

¿PERO QUIÉN VIGILARÁ A LOS VIGILANTES?

Sed quis custodiet ipsos custodes?
Juvenal, h.60-h.130 d.C., Sat. 6, 347

Autor: *María del Valle López Alfranca*¹

Comandante Auditor, Consejera Técnica del Gabinete Técnico
de la Subsecretaría de Defensa.

Resumen

Este artículo analiza las cuestiones jurídicas relacionadas con los servicios de inteligencia examinando los fundamentos de su presencia dentro del Estado constitucional. Los fundamentos jurídicos determinarán en cada caso, la organización, competencias y control de los servicios de inteligencia. De esta forma, se exponen los fundamentos específicos que se pueden encontrar en el Derecho Español para regular los servicios de inteligencia.

Palabras clave: servicios de inteligencia; regulación; fundamentos jurídicos; aspectos jurídicos; control.

¹ mvlopalf@gmail.com

But who will guard the custodians themselves?

Abstract.

This article analyzes the legal issues regarding intelligence services by examining the foundations of its presence in the Constitutional State. Juridical elements will determinate in each case the organization, duties and oversight of the intelligence services. In this way, specific foundations that can be found in Spanish Law to regulate intelligence services are expounded.

Key words: Intelligence services; regulation; juridical foundations; legal issues; oversight.

Recibido: 07-04-2014

Aceptado: 04-06-2014

1. PLANTEAMIENTO

En relación con los servicios de servicios de inteligencia, nos encontramos con que la Constitución consagra en su artículo 1.1 un Estado de Derecho, esto es, un Estado en el que se garantizan plenamente los derechos y libertades, sin perjuicio de que -junto a ellos- coexista un valor igualmente digno de protección, como es el de la seguridad nacional². La protección a este valor implica una significativa limitación al principio de publicidad de la acción estatal, incluso frente a las potestades jurisdiccionales propias de los juzgados y tribunales, como ocurre en el caso de la protección de materias clasificadas. Sin embargo, el concepto de seguridad no debe de ser entendido como un medio para luchar contra cualquier amenaza, sino que, además, esa lucha debe llevarse a cabo con escrupuloso respeto de los derechos y libertades. No en vano los Estados están obligados a respetar y hacer respetar los derechos de cualquier persona que se halle bajo su jurisdicción, incluidos los que no respetan los derechos de los demás. Sin embargo la cuestión es más compleja ya que, tras las atentados del 11-S o del 11-M, ha irrumpido en la escena internacional un nuevo actor, el terrorismo globalizado, contra el que los estados democráticos no están acostumbrados a luchar, aunque hay que tener en cuenta que no es la única amenaza. Todo ello ha introducido en el debate público la preocupación de contar

² RUIZ MIGUEL, C., "Servicios de inteligencia y seguridad del estado constitucional", Tecnos Madrid, 2002, p.174 y ss, analiza el fundamento jurídico -constitucional de los servicios de inteligencia en nuestro ordenamiento jurídico.

con unos buenos servicios de inteligencia, que puedan garantizar el disfrute de esos derechos y libertades fundamentales a los que nos referimos.

La cuestión inicial que debe resolverse en relación con los procedimientos para controlar la actividad de los servicios de inteligencia y seguridad es la de si deben ser regulados legalmente, pues este punto ha sido ampliamente debatido en todos los países, y no ha sido infrecuente la afirmación de que la mejor regulación de estos servicios es la que no existe.³

Naturalmente que la inexistencia de regulación legal de tales servicios posibilita a éstos para realizar actividades sin el control inicial que supone tener que restringir su actuación a una serie de principios, finalidades y objetivos previstos en la ley, con lo que se desequilibra la relación seguridad/libertad a favor del primero de esos factores.

El control sobre esta parte de la Administración es muy reciente ya que, por las excepcionales circunstancias que se vivían durante la guerra fría, el nivel de tolerancia tanto de los políticos como de los ciudadanos hacia la actuación de sus servicios de inteligencia fue enorme, pero ello acabó degenerando a medio plazo en prácticas incontrolables por parte de los espías. Son los primeros escándalos,⁴ a finales de los años sesenta, los que muestran signos evidentes de mala praxis en los servicios de inteligencia y se comienza a poner coto a esa actuación autónoma⁵, posición que irá creciendo a medida que nos acerquemos al final de la guerra fría.⁶

³ GARCÍA SANZ, F., "Introducción: hacia una "cultura de los Servicios de los Servicios de Inteligencia" Arbor CLXXX, (núm.709, enero 2005), p. 11, cita al Almirante Gianfranco Batteli, jefe desde 1996 a 2001 del Servizio per le Informazioni e la Sicurezza Militare, que dice "estoy convencido de que si un Estado decide dotarse de Servicios de Inteligencia es porque ha llegado a la conclusión de que con los medios ordinarios no le es posible garantizar adecuadamente la seguridad. Pedir que operen en el ámbito de la legalidad que hace de marco a la actividad de la magistratura y de las fuerzas de policía es en consecuencia, una auténtica *contradictio in terminis*, que termina por negar la propia razón de la creación de servicios de información y seguridad. Me parece, por tanto, demasiado obvio que los servicios deban poder hacer cosas ilegales".

En una entrevista al Teniente General Andrés Cassinello éste manifestó que "Lo principal se sabe ya, y lo que no, no sé si es bueno que se sepa", http://elpais.com/diario/2008/05/18/espana/1211061611_850215.html (consultado el 12/02/2014).

⁴ CORVALÁN MÁRQUEZ L., "Las acciones encubiertas norteamericanas entre el 4 de septiembre y el 4 de noviembre de 1970, según el Informe Church y otros documentos desclasificados por los EE.UU". Universidad Academia de Humanismo Cristiano(Santiago-Chile)Tiempo Histórico (núm.º2 /117-132/.2011). Este interesante artículo analiza la información que proporcionó el Informe Church, elaborado por una comisión establecida en el Senado estadounidense, así como también otros documentos norteamericanos desclasificados, sobre la estrategia y las medidas prácticas entre septiembre y octubre de 1970, por el gobierno de los EE.UU. frente al triunfo de Salvador Allende en las presidenciales de ese año.

⁵ Algunos países distinguen en la función de control entre *oversight* (supervisión) y *review* (revisión) y lo encomiendan a órganos diferentes (véase "Review and Oversight in the New Millennium: Challenges of a Multipolar World", www.sirc-csars.gc.ca/11000.html y Oversight and Accountability Model "Asserting Parliament's Oversight Role in enhancing Democracy" <http://www.pmg.org.za/files/docs/080319oversightmodel.pdf>).

⁶ Véase también <http://www.dcaf.ch/Publications/International-Standards-Compilation-of-Good-Practices-for-Intelligence-Agencies-and-their-Oversight>.

En lo que se refiere a España, la regulación de los servicios de inteligencia y seguridad es muy reciente, pese al hecho de haber sido pioneros en su concepción y utilización⁷, debido a que siempre se había mantenido la tesis de que no resultaba aconsejable regularlos para dotarlos de una mayor libertad de actuación.⁸

A raíz de las escuchas telefónicas ilegales que se hicieron públicas en junio de 1995⁹ se evidenció la necesidad de establecer un marco legal que sirviera de límite y posibilitara el control de sus actividades y, al mismo tiempo, que regulara el uso de los denominados “*procedimientos de inteligencia*”, necesarios para obtener datos e informaciones (escuchas telefónicas o entradas y registros en domicilio), estableciendo unos procedimientos que, al mismo tiempo, sirvieran de garantía de los derechos

⁷ RUIZ MIGUEL, C., “Servicios de inteligencia y seguridad del estado constitucional”, Tecnos Madrid, 2002, p.166 mantiene que la Inquisición disponía de una extensa red de información, y al ser un órgano del Estado cumplía las funciones de “inteligencia interior”. En cuanto a la inteligencia exterior, el citado autor mantiene que el antecedente más importante lo encontramos durante el reinado de Felipe II, en el que España disponía de diferentes redes de espionaje que operaban en todos los teatros en los que intervenía España.

⁸ La primera norma que se ocupó de ellos en tiempos relativamente recientes fue la Ley de 26 de julio de 1935 de reforma del capítulo II del título V libro II del Código de Justicia Militar (Ministerio de la Guerra, Gaceta de Madrid de 2 de agosto, núm. 214) en lo relativo a los delitos de espionaje, y que autorizó en su art. 3 a las autoridades de todo orden, sin incurrir en responsabilidad, a “demorar la detención de los espías, suspender la tramitación de las denuncias contra los mismos y la incautación de instalaciones o elementos de que aquellos se valieren en relación con sus actividades y las de sus cómplices, auxiliadores o encubridores, siempre que dichas suspensiones o demoras tengan lugar por estimar aquellas Autoridades que así conviene a los intereses de la defensa nacional”.

El reconocimiento de la existencia de servicios de inteligencia tuvo lugar en el Real Decreto 2723/1977, de 2 de noviembre, que creó el Ministerio de Defensa (BOE núm. 265, de 5 de noviembre), y que estableció el Centro Superior de Información de la Defensa (art. 21), como “órgano encargado de obtener, evaluar, interpretar y facilitar al titular del Departamento cuanta información sea necesaria o interese a la defensa nacional, atendiendo prioritariamente a las necesidades de la Junta de Jefes de Estado Mayor”.

La primera disposición que avanzó un paso más, refiriéndose a su estructura y determinando sus misiones, fue una disposición de ínfimo rango, una Orden Ministerial, la 135/1982, de 30 de septiembre (BOE núm. 27, de 1 de febrero de 1984), ya que tras el intento de golpe de Estado de 23 de febrero de 1981, se hizo necesaria la concreción de las funciones de un servicio de seguridad, cuya actuación había estado en entredicho en la intentona golpista. Posteriormente se dictó el Real Decreto 2632/1985, de 27 de diciembre, relativo a la estructura y relaciones del Centro Superior de Información de la Defensa (BOE núm. 42, de 17 de febrero).

⁹ “Dentro de esa actividad del CESID, se captaron, escucharon y grabaron, entre otras muchas, conversaciones del Rey Juan Carlos (no consta fecha), de los ministros Francisco Fernández Ordóñez (1990) y José Barrionuevo Peña (1990), del parlamentario socialista Enrique Múgica Herzog (1986), de vocal del Consejo General del Poder Judicial, Pablo Castellano Cardalliaguet (1986). También de Gustavo Durán Romero (1989 y 1990), Ramón Mendoza Fontela (1990), José María Ruiz Mateos (1990) y Jaime Campmany Díez de Revenga (1985); de responsables de la Asociación Civil de Dianética (1987-1988). Estas conversaciones, alguna de las cuales tenía contenido de carácter puramente sentimental -descrito como «palabras de amor» o «ligue» en la etiqueta de la cinta- se conservaron archivadas durante años. Un número indeterminado de grabaciones, como también alguna documentación relativa al funcionamiento del gabinete de escuchas llegó a conocimientos de algunos medios de comunicación, por vía o vías que no han podido determinarse.”(Sentencia núm. 227 de la Audiencia Provincial de 26 de mayo de 1999).

individuales. Fruto de este planteamiento han sido la Ley Orgánica 2/2002, de 6 de mayo, reguladora del control judicial previo del Centro Nacional de Inteligencia, (BOE núm. 109 de 7 mayo) y la Ley 11/2002, de 6 de mayo, reguladora del Centro Nacional de Inteligencia, (BOE núm. 113 de 11 mayo) dos normas de máximo rango legal que se dirigen a dar respuesta a la necesidad de controlar las actividades de los servicios de inteligencia y seguridad, y son el marco al que debe ajustar su actividad el Centro Nacional de Inteligencia, (en adelante CNI).¹⁰

En este artículo se pretende analizar el régimen jurídico del CNI, atendiendo a los aspectos puramente administrativos del mismo. El objeto de dicho análisis se centrará en la normativa ya citada, ya que no se va a entrar a analizar el estatuto de su personal, al objeto de conocer los aspectos jurídico administrativos de uno de los organismos más “especiales”, sino el más *especial*, de la Administración General del Estado.

Analizaremos una serie de cuestiones al respecto.

