dimensión pública de la persona sobre la que se difunde una noticia<sup>8</sup>. Asimismo, acogiendo los criterios interpretativos de la célebre sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el caso *New York Times V. Sullivan* (1964), ha introducido el límite de la veracidad en la información, no a partir de su absoluta adecuación a la realidad de los hechos sino en función de la debida diligencia en la obtención de aquello que se difunde<sup>9</sup>. También en relación a la veracidad, el TC recuerda que ésta no opera de igual manera frente al honor que con respecto a la intimidad<sup>10</sup>: en el primer caso la veracidad en la información no genera responsabilidad jurídica por la incidencia que pueda tener sobre la consideración social del individuo, mientras que si lo que está en juego es el derecho a la intimidad, la veracidad de la información no excluirá de responsabilidad civil o penal, salvo que se demuestre su interés público.

3) La cuestión se plantea de forma distinta con respecto a la *inviolabilidad de las comunicaciones* y su relación con el *derecho a la información*. Se trata de un derecho fundamental que por precepto constitucional (art. 55 de la CE) únicamente decae en los supuestos de declaración de los estados de excepción o de sitio y, de forma individualizada, para personadas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas. Por esta razón el valor preferente del derecho a la información sobre un objeto o un sujeto de interés público no puede legitimar una vulneración del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones. En ningún caso el valor preferente de un derecho fundamental puede permitir la violación de otro derecho fundamental; cuando el TC atribuye esta condición al derecho a la información frente a los derechos de la personalidad, lo hace desde el carácter no absoluto de los derechos y de acuerdo con la función esencial que los artículos reconocidos en el art. 20.1 d) de la CE cumplen en el Estado democrático. A partir de la legitimidad que el pueblo le otorga, el Estado queda habilitado para que —por ejemplo— sus órganos jurisdiccionales puedan relativizar nociones particularistas del honor, la intimidad y la propia imagen de las personas, que, como tales, ignoren la existencia de valores y bienes jurídicos colectivos que el Estado *también* debe proteger. Entre éstos, se encuentra el derecho a recibir información veraz sobre asuntos y personas de interés público.

Cuestión, en parte, distinta es la difusión de una información obtenida a través de la violación del secreto de las comunicaciones. Esta es una de las infracciones de carácter muy grave que, como se ha señalado más arriba, introduce el Anteproyecto de reforma de la LOT.

<sup>6</sup> Véase J. M. Serrano Alberca, Artículo 18. En: F. Garrido Falla, *Comentarios a la Constitución*. Civitas, 2.ª ed Madrid, 1985, pág. 373.

<sup>7</sup> Véase César Sempere Rodríguez, Artículo 18. Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen. En *Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución Española de 1978* (dirigidos por Oscar Alzaga). Edersa, Madrid, 1984, pág. 440

<sup>8</sup> Véase la STC 104/1986 de 17 de julio, reiterada con posterioridad en numerosas resoluciones.

<sup>9</sup> Véase STC 6/1988, de 21 de enero.

<sup>10</sup> Véase SSTC 105/1990, de 6 de junio y 171/1990, de 5 de noviembre.

Ciertamente, no hay duda que *aquel medio de comunicación que difunda una información obtenida, directa o indirectamente, mediante una acción material de alteración del secreto de las comunicaciones*, no podrá alegar en su defensa el interés público de aquello que emite o publica, aunque objetivamente así sea. Ni tampoco podrá escudarse en el *secreto profesional* para guardar discreción sobre cómo y a través de quién ha obtenido la información difundida. Sin duda, habrá violado un derecho fundamental e incurrirá en responsabilidad penal.

Distinta será la posición del medio de comunicación que no esté implicado en la violación del derecho al secreto de las comunicaciones. Si ha adquirido por medio legal una información inicialmente obtenida por *otra persona* mediante la interceptación de una comunicación no destinada al uso general, será libre de difundirla o no, en función no sólo de los criterios de interés público que incidan sobre el contenido del material a comunicar, sino también de acuerdo con las normas deontológicas de la profesión. Sentada esta premisa y *no habiendo participado en la obtención de la información*, será constitucionalmente legítimo alegar, en su caso, el secreto profesional, como derecho que permite guardar discreción sobre las fuentes informativas frente a poderes públicos y a particulares.