1.1. Principios a los que debe acomodar su actuación

Como los demás órganos de la Administración Pública a la que pertenece, el CNI debe acomodar su actividad a los principios contenidos en el art. 109.1 de la Constitución, que impone servir con objetividad los intereses generales, actuando con pleno sometimiento a la ley y al Derecho. El art. 2, de la ley 11/2002, cuyo apartado 1 reproduce el mandato constitucional, añade que “*llevará a cabo sus actividades específicas en el marco de las habilitaciones establecidas en la presente ley y en la ley orgánica 2/2002, de 6 mayo, reguladora del control judicial previo*”.

No obstante, existe una clara discordancia entre los propósitos enunciados en su exposición de motivos y el texto legal propiamente dicho que, en definitiva, es lo que constituye la norma vigente. En efecto, la exposición de motivos habla de “*eficacia y transparencia*”, cuando lo cierto es que la actividad de los servicios de inteligencia y seguridad se caracteriza por su relativa opacidad, incluso en sus expresiones y de lo que es una buena muestra el precitado párrafo 1 del art. 2 que habla de “*actividades específicas*”, las cuales en términos coloquiales se suele traducir por métodos intrusivos en la esfera de los derechos individuales, lo cual ilustra la “*transparencia*” en la actuación de los servicios respecto a la que se refiere la exposición de motivos.

¹⁰ DÍAZ FERNÁNDEZ, A. M., “Modelos de control parlamentario de los servicios de inteligencia” Estudio/Working Paper (núm. 139/2012) p. 7, “Estos diferentes niveles de trabajo deben actuar de forma coordinada. El ya clásico Harry Ransom lo resumía muy acertadamente cuando afirmaba que “sólo una Presidencia sofisticada, un Congreso alerta y vigilante, una firme actitud inquisitiva por parte de la prensa y de los académicos, pueden aportar alguna esperanza de mantener un equilibrio en el futuro entre el secreto de las agencias y un control público; entre una visión distorsionada e interesada de los asuntos exteriores y la realidad; y entre las contraproducentes acciones encubiertas y la aplicación de beneficiosa influencia en asuntos exteriores”.

El segundo de los principios es el sometimiento de las actividades del Centro al “control parlamentario y judicial en los términos de esta ley y la ley orgánica reguladora del control judicial previo”, pero siempre “sin perjuicio de la protección de sus actividades”.

Por último, el apartado 3º señala que en el desarrollo de sus actividades y en el ejercicio de sus funciones, el CNI “actuará bajo los principios de eficacia, especialización y coordinación”, y siempre dentro y “de acuerdo con los objetivos de inteligencia definidos por el Gobierno”.

1.2. Los fines y funciones del CNI

El CNI, además de moverse en el marco de los principios que le marca la ley viene limitado por el cuadro de objetivos que ha establecido el poder Ejecutivo en la Directiva Anual de Inteligencia, así como por la utilización de medios y procedimientos intrusivos de inteligencia, pero cuando se habla de los fines del Servicio o de las “funciones” o “misiones” que debe desarrollar, nos encontramos más bien en presencia de limitaciones impuestas por la ley al Gobierno, que no podrá asignar tareas al CNI fuera de los fines que éste cumple dentro de la estructura del Estado social y democrático de Derecho, o fuera de las misiones que le vienen asignadas en la ley¹¹.

¹¹ Audiencia Provincial de Madrid, sentencia núm. 155/2005, de 4 de abril, “Y, por último, que este Tribunal no puede desconocer la obviedad de que los servicios de información a quienes se asignan misiones tan graves como difíciles - hagan todo lo posible para cumplir con eficacia el cometido que se les asigna”.

Estas misiones se incluyen en el art. 4º de la ley:

1ª. “Obtener, evaluar e interpretar información y difundir la inteligencia necesaria para proteger y promover los intereses políticos, económicos, industriales, comerciales y estratégicos de España, pudiendo actuar dentro y fuera del territorio nacional”.

2ª. “Prevenir, detectar y posibilitar la neutralización de aquellas actividades de los servicios extranjeros, grupos o personas que pongan en riesgo, amenacen o atenten contra el ordenamiento constitucional, los derechos y libertades de los ciudadanos españoles, la soberanía, integridad y seguridad del Estado, la estabilidad de sus instituciones, los intereses económicos nacionales y el bienestar de la población”.

3ª “Coordinar la acción de los diferentes organismos de la Administración que utilicen medios o procedimientos de cifra, garantizar la seguridad de las tecnologías de la información en ese ámbito, informar sobre la adquisición coordinada de material criptológico y formar al personal, propio o de los otros servicios de la Administración, especialista en este campo para asegurar el adecuado cumplimiento de las misiones del Centro”; y la de “Velar por el cumplimiento de la normativa relativa a la protección de la información clasificada” con arreglo a la ley de secretos oficiales”.

4ª. “Garantizar la seguridad y protección de sus propias instalaciones, información y medios materiales y personales”.

Las funciones de los apartados c) y d) no cabe calificar como misiones: “Promover la relaciones de cooperación y colaboración con servicios de inteligencia de otros países o de Organizaciones internacionales, para el mejor cumplimiento de sus objetivos” (ningún organismo de inteligencia o seguridad puede justificarse con una tarea como esta) y “Obtener, evaluar e interpretar el tráfico de señales de carácter estratégico, para el cumplimiento de los objetivos de inteligencia señalados al Centro”(es un procedimiento de investigación y obtención de información).

La finalidad del CNI aparece en el art. 1º de la Ley 11/2002, que dispone que es el “organismo público responsable de facilitar al Presidente del Gobierno y al Gobierno de la Nación las informaciones, análisis, estudios o propuestas que permitan prevenir o evitar cualquier peligro, amenaza o agresión contra la independencia o integridad territorial del España, los intereses nacional y la estabilidad del Estado de Derecho y sus instituciones”.

1.3. La estructura del Centro Nacional de Inteligencia

El art. 5 de la ley califica como secreto de conformidad con la Ley 9/1968, de 5 de abril, sobre Secretos Oficiales (BOE núm. 84, de 6 de abril de 1968) la “organización, estructura, medios y procedimientos, personal, instalaciones bases y centros de datos, fuentes de información y las informaciones y datos que puedan conducir al conocimiento de las anteriores materias”.¹²

¹² En relación con la protección del secreto el capítulo III del Título XXIII del Código Penal (“Del descubrimiento y revelación de secretos e informaciones relativas a la Defensa Nacional”) castiga al que se procurare, revelare, falseare o inutilizare información legalmente calificada como reservada o secreta, relacionada con la seguridad nacional o la defensa nacional.

La garantía jurisdiccional más efectiva reside en el reconocimiento del secreto profesional que establece el art. 24.2CE, y que exime del deber de colaborar con la justicia recogido en el art. 118 y cuyo incumplimiento supone la comisión del delito previsto en el art. 412 del Código Penal (denegación de auxilio a la justicia). El art. 417.2 dice que “No podrán ser obligados a declarar como testigos: Los funcionarios públicos, tanto civiles como militares, de cualquier clase que sean, cuando no pudieren declarar sin violar el secreto que por razón de sus cargos estuviesen obligados a guardar, o cuando, procediendo en virtud de obediencia debida, no fueren autorizados por su superior jerárquico para prestar la declaración que se les pida.” aunque el art 418 exceptúa el caso en que “el delito revista suma gravedad por atentar a la seguridad del Estado, a la tranquilidad pública o a la sagrada persona del Rey o de su sucesor”.

El Tribunal Supremo en sentencia de 12 de marzo de 1992, dictada en relación al denominado caso Gal, admitió como lícita la negativa de algunos testigos a declarar, testigos entre los que estaba el Presidente del Gobierno, sobre materias afectadas por el secreto de estado como eran los fondos reservados, de los que se sospechaba habían sido empleados para cometer ciertos delitos. Sin embargo en una sentencia de 20 de febrero de 1995, se afirma que revelar a la autoridad judicial el uso concreto de fondos reservados no constituye delito alguno y el funcionario no imputado no puede ampararse en el art 417.2 LECrim. “Cuando esas Leyes, conforme en el supuesto aquí enjuiciado ocurre, modulan el procedimiento de investigación, introduciendo determinadas exigencias al objeto de tutelar otros intereses o valores que el ordenamiento quiere proteger, inclusive defiriendo a otras instancias la posibilidad de apreciar la concurrencia de esos intereses -seguridad del Estado defensa nacional-, como ocurre, y se ha expuesto anteriormente, respecto del Consejo de Ministros y las «materias clasificadas», es patente que no puede hablarse de creación de espacios de impunidad para ciertos comportamientos delictivos ni de exención para las Administraciones Públicas del deber de denunciar y perseguir los delitos de que tuvieren conocimiento. Lo que hace entonces el ordenamiento no es dejar fuera de la labor investigadora del Juez espacio delictivo alguno, sino únicamente modular restrictivamente la utilización de determinados medios probatorios” “La Ley de Enjuiciamiento Criminal -artículos 416 y 417-, por su parte, consagra la dispensa de declarar para parientes y Abogado del procesado; para ministros religiosos y funcionarios públicos que no pudieran hacerlo sin violar el secreto que estuviesen obligados a guardar, de cuya observancia, obviamente, nunca podrían ser dispensados por mera determinación del Juez instructor” (Sentencia de 14 de diciembre de 1995 de la Sala Especial de Conflictos).

El Real Decreto 436/2002, de 10 de mayo regula la estructura del Centro Nacional de Inteligencia (BOE núm. 113, de 11 de mayo). La estructura del CESID si se recogía de forma pública en el Real Decreto 266/1996, de 16 de febrero, por el que se modifica la estructura orgánica básica del Centro Superior de Información de la Defensa (BOE núm. 42, de 17 de febrero). Al calificarse de secreto se impide así utilizar la regulación legal de su estructura como un medio más para controlar las actividades no deseables. En efecto, sin llegar a desvelar la estructura al detalle hubiera sido posible incluir principios que servirían de pauta necesaria a su desarrollo reglamentario, y que podrían marcar unos criterios de funcionamiento interno que favorecieran su control, evitando las disfunciones y problemas de control que se produjeron en el funcionamiento del CESID.¹³

1.4. Los medios de investigación

Las leyes de 6 mayo de 2002 contienen una referencia expresa a los medios de los que dispone el CNI para obtener los datos e informaciones que pueden servir de base a sus evaluaciones de inteligencia. Esto supone otro límite a su actividad, pues esos medios constituyen una especie de “*numerus clausus*” como se deduce de lo dispuesto en el art. 2.1 de la ley 11/2002 que señala que el Centro “*llevará a cabo sus actividades específicas en el marco de las habilitaciones expresamente estable-*

La STS núm. 1094/2010, de 10 de diciembre, condenó como autor de un delito de traición a un antiguo miembro del CESID-CNI que se había hecho y llevado del CESID-CNI documentación e información clasificada como secreta, con la intención de ofrecérsela a los servicios secretos de Rusia, si bien no se cuenta con acreditación suficiente de que ese ofrecimiento se llegara a materializar.

¹³ Hubiera sido conveniente haber incorporado al texto de la ley la distinción entre las funciones de las unidades de inteligencia o contrainteligencia, las del Director y las de los organismos de apoyo técnico u operativo y así bastaría examinar el esquema de actuación de cualquier actividad para estar en condiciones de comprobar si se ha actuado dentro de los principios inspiradores y de las funciones y objetivos señalados en la Directiva anual de Inteligencia.

Con fecha de 11 de octubre de 1995, el titular del Juzgado Central de Instrucción número 5 de la Audiencia Nacional, Baltasar Garzón, dirigió un requerimiento al Director del CESID con el fin de que se le entregase una documentación clasificada como secreta y ante la negativa del Ministerio el juez planteó un conflicto de jurisdicción con el Ministerio que fue resuelto por Sentencia de 14 de diciembre de 1995 de la Sala Especial de Conflictos del art. 38 de la LOPJ: “Por su parte, la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común –Ley 30/1992, de 26 de noviembre, art. 37.5 y 6- veda el ejercicio del derecho de acceso en relación a expedientes que contengan información sobre la defensa nacional o a la seguridad del Estado y ratifica que se regirán por sus disposiciones específicas el acceso a los archivos sometidos a la normativa sobre materias clasificadas”.

La Sentencia núm. 155/2005 de 4 de abril de la Audiencia Nacional declaró no haber lugar a la promoción del conflicto de jurisdicción con el Gobierno ni a la desclasificación parcial de los aspectos relativos a la estructura, organización, medios y procedimientos operativos desarrollados entre los años 1983 y 1991 en el CESID con relevación del deber de secreto sobre ello a los agentes o ex agentes del centro, en relación con el funcionamiento de la unidad de vigilancia del espectro radioeléctrico, incardinado en la agrupación operativa de dicho servicio inteligencia, en el marco de un procedimiento abierto por unas escuchas ilegales.

cidas en la presente ley y en la ley orgánica 2/2002, de 6 mayo, reguladora del control judicial previo del Centro Nacional de Inteligencia”.¹⁴

¹⁴ A efectos de una mejor exposición vamos a examinar separadamente los medios incluidos en la Ley 11/2002, que no comportan intromisión alguna en los derechos individuales, y aquellos otros a que se refiere la Ley Orgánica 2/2002 que si implican intromisiones en la esfera de los derechos de las personas:

1°. Obtención del tráfico de señales estratégicas. Aunque hemos visto que esta modalidad de investigación aparece regulada en la ley como una de las “funciones” del CNI se trata en realidad de un procedimiento de investigación, que debe ser puesto al servicio del “cumplimiento de los objetivos de inteligencia señalados al Centro”, como dispone el apartado d) del art. 4. Ese condicionamiento supone un límite preciso para la interceptación de esas señales calificadas como “estratégicas”, de modo que la obtención, la evaluación e interpretación de las mismas tendrá que limitarse a su relación con los objetivos comprendidos en la Directiva Anual de Inteligencia. Aunque lo que no acabamos de entender es que el CNI pueda obtener sin autorización judicial la interceptación de esas señales de carácter estratégico, que al fin y al cabo son comunicaciones, y sin embargo según el art. único de la LOCJPCNI sea preciso dicha autorización para intervenir las comunicaciones postales, telegráficas, telefónicas o de cualquier otra índole.

2°. Realización de actividades bajo cobertura. Así el art. 5.3, que dispone que “el CNI podrá disponer y usar de medios y actividades bajo cobertura, pudiendo recabar de las autoridades legalmente encargadas de su expedición las identidades, matrículas y permisos reservados que resulten precisos y adecuados a las necesidades de sus misiones”. Además, “sus miembros dispondrán de documentación que les acredite, en caso de necesidad, como miembros del Centro”, con la posibilidad de demandar reserva sobre tal condición a las personas o entidades ante las que se haya utilizado dicha acreditación, reserva que constituye una obligación para las autoridades ante las que comparezcan los miembros del Centro por motivos relacionados con las actividades del servicio. El problema del agente encubierto es que la LECrim. en los artículos 263 bis y 282 bis solo autoriza a los funcionarios de la Policía Judicial, lo que parece excluir a los a los servicios de información.

DIÁZ MATEY, G., “Los servicios de inteligencia ante el siglo XXI”, D.V. Chavin, Servicios Gráficos y Editoriales, S.L., Madrid, 2011, pp. 222 y 224: “Sea cual sea la evolución de la situación internacional, tanto las acciones encubiertas como las alianzas de inteligencia se perfilan como las dos herramientas principales para los servicios de inteligencia para defender los intereses nacionales. El principal problema será definir de manera clara cuáles son esos intereses nacionales y hasta donde se está dispuesto a llegar para defenderlos.” “La base tanto del uso de la acción encubierta como del uso de alianzas de inteligencia en un país democrático reside en el respeto a la legalidad, por lo que en democracia es necesario establecer un control efectivo de este tipo de organizaciones para que no incurrieren en la creación de un gobierno en las sombras que no respeta las reglas democráticas.”

3°. Realización de investigaciones de seguridad sobre personas o entidades de cualquier clase cuando dichos datos sean necesarios para la realización de las misiones que tiene encomendadas. Para ello se podrá recabar la colaboración de los organismos e instituciones públicas o privadas, de acuerdo con los términos del art. 5,5 de la ley.

La Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (BOE núm. 298, de 14 de diciembre de 1999) en su art 2, 2,b) establece que el régimen de protección de datos de carácter personal que se establece en la Ley no será de aplicación a los ficheros sometidos a la normativa sobre protección de materias clasificadas. El director del CESID llegó a admitir que “en algún caso cuando la necesidad lo demanda” se ha recurrido a “firmas privadas de espionaje”. (El Mundo, 30 de mayo de 2001, <http://www.el-mundo.es/elmundo/2001/05/30/espana/991200163.html> (consultado el 1/4/2014) lo que supone una cesión de datos personales sin autorización a un órgano que no forma parte de la Administración.

Por otra parte el TEDH (caso *Leander*) ha admitido la posibilidad de que los Estados, para preservar la seguridad nacional, dispongan de ficheros secretos, aunque la actividad sobre el tratamiento de datos de carácter personal sin consentimiento del interesado solo es compatible con el art 8 CEDH si está sometido a algún tipo de control.

4°. Dispensa de la obligación de denunciar determinados delitos para los miembros del Centro pertenecientes a los Cuerpos y Fuerzas de seguridad del Estado previsto en el artículo 262 LECrim. A este

En lo que se refiere al control hay que decir que existen tres formas clásicas: un control interno, de carácter político ejercido por el Gobierno, y dos controles externos: el primero, de carácter político, pero ejercido por el Parlamento; y el segundo de carácter jurisdiccional.¹⁵

propósito, el art. 5.4 de la Ley 11/2002 dispone que “los miembros del CNI no tendrán la consideración de agentes de la autoridad”, que parece tener la finalidad de eximirlos de la obligación de perseguir y denunciar los delitos de los que tengan conocimiento por razón de su cargo para evitar la aplicación de los artículos 407 y concordantes del Código Penal. Sin embargo, la referencia es incompleta, a la vista de lo dispuesto en el art. 547 y concordantes de la LOPJ, que asigna la condición de policía judicial a todos los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad cuando fueran requeridos para prestarla, lo que supone la obligación taxativa de proceder a la averiguación de los responsables y circunstancias de los hechos delictivos y la detención de los primeros, dando cuenta seguidamente a la autoridad judicial y fiscal.

5°. Régimen patrimonial y de contratación. El art. 8.4, faculta al CNI para someter al Derecho privado tanto los pormenores de su régimen patrimonial como los contratos que deba concluir para el cumplimiento de sus fines. Del texto se deduce que tal disposición se refiere al funcionamiento público u “oficial” del CNI, pero nada en la ley impide que dicho régimen se aplique a los negocios jurídicos que concluya en su actividad “encubierta”.

6°. Entrada y registro en domicilios. La LO 2/2002, de 6 mayo, autoriza la entrada y registro en el domicilio de cualquier español o extranjero cuando esta medida sea necesaria para obtener datos o informaciones necesarios a los fines de dicho Centro, para lo que se requiere la previa autorización del Magistrado “ad hoc” que contempla dicha ley.

7°. Interceptación de comunicaciones. Como en el caso anterior, la LO 2/2002, de 6 mayo sólo contempla la posibilidad de que un Magistrado “ad hoc” autorice la interceptación de las comunicaciones.

¹⁵ En cuanto al control económico, el art. 6 del Real Decreto 593/2002, de 28 de junio, por el que se desarrolla el régimen económico presupuestario del Centro Nacional de Inteligencia (BOE núm. 259, de 29 de octubre) prevé que el régimen de la contabilidad del CNI será el establecido en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria. Dado que en la rendición de cuentas es necesario conjugar, por un lado, la transparencia que supone cualquier actividad de control y, por otro, la seguridad y el secreto que debe presidir cualquier cuestión relativa al CNI, la norma prevé que se sustituirá la documentación que pudiera revelar materias legalmente clasificadas por un certificado de cumplimiento de la normativa vigente, que se remitirá al Tribunal de Cuentas por conducto de la Intervención General de la Administración del Estado. Las citadas cuentas permanecerán depositadas y bajo custodia del CNI durante el plazo legalmente establecido. El Director del CNI, como cuentadante responsable de la información contable, formulará en el plazo de tres meses desde el cierre del ejercicio las cuentas anuales y las pondrá a disposición del Interventor Delegado en el CNI para su auditoría, Las cuentas anuales, una vez aprobadas se depositarán y custodiarán en el CNI durante el plazo legalmente establecido, y el Secretario de Estado Director remitirá una certificación de puesta a disposición de aquellas al Tribunal de Cuentas. La Intervención Delegada en el CNI ejerce el control financiero permanente al objeto de verificar que la gestión económico-financiera se ajusta a los principios de legalidad, economía, eficiencia y eficacia.

El auto del Tribunal Supremo de 1995, dictado a raíz del denominado *caso Grillón* (caso que tuvo su origen a raíz de la denuncia presentada por el ex director General de la Guardia Civil, Luis Roldan, contra el ex Ministro de Defensa Julián García Vargas y el ex Vicepresidente del Gobierno, Narcis Serra, que usaron fondos reservados para pagar a una agencia internacional de detectives privados a fin de investigar las actividades del ex presidente de Banesto, Mario Conde) estableció la admisibilidad de pago con fondos reservados a individuos o sociedades particulares en tanto en cuanto se cumplieran los fines previstos en la ley.

En la STS de 29 de julio de 1998 dictada en relación con el *caso Marey* en el que se declaró probado que un millón de francos franceses procedente de los fondos reservados, fue empleado para financiar la detención ilegal de una persona, el Tribunal Supremo condenó como autores de un delito de malversación de caudales públicos a los acusados al considerar que se había hecho una utilización indebida de los fondos reservados.

2. EL CONTROL DEL GOBIERNO

El control político de los servicios de inteligencia y seguridad es el más efectivo en teoría, puesto que la actuación de los mismos depende y tiene como único destinatario al poder Ejecutivo, y al mismo tiempo se trata de un control redundante, puesto que la actividad del Gobierno en este campo tiene que someterse al control de las Cámaras. Por otra parte, es el que tiene un espectro más amplio, pues comprende un ciclo que comienza y termina en el Parlamento:

- Comienza en el momento legislativo, con la regulación de los servicios de inteligencia y seguridad.
- Continúa en la actividad del Ejecutivo, con la planificación, dirección y ejecución de la política de información y la política de Defensa. En estos tres momentos se puede y se debe realizar un efectivo control de sus actividades desde el interior de los mismos servicios, o desde el exterior, ejerciendo las facultades de control que corresponden al Gobierno.
- Por último, culmina con el control parlamentario de las actividades de los servicios de inteligencia y seguridad.

Así pues, vamos a seguir este esquema en nuestro estudio del control político.

2.1. En el ámbito legislativo

Determinar el alcance de la regulación es un asunto de importancia capital, dada la intrínseca peligrosidad de los medios que pueden utilizar los Servicios. Así pues, raramente la regulación es fruto de una imposición de un Grupo político sobre los demás, y lo ideal es alcanzar un consenso entre todas o la mayoría de las fuerzas políticas para abordar esta cuestión¹⁶.

Desde otro punto de vista, se ha cuestionado si semejante regulación debería quedar limitada a establecer una amplia panoplia de facilidades para su actividad con el mínimo de limitaciones.¹⁷

¹⁶ Como ya hemos visto en este punto hemos asistido a una evolución considerable. La primera regulación fue una iniciativa puramente gubernativa (no parlamentaria) el Real Decreto 2723/1977 que creó el Ministerio de Defensa. Por el contrario, las normas reguladoras del CNI alcanzan el máximo rango normativo y han sido el resultado de un pleno acuerdo político entre las dos principales fuerzas políticas en España.

¹⁷ Como ya se ha examinado, la regulación inicial de los Servicios fue consecuencia de un acontecimiento muy grave (el intento de Golpe del 23 de febrero de 1982), y la regulación actual tuvo su origen en otro grave escándalo el de las escuchas telefónicas ilegales de junio de 1995.