Del redactado del Anteproyecto se deriva, sin embargo, un planteamiento mucho más rígido ya que el medio de comunicación no queda exonerado de responsabilidad aún en el supuesto de que la información interceptada haya sido obtenida de forma involuntaria, es decir sin incurrir en ningún tipo de responsabilidad jurídica. Con ello se adopta una posición en exceso restrictiva que puede impedir el conocimiento de asuntos de interés general, cuya difusión es susceptible de redundar en beneficio de la necesaria transparencia de la llamada cosa pública, de la que los poderes públicos son gestores. No se olvide, que el principio de publicidad de los actos del Estado es la regla y no la excepción en el funcionamiento de los órganos y funcionarios a su servicio. Y no sólo los poderes públicos han de quedar afectados por este planteamiento, sino también la actividad de aquellas personas y entidades privadas que afecta al interés colectivo.

4) Finalmente, procede abordar la incidencia que el nuevo redactado del Anteproyecto tiene sobre el sistema de garantías de los derechos fundamentales, y el eventual peligro que pueden generar algunas sanciones previstas. Aquí es donde —a mi juicio— se plantea el problema de mayor relevancia: concretamente, el precintado, la incautación de los equipos o aparatos y la clausura de las instalaciones... ¿suponen una revitalización de la censura previa?

La CE, adoptando la tradición liberal, es concluyente al excluir cualquier apelación a la técnica jurídica del control preventivo sobre el ejercicio de la libertad de expresión y el derecho a la información, reconocidos en el art. 20. Se prohíbe cualquier tipo de censura previa así como también el secuestro ad-

ministrativo de publicaciones, grabaciones o programas, como medida cautelar.

La prohibición de censura previa afecta tanto al objeto como al contenido del derecho a la información. Consiste no sólo en impedir la difusión por cualquier medio de comunicación, de una información o parte de la misma, sino también «la introducción de cualquier tipo de formalidad administrativa que, resultando de alguna manera gravosa, no sea necesaria para garantizar el lícito ejercicio del derecho»<sup>11</sup>. La prohibición de censura afecta, a su vez, a los diferentes elementos que integran el proceso informativo, como son la investigación, la comunicación o la misma recepción de aquello que se hace público.

Por tanto, ¿en qué medida, las sanciones establecidas en el nuevo art. 34 del Anteproyecto pueden suponer la introducción de elementos de censura previa?

Para la imposición de *sanciones administrativas* dicho precepto distingue entre aquellas que se pueden imponer sobre el ejercicio de una actividad para la que se requiere y se posee título habilitante (en este caso la sanción puede ser el precintado o incautación de los equipos y aparatos) y aquellas otras que precisando de dicho requisito, todavía no se dispone del mismo (en este caso, la sanción es la clausura de las instalaciones).

Centraremos la atención en el significado de las sanciones cuando *ya existe título habilitante para el ejercicio de la actividad*: el precintado o la incautación de los equipos y aparatos.

Ambas son medidas cautelares tomadas por la autoridad administrativa que significan: en el primer supuesto, la imposibilidad de acceso a las instalaciones del medio de comunicación durante el período de tiempo que la medida cautelar dure; en el segundo, el comiso de los instrumentos materiales que integran los equipos y aparatos que configuran el diario, la emisora de radio o la cadena de televisión. Ambas, a su vez, son de naturaleza más grave que el secuestro de la publicación o grabación.

No hay duda que medidas de esta naturaleza resultan gravosas, considerablemente gravosas —habría que precisar— no sólo por el perjuicio que sin duda producen en la credibilidad del medio sino también —por ejemplo— por el monto que pueden alcanzar las pérdidas ocasionadas por la no emisión de publicidad durante unos días. Pero la cuestión jurídica principal no radica tanto en los efectos que sobre el medio puedan producir las sanciones citadas como *quien es la autoridad que ha de decidir sobre las mismas*. Aquí es donde reside el problema de constitucionalidad más relevante que plantea el Anteproyecto de Ley.

La razón es la siguiente: como es bien sabido, la CE establece un sistema represivo de control sobre el ejercicio de los derechos fundamentales. De acuerdo con este criterio, el art. 20.5 establece que «sólo podrá acordarse el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información en virtud de resolución judicial». El secuestro es una medida cautelar acotada en el tiempo, cuyo objeto

<sup>11</sup> Véase Fernández Miranda y Campoamor, *op. cit.*, pág. 535-536.

es impedir la difusión posterior de una información publicada o emitida, pero sin que ello afecte a cualquier otra actividad informativa producida en el mismo día ni, por supuesto, al instrumental o equipo del que se dota el medio. Es evidente, pues, que tanto el precintado como la incautación son medidas cautelares más incisivas y graves. En consecuencia, si el secuestro requiere la previa decisión judicial, se hace difícil pensar que otras medidas cautelares que afectan a derechos fundamentales y que son de mayor calado, puedan ser tomadas por decisión administrativa; ello supondría introducir un criterio de control preventivo que la CE no permite, salvo en los supuestos especiales del art. 55.