2.2. El control interno por el Ejecutivo

Este control le viene exigido al Gobierno por la responsabilidad política que le incumbe por dirigir “*la política interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa del Estado*” (art. 97 CE) y ello supone:

- Que los Servicios estén directamente vinculados al Ejecutivo, y que van a desarrollar una función pública de primordial interés, como es contribuir a la Defensa Nacional.
- Marcar claramente los objetivos que se les asignen, que deben estar comprendidos dentro de las funciones que se le han encomendado por su ley reguladora, aprobada en el Parlamento,¹⁸ y
- Exigir, por último, que el miembro del Gobierno a quien se encomiende la tarea de dirigir la actividad del servicio se asegure de que no se rebasan los objetivos señalados, y que los mismos se alcanzan dentro del respecto a los principios y normas que rigen su actividad.

Partiendo de ese esquema, vamos a analizar los textos que regulan el CNI.

2. 2.1. Directa vinculación al gobierno

Esta vinculación es una exigencia constitucional, que se deriva del reparto de competencias que realiza nuestra Constitución y que, entre otras, le encomienda la función de la Defensa (art. 97). Dicha función es de capital importancia dentro del Estado, y sólo es constitucionalmente admisible que esa tarea la realice el Gobierno, y que la realice directamente, encuadrando dentro de su estructura a los servicios de inteligencia y seguridad¹⁹.

¹⁸ Según la D. A. Segunda del Real Decreto 199/2012, de 23 de enero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de la Presidencia y se modifica el Real Decreto 1887/2011, de 30 de diciembre, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales (BOE núm. 20, de 24 de enero) los Ministerios de Asuntos Exteriores y de Cooperación, de Justicia, de Defensa, de Hacienda y Administraciones Públicas, del Interior y de la Presidencia prestarán los apoyos necesarios al CNI para que disponga de las coberturas que resulten precisas y adecuadas para el cumplimiento de sus objetivos en el ejercicio de las funciones previstas en dicha Ley.

¹⁹ “Así será el CNI de Artur Mas: 306 espías y 28 millones de euros de presupuesto” <http://ecodiario.economista.es/politica/noticias/5334635/11/13/Asi-sera-el-CNI-de-Artur-Mas-306-espias-y-28-millones-de-euros-de-presupuesto.html#.Kku8WUC2caghAN8>. (consultado 28/3/2014)

En la STC 175/1999, de 30 de septiembre, el TC, aplicando dos normas que no fueron recurridas en su día como la Disposición Final Primera de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (BOE de 14 de marzo) (que excluye de su ámbito de aplicación a la competencia que el artículo 17 del Estatuto de Autonomía atribuye a las instituciones del País Vasco en materia de régimen de la Policía Autónoma, para la protección de las personas y bienes y el mantenimiento del orden público dentro del territorio autónomo, que seguirá regulándose por dicho Estatuto en la forma en que se determina por

Sin embargo, la naturaleza y el régimen jurídico que se prevé para el CNI no parece responder a esa exigencia²⁰. La Ley 11/2002 caracteriza al CNI como un “organismo público especial” de los previstos en la disposición Adicional 10ª de la LOFAGE y, según la exposición de motivos “contará con la necesaria autonomía

el mismo) y el artículo 26,1 Ley 4/1992, de 17 de julio, de Policía del País Vasco (BOPV núm. 155, de 11 de agosto; y BOE núm. 39, de 15 de febrero de 2012) (“la Ertzaintza tiene como misión esencial proteger a las personas y bienes, garantizar el libre ejercicio de sus derechos y libertades y velar por la seguridad ciudadana en todo el territorio de la Comunidad Autónoma. A tales efectos, ejerce las funciones que los Cuerpos de Seguridad atribuye el ordenamiento jurídico”) el Tribunal afirma, nada menos, que las competencias de la Comunidad Autónoma Vasca “en materia de de policía constituyen un límite respecto de la competencia del Estado ex artículo 149.1.29 CE” y falla que esa misiones de información a las que alude el art 11,i,h de la LOFCS, son competencia de la policía autónoma vasca. Como acertadamente señala RUIZ MIGUEL, C., “Servicios de inteligencia y seguridad del estado constitucional”, Tecnos, Madrid, 2002 p. 197, “al quedar legitimada constitucionalmente la función de información, el TC está legitimando indirectamente la creación de órganos que asuman esa función: en este caso. de un servicio de información de la Policía autónoma vasca”.

Esta doctrina ha sido matizada en la STC 235/2001, de 13 de diciembre, en que diferencia entre actividad de policía, esto es administración de la fuerza, de la actividad de información, que no implica uso de la fuerza. La consecuencia es que las CC.AA. tienen competencias policiales, pero el Estado tiene competencia exclusiva en aquella parte de la seguridad pública que no sea policial, es decir, la que no implica uso de la fuerza.

²⁰ PARADA VAZQUEZ, R., “Derecho Administrativo II. Organización y empleo público” Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales Madrid, 2010, pp. 274 y ss., los denomina organismos públicos atípicos o apátridas. Son una importación del Derecho anglosajón, donde reciben la denominación de “Agencia” o “autoridad” (Agencia Central de Inteligencia, o Autoridad aeroportuaria), que resultan completamente ajenos a un ordenamiento administrativo continental como el nuestro, que es un modelo cerrado, basado en una organización planificada y escalonada que parte desde la Administración Central hasta el último Municipio. Este sistema importado ofrece como característica primordial la pretensión de otorgar “neutralidad” política y jurídica para determinados organismos de una especial relevancia institucional, para presentarlas como entes desvinculados de la posible influencia del Gobierno. La vía para esa “neutralización” consiste en limitar las facultades del Gobierno en el nombramiento y destitución a sus órganos rectores, lo que se supone que evita una cierta dependencia orgánica, que origina una independencia funcional. Sala Arquer señala que también se ha utilizado este modelo para eludir posibles responsabilidades políticas del Gobierno en relación con determinadas actividades comprometedoras. Cita el Consejo de Seguridad Nuclear, creado por la Ley 15/1980, de 22 de abril, en una situación de profunda alarma pública producida por los accidentes nucleares de Harrisburg, potenciada por las campañas antinucleares. A través de esa desvinculación, se interponía una cierta distancia respecto del problema del control de las centrales nucleares, que se encomendaba a un organismo técnico especializado cuyos consejeros, además, habían de ser designados por la Comisión Parlamentaria de Industria y Comercio, con lo que se lograba trasladar la responsabilidad al Parlamento, que designa a los consejeros. Semejante solución es de dudosa constitucionalidad para Ramón Parada, que a la vista del art. 97 de la Constitución, impone la libre designación y remoción de los titulares de los órganos directivos de todas las organizaciones que formalmente integran la Administración pública, de manera que sólo en ese caso es posible exigir al Gobierno la responsabilidad política que pueda derivarse de su defectuoso funcionamiento. Por otro lado, “ningún precepto constitucional autoriza genéricamente al legislador a amputar por ley ordinaria esa plena capacidad de dirección y de responsabilidad, que pudiera constituir una especie de coartada de irresponsabilidad para los supuestos de defectuoso funcionamiento de los servicios y funciones que dependen del Poder Ejecutivo: el Gobierno podría nombrar, pero no destituir, a los responsables del servicio, por lo que no sería exigible el cambio de titulares por muy defectuoso que resultara ser su funcionamiento”.

*funcional para el cumplimiento de sus misiones, por lo que tendrá un régimen específico presupuestario, de contratación y de personal”*²¹.

El art 7.1 de la ley adscribía orgánicamente el CNI al Ministerio de Defensa, sin embargo con base en la Disposición Adicional tercera, que habilita al Presidente del Gobierno para modificar la adscripción orgánica del Centro, este se haya adscrito actualmente al Ministerio de la Presidencia.²² Sin entrar a juzgar lo conveniente o no de este cambio de adscripción, lo que mas llama la atención es esa considerable dependencia del Ejecutivo, y que además constituye una deslegalización de la materia que resulta difícilmente aceptable.

Además, el nombramiento y el cese del Director, según dispone el art. 9.1 corresponde al Gobierno, mediante Real Decreto a propuesta del Ministro de la Presidencia. Pero, a diferencia del Secretario general, que deberá ser designado de *“entre personas de reconocida experiencia y competencia profesional en el ámbito de la Inteligencia”*, no se establece ningún condicionamiento para su nombramiento, de modo que puede optarse por una persona *“de confianza”*.²³

Por otra parte sorprende que el art. 11.4, al referirse al control parlamentario del Centro no otorgue al Ministro de la Presidencia la obligación de informar a la Comisión parlamentaria, sino al Director, que será quien elabore el informe anual que se remite al Parlamento²⁴. En efecto, si el objeto del control parlamentario es el grado de cumplimiento del plan o Directiva anual de inteligencia que aprueba

²¹ Ese carácter de organismo “apartida” se asigna formalmente al Centro en el art. 7,2 (su organización, régimen económico-presupuestario y de personal se desarrollarán en régimen de autonomía funcional bajo la figura de Organismo público con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar”) y en la disposición Adicional primera de la ley.

²² “El Ejecutivo justifica el cambio de mando del CNI por su ‘evolución’ “<http://www.elmundo.es/elmundo/2011/12/23/espana/1324647993.html> (consultado el 374/2014).

²³ Se llegó a argumentar que un índice de la “autonomía” respecto del Ejecutivo era el hecho de que el Director tendrá un “mandato de cinco años”, como se señalaba en el proyecto de ley. Pero el texto definitivo aprobado por las Cortes ha añadido la precisión de que tal período de mandato lo es “sin perjuicio de las facultad del Consejo de ministros de proceder a su sustitución en cualquier momento”. Por ello, la razón de dicha norma no sería la de “neutralizar políticamente” al Director del Servicio, sino la de impedir la “prolongación” desmedida en esas funciones, que había producido resultados tan indeseables, pues había propiciado el surgimiento de una especie de “poder” dentro del Poder Ejecutivo, que llegó a obstaculizar seriamente la actividad de control del Ministro de Defensa, por el acceso directo que el Director tenía al Presidente y al Vicepresidente del Gobierno. Parece una situación semejante a del Consejo de Seguridad Nuclear, aunque en esos casos el nombramiento del Director se traslada al Parlamento, que asumiría así la responsabilidad de sus actuaciones. Con todo, el art. 11.4 puede también ser entendido en el sentido de ampliar el ámbito de la responsabilidad y del control, que abarcaría no sólo al Gobierno como tal, sino también al propio Director del CNI, que debe informar anualmente del grado de cumplimiento y de las actividades del Centro.

²⁴ “La Comisión a que se refiere este artículo conocerá de los objetivos de inteligencia establecidos anualmente por el Gobierno y del informe que, también con carácter anual, elaborará el Director del Centro Nacional de Inteligencia de evaluación de actividades, situación y grado de cumplimiento de los objetivos señalados para el período anterior”.

el Gobierno, parece lógico que el informe sobre ello sea presentado por el Gobierno, aunque lo elabore el CNI y su Director.

2.2.2. Asignación de objetivos al CNI

Los objetivos se le marcan anualmente, partiendo de la propuesta que realiza la Comisión Delegada del Gobierno para asuntos de Inteligencia, a quien corresponde “proponer al Presidente del Gobierno los objetivos anuales del CNI que han de integrar la Directiva de Inteligencia” -art. 6.4, a)-. Directiva que determinará y aprobará cada año el Gobierno, y que tendrá carácter secreto, como señala el art. 3 de la misma ley. Como ya se ha examinado esta Directiva es el marco en que debe moverse el CNI a la hora de realizar sus actividades, marco que facilitará posteriormente la tarea de control de las mismas.²⁵

2.2.3. Control de las actividades por el Gobierno

La última fase del control interno de un servicio de inteligencia ha de referirse tanto a comprobar la efectividad de su actuación cuanto a la legalidad de su actuación. Este control se lleva a cabo en dos ámbitos:

- a) Internamente, desde el mismo Servicio, función que debe ser realizada por el Director, que es designado por el Gobierno y que por ello cuenta con su confianza política.
- b) Externamente, desde el Gobierno, que debe ejercer el control a través del ministro a quien incumbe la responsabilidad política de su dirección. Esta cuestión es esencial, porque existe la tendencia constante en todos los servicios de inteligencia y seguridad a eludir el control, cuya relajación puede producirse como consecuencia de la relativa independencia que pueden adquirir sus miembros y como resultado del excesivo poder que adquiera el Director.²⁶

Por esto, si se busca mantener un control efectivo del servicio de inteligencia, es necesario reforzar el papel del ministro-controlador, que ha de ser el único receptor

²⁵ Existe una excesiva rigidez en la determinación anual de los objetivos, plazo que puede ser demasiado amplio para las cambiantes situaciones que se producen en el mundo actual. Sería necesario haber previsto la posibilidad de establecer nuevos objetivos en razón a la aparición de situaciones inesperadas, pero tales revisiones extraordinarias deberían hacerse con las mismas garantías que las previstas para la planificación anual, sirviendo también para el control interno y externo de las actividades del Centro.

²⁶ Para él no existen compartimentaciones en el servicio, como ocurre en el caso de los demás miembros. Él tiene acceso a la totalidad de la información (o debe conocerla), y puede administrarla a su conveniencia.

de las evaluaciones de inteligencia que realice el Centro y debe disponer de facultades para controlar tanto la efectividad del Centro como la adecuación de sus actividades a los objetivos y principios que lo rigen. Aumentar el número de instituciones y autoridades destinatarias de las “informaciones, análisis, estudios o propuestas” y las posibilidades de despacho directo de las mismas con el Director del Centro, así como dispersar los órganos de control gubernamental de sus actividades van precisamente en la dirección contraria de un adecuado control interno del servicio.²⁷ Y estas son, precisamente, las líneas que inspiran el texto de la ley:

- Por un lado, y según señala el art. 1º, los destinatarios de los informes de Inteligencia son el Presidente del Gobierno y al Gobierno mismo. La regulación anterior, los limitaba al Presidente del Gobierno y Ministro de Defensa. La razón hay que buscarla en la mayor amplitud de funciones que ahora la ley encomienda al CNI, pero la referencia al Gobierno²⁸ es imprecisa, ya que se trata de un órgano colectivo que sólo puede ser informado en Consejo de Ministros.
- Por otro, el control del Gobierno sobre el CNI se lleva a cabo por un órgano colegiado, como es la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos de Inteligencia²⁹

En relación con el control de las actividades del Servicio, incumbe a la Comisión Delegada del Gobierno “realizar el seguimiento y evaluación del desarrollo de los

²⁷ STC 27/1981, de 20 de julio, F.J. 10º: 2 “Arbitrario” equivale a no adecuación a la legalidad y ello, tanto si se trata de actividad reglada, infracción de la norma, como de actividad, discrecional, desviación de poder, etc. Pero la Constitución se refiere a todos los poderes públicos y, al hacerlo así, introduce un arma revisora en manos de los Tribunales ordinarios y del Tribunal Constitucional”.

²⁸ Hubiera sido preferible que la ley se hubiera referido a los miembros del Gobierno afectados por una determinada información, o haber dejado la iniciativa de difundir los informes de Inteligencia al propio Director del Centro (según el carácter de la información), e incluso podría haber incluido como destinatario al principal Partido de la oposición.

²⁹ El artículo 4 del Real Decreto 1886/2011, de 30 de diciembre, por el que se establecen las Comisiones Delegadas del Gobierno (BOE núm. 315, de 31 de diciembre) establece que la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos de Inteligencia tendrá la siguiente composición:

a) La Vicepresidenta del Gobierno y Ministra de la Presidencia, que la presidirá.

b) Los Ministros de Asuntos Exteriores y de Cooperación, de Defensa, del Interior y de Economía y Competitividad.

c) El Director del Gabinete de la Presidencia del Gobierno, el Secretario de Estado de Seguridad y el Secretario de Estado Director del Centro Nacional de Inteligencia, que actuará como Secretario.

También podrán ser convocados a las reuniones de la Comisión los titulares de aquellos otros órganos superiores y directivos de la Administración General del Estado que se estime conveniente. El Subsecretario de Presidencia será convocado a las reuniones de la Comisión Delegada del Gobierno de Asuntos de Inteligencia.

Corresponden a la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos de Inteligencia las competencias que establece el artículo 6.4 de la Ley 11/2000, de 6 de mayo”.

objetivos del CNI” (art. 6.4, b), y “*velar por la coordinación del CNI, de los servicios de información de los Cuerpos y Fuerzas de seguridad del Estado y los órganos de la Administración civil y militar*” (art. 6.4, c), tarea esta última que es prioritaria, a juzgar por la redacción del apartado 1º del citado art. 6 que asigna a la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos de Inteligencia la función de velar “*por la adecuada coordinación de todos los servicios de información e inteligencia del Estado para la formación de una comunidad de inteligencia*”³⁰.

3. EL CONTROL POR EL PARLAMENTO

El control parlamentario de las actividades de los servicios de inteligencia se considera fundamental en los países democráticos para evitar que el Gobierno utilice inadecuadamente o fuera de las funciones que le son propias un recurso muy poderoso, que debe ser común, y viene encomendado a las Cortes Generales en el art. 66.2 de la Constitución.

Dicho control se contiene en el art. 11 de la ley, que dispone que “*el Centro Nacional de Inteligencia someterá al conocimiento del Congreso de los Diputados, en la forma que establezca su Reglamento, a través de la Comisión que controla los créditos destinados a gastos reservados, presidida por el Presidente de la Cámara la información apropiada sobre su funcionamiento y actividades*”. Este control político externo se realizará, como dispone el apartado 4 del mismo artículo proporcionando a la Comisión Parlamentaria “*los objetivos de inteligencia establecidos anualmente por el Gobierno, y el informe que, también con carácter anual, elaborará el Director del*

³⁰ Así pues, se trata de un control de efectividad de las actividades de inteligencia, que se orienta en dos direcciones: grado de cumplimiento de los objetivos propuestos; y efectiva coordinación de todos los órganos que forman la comunidad de inteligencia, pero que no abarca a un aspecto fundamental, como es la correcta utilización de medios y procedimientos del Centro a los principios que rigen su actividad, y ni que limitan dicha actividad a las funciones que les asigna la ley. Por ello se ha de convenir que este aspecto del control interno de las actividades de los servicios de inteligencia y seguridad queda muy diluido, sin establecer un órgano preciso (fuera del propio Director del Servicio a quien, como recordamos, el art. 9.2 le encomienda la tarea de “asegurar la adecuación de las actividades del Centro a dichos objetivos”) encargado de velar por la correcta utilización de los medios de “inteligencia” y por la limitación de las actividades del Centro a los principios o funciones asignados al mismo. Ni siquiera la asignación de esta tarea a la Comisión Delegada del Gobierno para asuntos de Inteligencia resolvería satisfactoriamente el problema, pues en este caso se limitarían las posibilidades de control y se dispersaría la responsabilidad a la hora de dar cuenta ante la Comisión parlamentaria de control. Por ello, la consecuencia de esta omisión es dificultar el control externo, pues no hay una atribución clara de tareas de control interno a ningún órgano superior del Estado, como debería haberse hecho, asignándola al Ministro la Presidencia, de quien depende orgánicamente el CNI.

No obstante no hay que olvidar, como señala el Consejo de Estado en su Dictamen de 18 de julio de 1996: “el Consejo de Ministros goza de un amplio margen de discrecionalidad que, naturalmente, coexiste con la interdicción de arbitrariedad y la exclusión del ejercicio de las potestades conferidas por razones o fines ajenos a la protección de la seguridad del Estado y de la defensa nacional”.

CNI de la evaluación de actividades, situación y grado de cumplimiento de los objetivos señalados para el período anterior”.

La Comisión parlamentaria de control (art. 11.2), “tendrá acceso al conocimiento de las materias clasificadas con excepción de las relativas a las fuentes y medios del Centro Nacional de Inteligencia, y aquellas que procedan de servicios extranjeros u Organizaciones internacionales” (art. 11.2), los miembros de la Comisión “estarán obligados, en los términos del Reglamento del Congreso de los Diputados, a guardar secreto sobre las informaciones y documentos que reciban”, y el contenido de dichas sesiones y sus deliberaciones será secreto (art. 11.1). Por último, dichos documentos, una vez examinados, serán reintegrados al Centro para su custodia “sin que se puedan retener originales, copias o reproducciones” (art. 11.3).³¹

Teniendo en cuenta las cuestiones que hemos señalado hasta aquí, el control parlamentario de los servicios de inteligencia y seguridad requiere tener en cuenta una serie de extremos:

3.1. Objeto del control por el Parlamento

El control parlamentario debe dirigirse a comprobar que el servicio de inteligencia sólo ha realizado las actividades que le exigen el cumplimiento de sus objetivos y, además, que tales actividades se llevan a cabo de acuerdo con los principios y normas que rigen su actuación y en el marco de las habilitaciones que otorgan tanto la Ley 11/2002 como la Ley Orgánica 2/2002.³²

Esas exigencias se encuentran adecuadamente cubiertas en la ley, puesto que se ordena al CNI que ponga a disposición de la Comisión parlamentaria la información apropiada “sobre su funcionamiento y actividades” lo que, unido a la exigencia de proporcionarle la “Directiva de Inteligencia”, le pone en condiciones de comprobar que el Servicio ha realizado una actividad acomodada a las normas legales y limitada al cumplimiento de los objetivos asignados.³³

³¹ DÍAZ FERNÁNDEZ, A. M., “Modelos de control parlamentario de los servicios de inteligencia” Estudio/Working Paper (núm. 139/2012) pág. 4 “Otro obstáculo para un control efectivo de la inteligencia por parte del Parlamento es el fenómeno de la captura del regulador que se produce cuando los miembros del órgano de control se identifican tan intensamente con los objetivos institucionales y problemas de la agencia a la que supervisan que pierden su capacidad crítica e independencia para su labor de supervisión (McCamus, 1989:4); esto provendría del enorme suministro de material secreto al comité, lo que incrementaría las posibilidades de sus miembros de convertirse en parte de esa estructura de poder más que en unos críticos externos (Franks, 1989:25). No olvidemos que, a diferencia de otras áreas de la Administración, aquí sólo se obtiene la información de los propios servicios.”

³² Véase Diario del Senado núm. 83 de la V Legislatura (año 1995) en relación con las preguntas realizadas por los parlamentarios sobre las escuchas telefónicas llevadas a cabo por el Centro Superior de Información de la Defensa.

³³ No obstante, deben realizarse dos observaciones:

– La ley parece establecer como base del control parlamentario el informe anual que el Director del CNI debe dirigir a la Comisión de control evaluando “sus actividades y el grado de cumplimiento de los

3.2. El sujeto del control parlamentario

De acuerdo con el art. 66.2 CE, quien debe someterse al control Parlamentario es el Gobierno, pues el Ejecutivo es el que proyecta, aprueba y ejecuta la Política de Defensa y Seguridad Nacional. Pero la actividad de control tiene que proyectarse sobre un órgano concreto de dicho Gobierno, que lógicamente debería ser aquel que en el seno del Gobierno lleva a cabo la tarea del control político interno tanto del funcionamiento genérico como de la actividad concreta de los Servicios de inteligencia y seguridad. No obstante, este aspecto no queda suficientemente claro en la ley 11/2002, de 6 de mayo, no sólo por la naturaleza jurídica que se asigna al CNI que, ya hemos examinado, sino también por el art. 11 de la ley que regulan el control parlamentario:

- El art. 11.1 señala que el CNI será precisamente quien “*someterá al conocimiento del Congreso de los Diputados...la información apropiada sobre su funcionamiento y actividades*”.
- Por otro lado, el art. 11.4, dispone que la Comisión parlamentaria conocerá “*del informe que también con carácter anual, elaborará el Director del Centro Nacional de Inteligencia, de evaluación de actividades, situación y grado de cumplimiento de los objetivos señalados para el período anterior*”.
- Por último, ya vimos que el control político gubernamental interno del CNI no se encomienda al Ministro de Presidencia, y parece claro que sólo puede someterse al control parlamentario aquel que tiene la responsabilidad de controlar políticamente las actividades del Servicio. Y el único a quien se encomienda una función de control interno que consiste en “*asegurar la adecuación de las actividades del Centro a dichos objetivos*” es al Director del CNI (art. 9.2), y que las tareas que se han encomendado a la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos de Inteligencia consisten en “*realizar el seguimiento y evaluación del desarrollo de los objetivos del CNI*” (art. 6.4, b), y “*velar por la coordinación del CNI, de los servicios de información de los Cuerpos y Fuerzas de seguridad del Estado y los órganos de la Administración civil y militar*” (art. 6.4, c), que suponen un control sobre su efectividad, pero no sobre la acomodación de sus actuaciones a los principios y a las funciones

objetivos señalados para el período anterior”. Pero se trata de un control de la efectividad del Servicio, y esa no es una tarea prioritaria para la Comisión parlamentaria de control, sino para el Gobierno. Al Parlamento, además de comprobar que el Servicio es efectivo le incumbe la función de comprobar que no se desvía de los principios y de los objetivos que legítimamente se le han asignado, y ello debería haberse consignado con mayor claridad esos extremos en un informe anual que debería presentar el Gobierno o el ministro.