Sin perjuicio de la eventual culpabilidad en la que pueda encontrarse inserto un medio de comunicación por haber —por ejemplo— interferido un teléfono, deberá ser la autoridad judicial la que, en uso de la potestad jurisdiccional que le corresponde, decida aplicar las contundentes medidas cautelares que el legislador ha establecido. Es en sede judicial, donde deben evaluarse los intereses jurídicos en conflicto: la existencia de indicios racionales de responsabilidad criminal en el medio, la viabilidad o no de la alegación del secreto profesional, la incidencia de la difusión de la información sobre los derechos de la personalidad, la conveniencia o no de aplicar como sanción accesoria a la multa, el precintado o la incautación, etc.

Si la decisión se traslada a la Administración, ésta se convierte —por unos días— en juez y parte, al tener potestad para decidir sobre la continuidad del soporte material que da cobertura al derecho a la información, y al que ella misma en su día atribuyó habilitación para ejercer —como establece el art. 2.1 de la LOT— un servicio esencial de titularidad estatal.

Cuestión diferente sería el supuesto del medio de comunicación que, careciendo de título habilitante para el ejercicio de la actividad, intercepta sin autorización una telecomunicación no destinada al uso público general. En este caso, la ausencia del título habilitante para ejercer la actividad ha de permitir la actuación preventiva, ya que el derecho a comunicar información por cualquier medio de difusión exige, en los supuestos de uso de telecomunicaciones, el acceso a una red de conexión de titularidad estatal. Es el Estado, mediante concesión administrativa, quien permite el uso de esta red; si la habilitación no existe, parece lógico que en los supuestos de presunta comisión de delito se puede arbitrar una medida cautelar tan contundente como la clausura de las instalaciones en tanto no se disponga del tí-

tulo habilitante, a fin de procurar un uso equitativo de un bien público.

No obstante, y como último apunte, conviene recordar que las previsiones de este Anteproyecto de Ley en materia sancionatoria, quedan mediatizadas por el carácter del recurso de *amparo ordinario* para la tutela de derechos fundamentales. Como es bien conocido, la Ley 62/78, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona ha supuesto un cambio importante en relación a la posición procesal del individuo cuando pleitea con la Administración. La Ley 62/78 ha variado uno de los principios clásicos del Derecho Administrativo como era el de la ejecutividad de los actos administrativos; de acuerdo con ello, se ha modificado el criterio sentado —con matices— por el art. 45 de la Ley de Procedimiento Administrativo, el art. 34 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y, finalmente, por el art. 122 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, según el cual la legalidad del acto administrativo se presumía salvo que la jurisdicción contencioso resolviere en sentido contrario. Tras la Ley 62/78, y cuando lo que se dirime es la posible violación de un derecho fundamental, se ha establecido como regla y no como excepción, la medida cautelar de suspensión del acto administrativo impugnado salvo que el juez considere que ello pueda redundar en perjuicio de bienes jurídicos colectivos. De esta forma, el medio de comunicación dispone de un poder de reacción ante una cautela administrativa que puede producir efectos muy negativos sobre el mismo, sin perjuicio —evidentemente— de lo que resuelvan con posterioridad los tribunales ordinarios.

En cualquier caso, sin embargo, ello no hace desaparecer los elementos de censura previa que supone el mantenimiento de las medidas cautelares administrativas de precintado e incautación de equipos o aparatos.

Estamos pues —a mi juicio— ante una innovación de lo preceptuado por la Constitución en su art. 20.2; es decir ante un supuesto de inconstitucionalidad. No parece pues que se trate —como afirmaba el Ministro Josep Borrell— de una simple adaptación de la LOT a las obligaciones y sanciones previstas en los convenios internacionales firmados por España. Puesto que de ser así, y en función de todo lo expuesto, habría que activar lo que ha previsto la propia CE: «la celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional» (art. 95.1). Este sería la consecuencia que derivaría de la aprobación de una reforma de la LOT inspirada en detraer competencias judiciales en favor de la autoridad administrativa.