– Además, y dado que el CNI tiene la posibilidad de llevar a cabo actuaciones de investigación que pueden limitar derechos fundamentales, hubiera sido oportuno que el informe anual se refiriera también a la forma en que se ha hecho uso de esa habilitación legal con independencia de que se haya obtenido la autorización del Magistrado “ad hoc”.

señaladas en la ley, y en el marco de las habilitaciones contenidas en las leyes que regulan su actividad.

Así pues, quien debe responder políticamente por el funcionamiento del Servicio es el Director, no el Ministro de la Presidencia ni el Gobierno. Esa solución es inadmisibles como modelo de control parlamentario de un Servicio de inteligencia y seguridad, pues es rechazable tanto desde el punto de vista jurídico como político aceptar que el Gobierno se pueda mantener al margen de las actividades que desarrollen los organismos públicos relativas a la Defensa Nacional, y más aún cuando tales actividades implican en muchos casos la limitación de los derechos de los ciudadanos reconocidos por la Constitución.³⁴

3.3. El procedimiento para realizar el control Parlamentario

El art. 11.1 de la ley dispone que “*el Centro Nacional de Inteligencia someterá al conocimiento del Congreso de los Diputados, en la forma prevista por su Reglamento, a través de la Comisión que controla los créditos destinados a los gastos reservados, presidida por el Presidente de la Cámara, la información apropiada sobre su funcionamiento y actividades. El contenido de dichas sesiones y deliberaciones será secreto*”. Esta fórmula parece adecuada, pues exige proporcionar a la Comisión de control los datos necesarios (“apropiados”) para que pueda desarrollar sus funciones de control sobre el funcionamiento y las actividades del servicio.

El procedimiento³⁵, de acuerdo con dicho precepto, es el previsto en la Resolución de la Presidencia del Congreso de los Diputados, de 11 de mayo de 2004, sobre secretos oficiales. (BOCG núm. 14 de 12 de mayo de 2004).³⁶

³⁴ Véase la Comisión de investigación sobre el 11 de marzo, en la que comparecen el ex Director del CNI, Sr. Dezcallar de Mazarredo, y del Director del CNI, Saiz Cortés (Boletín del Congreso de los Diputados núm. 7 de 2004).

“El jefe del CNI defiende hoy que siempre espío dentro de la ley Félix Sanz Roldán deberá explicar en el Congreso si colaboró con EEUU en el supuesto espionaje a líderes y partidos políticos” <http://www.publico.es/politica/480033/el-jefe-del-cni-defiende-hoy-que-siempre-espio-dentro-de-la-ley>. (consultado el 1/04/2014)

“Rajoy anuncia la comparecencia ante el Congreso del director del CNI. El presidente defiende su posición ante el espionaje masivo de EEUU” http://www.cadenaser.com/espana/articulo/rajoy-anuncia-comparecencia-congreso-director-cni/csrsrpor/20131030csrsmac_4/Tes (consultado el 1/04/2014).

³⁵ STC 118/1988, de 20 de junio (*Caso resolución de Presidencia sobre acceso a materias clasificadas*) Don Miguel Roca i Junyent y 66 Diputados recurren la Resolución de la Presidencia del Congreso de los Diputados, de 18 de diciembre de 1986, sobre acceso por dicha Cámara al conocimiento de «materias clasificadas. “Pese a la ocasión concreta para dictarla, en la que pudo detectarse la inexistencia de una regla en el Reglamento que regulara el tema, la Resolución del Presidente del Congreso no ha pretendido dictar una regulación singular o de excepción respecto a un caso único y concreto, sino de introducir, como innovación normativa, una regla general que se aplique en el futuro a todos los casos similares, insertándose por ello en el ordenamiento jurídico parlamentario”.

³⁶ “Primero. El acceso del Congreso de los Diputados a los secretos oficiales se regirá por lo establecido en la presente Resolución.

El citado art. 11 de la ley recoge el procedimiento a seguir:

- a) Se establece que no debe realizarse con publicidad, así el art. 11.3 dispone *“los miembros de la Comisión correspondiente estarán obligados, en los términos del Reglamento del Congreso de los Diputados, a guardar secreto sobre las informaciones y documentos que reciban”*.
- b) Se imponen limitaciones a la información que el CNI debe proporcionar a la Comisión de control, pues el art. 11.2 dispone que ésta tendrá acceso al conocimiento de las materias clasificadas, pero *“con excepción de las relativas a las fuentes y medios del Centro Nacional de Inteligencia, y aquellas que procedan de servicios extranjeros u organizaciones internacionales, en los términos establecidos en los correspondientes acuerdos y convenios de intercambio de la información clasificada”*. En relación con esta limitación nada hay que objetar respecto a la reserva sobre los medios y las fuentes que utiliza el CNI, y pero respecto

Segundo. Las Comisiones y uno o más Grupos Parlamentarios que comprendan, al menos, la cuarta parte de los miembros del Congreso, podrán recabar, por conducto de la Presidencia de la Cámara, que se informe a la misma sobre materias que hubieran sido declaradas clasificadas conforme a la Ley sobre Secretos Oficiales.

Tercero. Si la materia en cuestión hubiera sido clasificada en la categoría de secreto, el Gobierno facilitará la información recabada a un Diputado por cada Grupo Parlamentario. Los Diputados serán elegidos al efecto por el Pleno de la Cámara por mayoría de tres quintos.

Si alguno de los designados dejase de pertenecer, en el transcurso de la Legislatura, al Grupo Parlamentario por el que fue elegido, se procederá a la elección de su sustituto por el procedimiento previsto en el párrafo anterior.

Cuarto. Si la materia en cuestión hubiera sido clasificada en la categoría de reservado, el Gobierno facilitará la información a los Portavoces de los Grupos Parlamentarios o a los representantes de los mismos en la Comisión, cuando hubiera partido de ésta la iniciativa de la solicitud.

Quinto. Motivadamente, y con carácter excepcional, el Gobierno podrá solicitar de la Mesa de la Cámara que la información sobre una determinada materia declarada secreta sea facilitada exclusivamente al Presidente del Congreso, o al de la Comisión, cuando la petición hubiese sido formulada por esta última. Corresponde, en todo caso, a la Mesa del Congreso la resolución definitiva sobre la solicitud del Gobierno.

Sexto. Asimismo, el Gobierno podrá solicitar que la información sobre una determinada materia clasificada sea facilitada en sesión secreta, a la Comisión que la demandó o a cualquier Comisión competente en la materia, en el caso de que la iniciativa hubiese partido de los Grupos Parlamentarios. En estos supuestos, sólo podrán asistir a la sesión informativa los miembros de la Comisión.

Séptimo. Cuando la información recabada se refiera al contenido de un documento la autoridad que haya de facilitarla exhibirá a los Diputados previstos en cada caso por esta Resolución el original o fotocopia de la documentación, si los destinatarios de la información entendieren que ésta resulta incompleta sin el conocimiento directo de los documentos.

Octavo. Los Diputados a los que se refiere el número anterior podrán examinar por sí mismos la documentación, en presencia de la autoridad que la facilite, y podrán tomar notas, pero no obtener copias ni reproducciones. El examen de la documentación se efectuará en el Congreso de los Diputados o, cuando a juicio del Presidente facilite el acceso a la información, en el lugar en que aquélla se halle archivada o depositada.

Noveno. Lo dispuesto en el artículo 16 del Reglamento de la Cámara será de aplicación a las actuaciones de los Diputados relacionadas con la materia que regula la presente Resolución.”

a la de las informaciones o los informes de inteligencia de otros Servicios extranjeros, habría que hacer dos puntualizaciones:

- La primera es que tal regulación pudiera rebasar los principios en que se basa el control Parlamentario, pues dichos acuerdos o convenios puramente ejecutivos se conciertan por el Gobierno y, en algunos casos, por los propios servicios de inteligencia y seguridad, sin intervención alguna de las Cortes Generales, a diferencia de lo que sucede con los tratados internacionales.³⁷

Además, esta disposición es contraria al espíritu de la Ley de Secretos Oficiales, Ley 9/1968, de 5 de abril, cuyo art. 10.2 dispone que la declaración de materias clasificadas “no afectará al Congreso de los Diputados ni al Senado, que tendrán siempre acceso a cuanta información reclamen, en la forma que determinen los respectivos Reglamentos y, en su caso, en sesiones secretas”. No cabe duda que este punto puede considerarse formalmente derogado y sustituido por la norma que se contiene en la Ley 11/2002, de 6 de mayo, pero va contra el espíritu y los principios que han inspirado esta materia.

- La segunda puntualización se refiere a la autonomía reglamentaria de las Cortes Generales, ya que el art. 72.1CE dispone que “las Cámaras establecen sus propios Reglamentos”, y añade que la aprobación de los mismos y su reforma “serán sometidos a una votación final sobre su totalidad, que requerirá la mayoría absoluta”. Formalmente la ley parece reconocer dicha autonomía reglamentaria, pues el art. 11.1 dispone inicialmente que el control se llevará a efecto “en la forma prevista por su Reglamento” (el del Congreso de los Diputados) sin embargo la ley 11/2002, de 6 Mayo incorpora las modificaciones reglamentarias a que hemos hecho referencia, y que contienen limitaciones para la Comisión parlamentaria de control cuando, por el contrario, debería haber incluido obligaciones impuestas al Ejecutivo para facilitar el control³⁸. En definitiva, no hubie-

³⁷ Semejante situación, puede propiciar que el Gobierno o, incluso, el propio Servicio introduzcan cláusulas limitativas a la intervención de la Comisión de control en determinadas cuestiones sobre las que pretendieran introducir una cierta opacidad en relación con el control parlamentario y, a través de esa vía, imponer límites a su obligación de suministrar informaciones al Congreso. Aún más, con semejante limitación bastaría alegar secreto sobre de las informaciones que no se quisiera proporcionar a la Comisión, aunque no fueran de procedencia ajena, con el argumento de que le han sido proporcionadas por un servicio extranjero (extremo que el Congreso no podría comprobar). Con ello, evitaría la intervención parlamentaria respecto de informaciones, documentos o datos que pretendiera ocultar al control parlamentario.

³⁸ Como hacía, por ejemplo, la Ley Orgánica 11/80, de 1 de diciembre, de limitación de derechos individuales en materia de delitos de terrorismo, (BOE de 2 de diciembre), cuyo art. 7 ordenaba al Gobierno informar “al menos cada tres meses, o antes si así lo solicitan dos Grupos Parlamentarios, del uso que se hace y del resultado obtenido por la aplicación de las medidas previstas en esta ley”.

ra sido necesario que la ley contuviera una regulación del procedimiento para el control.³⁹

4. EL CONTROL JUDICIAL

El control jurisdiccional de los Servicios de inteligencia y seguridad ha servido en todos los países, y entre ellos en el nuestro, para delimitar el ámbito de sus actividades, y ha utilizado la vía penal para sancionar los excesos de sus intervenciones.⁴⁰ Dicho control se regula en la ley 11/2002 en su art. 12, y en la L.O. 2/2002, reguladora del control judicial previo del CNI, lo que implica además la posibilidad de que exista de un control judicial posterior.⁴¹

³⁹ STC 71/1994, de 3 de marzo, establece que no es necesario que la ley contenga una regulación específica de cómo llevar a cabo el control parlamentario cuando éste venga ordenado por la Constitución (contra lo que argumentaba el recurso que dio lugar a esa sentencia), sino que sería suficiente dejar al Reglamento del Congreso la determinación del procedimiento para ese control parlamentario. “La Constitución, en definitiva, ha querido tanto una determinada intervención judicial en los distintos supuestos de aplicación de la Ley, como un determinado control parlamentario de la aplicación de la Ley, sin especificar, desde luego, en qué deban consistir concretamente la una o el otro, pero sí con la exigencia de que los mismos existan, o se encuentren configurados, desde el mismo momento de la entrada en vigor de la Ley, porque sólo así la Constitución ha permitido el recurso a esta modalidad de suspensión de derechos fundamentales. Y sólo así, como en la propia Sentencia se viene en último término a reconocer, se garantiza que las Cámaras van a adoptar, y consiguientemente a ejercer, esta preceptiva y específica previsión de control parlamentario.”

⁴⁰ España no ha sido la excepción en este punto, y los jueces y tribunales han ejercido una tarea de control sobre las actividades del extinto CESID. Podemos mencionar a este respecto procedimientos penales como el sumario 15/1989, del Juzgado Central núm. 5 de la Audiencia Nacional, instruido como consecuencia de las actividades del GAL, en el ámbito del cual se requirió al citado Centro que remitiera al juzgado información y documentos que presumiblemente conservaba sobre dicho grupo armado. Estas actuaciones dieron lugar a la formalización de un conflicto de jurisdicción, promovido por el Ministerio de Defensa, que motivó la tantas veces citada sentencia de 14 de diciembre de 1995, del Tribunal de Conflictos, que estableció los parámetros en los que debería entenderse la reserva sobre las actividades y sobre la información depositada en el Centro. La misma cuestión se suscitó a raíz del sumario 85/1987, instruido por el Juzgado de Instrucción nº 2 de San Sebastián, del sumario 15/1995, del Juzgado de Instrucción nº 1 de Madrid, y del sumario 17/1995, del Juzgado Central de Instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional, en el ámbito de los cuales se solicitó la desclasificación de determinados documentos del CESID, dándose lugar a interponer un recurso contencioso-administrativo ante la negativa de desclasificación, lo que motivó las sentencias de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, de 4 de abril de 1997, que finalmente admitieron de manera parcial los recursos.

En el ámbito penal también se han producido intervenciones de los jueces y tribunales sobre las actividades de los Servicios de inteligencia y seguridad, que dieron lugar a la condena del Director y de varios de sus miembros por la realización de escuchas telefónicas ilegales y por la colocación de aparatos de escucha en la sede de HB en Vitoria.

⁴¹ En lo que se refiere a los controles judiciales *a posteriori*, podemos citar los siguientes:

Las decisiones en materia de personal, pueden ser recurridas, y en consecuencia, revisadas, ante la jurisdicción contencioso-administrativa (véase STSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 13 de marzo de 2012 dictada por el recurso interpuesto por una funcionaria estatutaria adscrita al CNI, contra una Resolución de la Secretaría General del CNI por la que se le imponía la sanción de dos meses

La precitada L.O. 2/2002 contiene una Disposición Adicional Única que modifica la Ley Orgánica del Poder Judicial, estableciendo los mecanismos de nombramiento y competencias del Magistrado del Tribunal Supremo encargado de otorgar la autorización previa para la realización de determinadas actividades del CNI. Según ello, será competencia del Pleno del Consejo *“la propuesta de nombramiento del Magistrado de la Sala 2ª de lo penal o 3ª de lo contencioso-administrativo competente para conocer de la autorización de las actividades del Centro Nacional de Inteligencia que afecten a los derechos fundamentales reconocidos en el art. 18.2 y 3 de la Constitución, así como la propuesta de nombramiento del Magistrado de dichas Salas del tribunal Supremo que lo sustituya en caso de vacancia, ausencia o enfermedad”* (art. 127.4). Dichas propuestas no requieren mayoría cualificada y serán sometidas en su caso al Pleno por el Presidente del Consejo (art. 125. 5). Para formularlas no será necesario el previo informe de la Comisión de Calificación, como exige el también modificado art. 135 en todos los demás supuestos.

Por último, la L.O 2/2002 añade un nuevo artículo, el 342 bis, a la LOPJ que dispone que *“El Magistrado del Tribunal Supremo competente para conocer de la autorización de las actividades del CNI que afecten a los derechos fundamentales reconocidos en el art. 18.2 y 3 de la Constitución se nombrará por un período de cinco años, a propuesta del Consejo General del Poder Judicial, entre los Magistrados de dicho Tribunal que cuenten con tres años de servicios en la categoría”*.

y quince días de suspensión de funciones como autora de una falta grave del artículo 45.a) del Estatuto del Personal del Centro).

Destaca un reciente caso, en el que por una Resolución del Secretario de Estado, Director del CNI se dispuso la baja en el citado organismo de una funcionaria por no ser “idónea”. tras su incorporación de una baja por embarazo. La STC de 24 de febrero de 2014 constató la existencia de discriminación por razón de sexo en la resolución administrativa impugnada y acordó “reconocer el derecho de la recurrente a no ser discriminada por razón de sexo “ y “restablecerla en su derecho y, a tal fin, anular la Resolución de cese nº 132/2010, de 31 de agosto, del Secretario de Estado Director del CNI, así como la Sentencia de 17 de mayo de 2011 dictada por el Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo número 12 y la Sentencia de 23 de noviembre de 2011 y Auto de 22 de febrero de 2012, de la Audiencia Nacional, que la confirman”.

Por otra parte, la Administración deniega solicitudes de obtención de la nacionalidad por razones de orden público o interés nacional, justificadas en informes secretos de los servicios de inteligencia que además no se trasladan a la otra parte. En todos estos supuestos (SSTS, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 21 de enero, 16 de febrero o 12 de abril de 2004, entre otras) se viene aplicando la doctrina sentada por las ya citadas Sentencias de 4 de abril de 1997, conforme a la cual, sin discutir la competencia del Ejecutivo a decidir si conceder o denegar la nacionalidad española solicitada, incluso fundamentándose para ello en el informe clasificado como «reservado», considera que la salvaguarda de los derechos fundamentales de los ciudadanos, exige que el solicitante conozca esos motivos razonados de orden público o interés nacional, sin que ello suponga lesión alguna o se incurra en riesgo la seguridad del Estado.

La verificación de los actos políticos de clasificación y desclasificación efectuados por el ejecutivo de materiales recopilados por el CNI (también de aplicación la doctrina de las ya citadas SSTS de 4 de abril de 1997 que sostienen que la naturaleza de actos administrativos de las decisiones del Consejo de Ministros sobre clasificación o desclasificación de documentos supone la posibilidad de ser controlados por los tribunales, al estar prohibida la arbitrariedad, a diferencia de lo que sucede con los actos políticos, que no son totalmente revisables.).

Así las normas para la designación del Magistrado competente para conocer de la autorización de actividades del CNI, no contienen otro criterio objetivo que la antigüedad del mismo en la categoría de Magistrado del Tribunal Supremo, que será de tres años, pero fuera de ello, la designación es puramente discrecional para el Pleno del Consejo. Sin embargo, unas condiciones semejantes fueron declaradas inconstitucionales en la sentencia 101/1984, de 8 de noviembre, y que vino a declarar no ajustada a las prescripciones del art. 24.2 de la Constitución en cuanto a considerar juez ordinario predeterminado por la ley la designación de un juez especial realizada por la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo para un juicio universal de quiebra al amparo del art. 1º del D. Ley de 17 de julio de 1947, al entender que no se cumplían en dicha designación las mínimas condiciones que había venido exigiendo el Tribunal Constitucional al interpretar el art. 24.2 en relación con el art. 117. 3.⁴²

Dichas condiciones son las siguientes:

- 1ª. La exigencia de juez ordinario no se limita al proceso penal.⁴³
- 2ª. La predeterminación legal del juez significa que un precepto de rango de ley establezca los criterios de determinación competencial cuya aplicación permita determinar cuál es el juzgado o tribunal llamado a conocer del mismo.
- 3ª. La indeterminación de la norma legal la vacía de contenido en cuanto a norma competencial, de modo que si se deja a la discrecionalidad del

⁴² “A la misma conclusión es forzoso llegar si continuamos el análisis del art. 1 del citado Decreto, único que nos importa en nuestro caso. Al indicar qué Magistrados podrán ser designados ad hoc por la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo se dice que habrá de ser «de categoría igual o superior a la del Juez a quien corresponda, con arreglo a la Ley procesal, conocer del asunto». El inciso transcrito pone de manifiesto la indeterminación del juez en quien puede recaer el nombramiento, cuya concreción dentro de tan amplio margen depende no de tal o cual criterio legal competencial, sino de la libre decisión discrecional de la Sala, todo lo cual es contrario con la predeterminación legal del Juez. El Juez *ad hoc* lo es *ex post facto*, y su designación entraña la cesación en el conocimiento del caso de quien es ya el verdadero Juez predeterminado por la Ley, que de este modo resulta apartado del caso con patente quebranto de lo dispuesto por el art. 24.2 de la Constitución”.

⁴³ El art. 24.2 CE dice que “todos tienen derecho al juez ordinario predeterminado por la ley” y este principio genérico se reconoce en la mayoría de las Constituciones y en los Convenios y Pactos internacionales. Así, el art. 6 del Convenio de Roma de 1950 y el art. 14.1 del Pacto de Nueva York de 1966, sobre los derechos civiles y políticos. Además se trata de un principio que va más allá del proceso penal, y que resulta aplicable a todos los demás órdenes jurisdiccionales como establece el TEDH (sentencias de 21 Febrero 1975, caso *Goldar*; de 28 Julio 1981, caso *Le Compte*; o de 24 de septiembre de 1982, caso *Sporrong*), y de nuestro TC desde la STC 101/1984, de 8 de noviembre.

El contenido de este derecho individual ha sido dibujado por la jurisprudencia constitucional que exige “que la composición del órgano judicial venga determinada por la ley y que en cada caso concreto se siga el procedimiento legalmente establecido para la designación de los miembros que han de constituir el órgano correspondiente”. En una palabra, “se trata de garantizar la independencia y la imparcialidad..., garantía que quedaría burlada si bastase con mantener el órgano y pudiesen alterarse arbitrariamente sus componentes” (STC 47/1983, de 31 de mayo, reiterada en las sentencias 148/1987, de 28 de septiembre, 95/1988, de 26 de mayo y 65/1994, de 28 de febrero).

órgano que debe hacer el nombramiento la determinación del juez, no se habría procedido con arreglo a criterios objetivos y predeterminados, permitiendo la designación de jueces “ad hoc”, lo cual es incompatible con la predeterminación legal.

Si examinamos esta doctrina, se podría poner en duda que la vía para designar el Magistrado del Tribunal Supremo que debe conocer de las solicitudes de autorización del CNI se acomode a las exigencias del art. 24.2 CE, pues la ley, salvo la ya citada de su antigüedad, no contiene ninguna pauta objetiva para su nombramiento. Sin embargo eso no es así, pues su designación se produce de la misma manera que los demás órganos jurisdiccionales, y no se le designa con arreglo a criterios discrecionales para un caso concreto, sino por un período de cinco años, lo que implica conocer de todos los casos que puedan producirse en ese plazo.

Centrándonos en el control judicial previo la regulación legal supone, autorizar al CNI a que, en determinadas condiciones, pueda utilizar en sus investigaciones medios y procedimientos que afectan a los derechos contenidos en los apartados 2 y 3 del art. 18 de la Constitución. Pero adopta una solución insólita en nuestro Derecho, y que se importa del Derecho anglosajón⁴⁴, pues prescinde del procedimiento judicial penal como marco para la autorización de aquellas medidas de investigación sobre actividades peligrosas para la seguridad nacional y la defensa del Estado.⁴⁵

En casos excepcionales, como el narcotráfico y el terrorismo, la Constitución, en su art. 55.2, contempla la posibilidad de restringir los derechos fundamentales a que se refieren sus arts. 17 y 18, autorizando al legislador para establecer, mediante una ley orgánica,⁴⁶ las condiciones para limitarlos (libertad, inviolabilidad

⁴⁴ El Derecho anglosajón tradicionalmente ha diferenciado entre el “cumplimiento de la ley” (perseguir los delitos a través del procedimiento penal, y que está encomendada a las Autoridades judiciales y a las fuerzas de policía), y la “seguridad nacional y la seguridad pública” (investigaciones y actuaciones preventivas que se orientan a la obtención de informaciones para evaluar una posible amenaza contra la seguridad o la defensa nacional).

⁴⁵ STS núm. 1094/2010 de 10 de diciembre de 2010, «Las actividades de los agentes del CNI no están funcionalmente subordinadas al esclarecimiento de hechos aparentemente constitutivos de delito. Su cometido no es otro que facilitar al Gobierno “...las informaciones, análisis, estudios o propuestas que permitan prevenir y evitar cualquier peligro, amenaza o agresión contra la independencia o integridad territorial de España, los intereses nacionales y la estabilidad del Estado de derecho y sus instituciones” “Consecuencia de todo ello es que los actos generados por la actividad del servicio de inteligencia, sometida al control previo del Magistrado autorizante, no son verdaderos actos de prueba”.

⁴⁶ El desarrollo legislativo de la Constitución en este punto (Leyes Orgánicas 11/1980, de 1 de diciembre; 9/1984, de 26 de diciembre; y 4/1988, de 25 de mayo, que modificó los arts. 553 y 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal relativos a la entrada en el domicilio y al secreto de las comunicaciones) ha apuntado siempre la dirección de dotar de mayores competencias a las Autoridades gubernativas, con el fin de facilitar las investigaciones sobre bandas armadas o elementos terroristas, pero siempre es la Autoridad judicial la que, en el marco de un procedimiento, deberá ratificar en su caso las medidas.

del domicilio y secreto de las comunicaciones) de forma individual, con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario.⁴⁷

La jurisprudencia se ha orientado claramente hacia la misma conclusión, y al tratar la cuestión de las observaciones telefónicas ha llegado a la conclusión de que no resulta posible acordar medidas limitadoras de los derechos individuales fuera del proceso.⁴⁸

La fórmula prevista por la precitada ley orgánica está autorizada por el art. 117.4 de la Constitución, y por el art. 2 de la LOPJ, que aunque empieza destacando que lo fundamental es el ejercicio de la potestad jurisdiccional, “*juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado*”, que “*corresponde exclusivamente a los jueces y tribunales determinados en las leyes y en los tratados internacionales*”, añade a renglón seguido que también desempeñarán “*las de Registro Civil y las demás que expresamente les sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho*”, como es el supuesto que nos ocupa.

En la regulación internacional para la defensa de los derechos de inviolabilidad del domicilio y del secreto de las comunicaciones, que se contiene en el art.12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948; en el art. 17 del Pacto internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966 (ratificado por España mediante instrumento de 13 de abril de 1977) y, fundamentalmente, en el art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 (ratificado por España con fecha 26 de septiembre de 1979) siguen la misma línea que inspira el Derecho anglosajón. El citado art. 8º del Convenio Europeo establece que “*toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia*”, y en su apartado 2 añade que “*no podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y*

⁴⁷ La única excepción es la contenida en el art. 91.2 LOPJ, que exige la existencia de una previa resolución judicial motivada, para que la Administración, en el ejercicio de sus facultades de autotutela, pueda realizar una entrada en domicilio para ejecutar una resolución administrativa firme.

⁴⁸ La STC de 25 de marzo de 1994 sostuvo que la “investigación criminal en ningún caso puede desconectarse de una actuación judicial que dé cobertura y garantice el buen uso de los medios puestos al servicio de la investigación. La restricción del secreto de las comunicaciones telefónicas ha de realizarse, en todo caso, en el curso de un proceso penal”, rechazando de manera rotunda que puedan acordarse en el marco de unas Diligencias indeterminadas, pues “las actuaciones encaminadas a la intervención de un número telefónico para escuchar las conversaciones que se produzcan a través de su línea, no son una mera diligencia burocrática que pueda solventarse con un número registro en el libro de asuntos indeterminados. Las decisiones adoptadas por la autoridad judicial que afecten a los derechos fundamentales de la persona deben poner en marcha un verdadero procedimiento criminal en forma de Diligencias Previas o de sumario según la naturaleza y entidad del hecho que sea objeto de la investigación” (F.J. 4º).

la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades de los demás".⁴⁹

Lo característico de este precepto es que, junto al criterio legitimador de la "prevención del delito", se acepta el concepto de "seguridad nacional"⁵⁰ para fundamentar la adopción de medidas que impliquen una intromisión en la vida privada y familiar de las personas, así como en su domicilio y sus comunicaciones.⁵¹

⁴⁹ Este precepto ha sido interpretado por el TEDH de Estrasburgo en las sentencias de los casos *Klass y otros contra Alemania* -sentencia de 6 de septiembre de 1978- caso *Malone contra Inglaterra* -sentencia de 2 agosto de 1984- casos *Huwig y Kruslin contra Francia* -sentencias, ambas, de 24 de abril de 1990- y los casos *Valenzuela y Prado Bugallo*, contra España, en los que se dictaron las sentencia de 30 de julio de 1998 y 18 de febrero de 2003.

⁵⁰ STS núm. 1094/2010 de 10 de diciembre "Cuando el cumplimiento de esas finalidades exige la restricción de los derechos a la inviolabilidad del domicilio y de las comunicaciones, se impone una singular fórmula de control judicial. La singularidad deriva, claro es, del hecho de que el Magistrado autorizante ha de verificar una ponderación de bienes jurídicos que no se identifican con los que son valorados en el seno de un proceso penal. La posición institucional del Magistrado llamado al control previo no está exenta de dificultades. De una parte, por cuanto que los parámetros a partir de los cuales ha de resolver la petición cursada por el Director del CNI, instando el sacrificio de derechos fundamentales, no son los ponderados con carácter general cuando se trata de la investigación de un hecho delictivo. Detectar cuándo una actividad determinada puede implicar un riesgo para los intereses económicos, industriales o comerciales de España o cuándo encierra una amenaza al bienestar de la población, no es cuestión sencilla. De hecho, algunos de esos bienes —no todos los que se mencionan en el art. 4 de la Ley 11/2002— escapan a una dimensión estrictamente jurídica, habiendo generado dudas doctrinales acerca del distanciamiento de una genuina justificación material en el momento de autorizar el acto de injerencia. Pero más allá de cualquier objeción que pueda formularse al modelo jurídico-formal de control previo de las actividades del CNI, lo cierto es que, como venimos reiterando, su naturaleza no se identifica con la que es propia de cualquier investigación penal. El objeto de lo que en el plenario fue calificado como expediente de seguridad no es la indagación de un hecho punible. Lo que persigue la LO 2/2002, de 6 de mayo, no es otra cosa que asegurar que las actividades encaminadas al cumplimiento de los fines del CNI, en aquellos casos en los que exijan el sacrificio de los derechos fundamentales a la inviolabilidad del domicilio o al secreto de las comunicaciones, estén sometidas a un procedimiento de control a cargo de una autoridad judicial, que agota su mandato en el examen de la concurrencia de los fines que legitiman la actividad del órgano de inteligencia. El carácter motivado de la resolución habilitante y las exigencias del principio de proporcionalidad —de ineludible ponderación siempre que se trate de legitimar el sacrificio de derechos fundamentales— aportan una garantía que, pese a las deficiencias del modelo instaurado, contribuye a la eliminación de espacios de opacidad en el trabajo de los servicios de inteligencia. Resulta indudable, pues, que la función del Magistrado llamado al control previo de las actividades del CNI no es la de un anticipado coadyuvante del Juez de instrucción. El expediente incoado con ocasión del ejercicio de las funciones propias de los servicios de inteligencia y las diligencias penales encaminadas a la investigación de un hecho punible, no están necesariamente llamados a converger en un hipotético proceso penal. Responden a principios distintos, su contenido es también diferente y, por tanto, el sacrificio de los derechos fundamentales que se producen en uno y otro ámbito, se justifica por razones no coincidentes. Consecuencia de todo ello es que los actos generados por la actividad del servicio de inteligencia, sometida al control previo del Magistrado autorizante, no son verdaderos actos de prueba. No fueron concebidos como medios de prueba —ni siquiera como diligencias de investigación— en un proceso penal. Ello no significa que esas actividades estén llamadas, siempre y en todo caso, a su ocultación frente a quienes, de uno u otro modo, pudieron resultar afectados."

⁵¹ Naturalmente que es posible en España limitar los derechos individuales en razón de la "seguridad nacional", un ejemplo claro de ello es la posibilidad de decretar los estados de alarma, excepción y sitio,

Por otra parte, no hay que olvidar que el ejercicio del “ius puniendi” no es sólo un derecho del Estado, sino también un deber, que le viene impuesto por la exigencia de tutelar el orden jurídico, lo que supone asegurar el respeto a la ley y la salvaguardia de los bienes jurídicos, cuya tutela es la razón misma de su existencia. Así pues, el ejercicio del “ius puniendi” no se rige por criterios de oportunidad, sino de legalidad, lo que implica que el Estado no puede abstenerse de castigar a quien comete un delito público. No puede subordinar la tutela de los bienes jurídicos garantizados por el Código Penal a otras consideraciones, ya que ostenta el monopolio de la violencia legítima, lo que le otorga su legitimidad como poder organizado. El instrumento del Estado para hacer efectivo el “ius puniendi” son los jueces y tribunales, a través del proceso, por lo que responde a la lógica del sistema que cuando se trate de investigar actuaciones que constituyan delito, aunque al mismo tiempo puedan suponer una amenaza para la seguridad o la defensa, sea la justicia penal la que se encargue de depurar las responsabilidades del infractor a través del proceso.

Nuestro ordenamiento impone a determinadas personas la obligación inexcusable de promover la persecución de los delitos de los que tengan conocimiento por razón de su cargo. El incumplimiento de esa obligación da lugar a la comisión del delito previsto en el art. 408 del Código Penal, consistente en la omisión del deber de perseguirlos. El principio que inspira esta norma es el deber que asume el Estado de tutelar el orden jurídico, y que encomienda a los servidores públicos.

La solución que propone la citada Ley Orgánica parece ser insuficiente, puesto que no contienen una cobertura bastante ni para el Magistrado “ad hoc”, ni para los miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado que presten servicio en el CNI:

- Por lo que se refiere al Magistrado competente para llevar a cabo el control previo del Centro, su tarea consiste no sólo en emitir un mandamiento para limitar los derechos individuales, sino que también ha de controlar el resultado de las medidas que acuerde, como se deduce del art. 1. 3 (“dispondrá lo procedente para salvaguardar la reserva de lo actuado”). Pues bien, si dicho Magistrado tuviera conocimiento por razón de sus funciones, a través de cualquiera de las intervenciones o registros, de la comisión de un delito, en principio parece que tiene la obligación legal de dar cuenta de los hechos para la instrucción del correspondiente procedimiento penal pues, como ya hemos dicho, el deber de salvaguarda del orden jurídico se rige por criterios de legalidad y no de oportu-

pero la cuestión que nos ocupa es si puede hacerse al margen del proceso, teniendo en cuenta que los hechos y actividades que constituyen objetivos de un servicio de inteligencia son, al mismo tiempo, delitos previstos en el Código Penal basta examinar las competencias del CNI: la contrainteligencia, la contrasubversión o el contraterrorismo.

nidad⁵². La obligación de mantener el secreto no puede enervar tal obligación, pues la ley no puede pretender la impunidad de los delitos que se descubran. Eso sería ir más allá de lo que hizo la Ley de 26 de julio de 1935 respecto de los delitos de espionaje⁵³ y supondría rebasar lo que ha aceptado el Tribunal Supremo como doctrina jurisprudencial respecto al alcance del deber de reserva que se exige por la ley a los funcionarios públicos, y que ha sido considerada como una simple limitación de los medios de prueba que pueden utilizarse en un procedimiento penal (sentencias de 12 de marzo de 1992 y 14 de diciembre de 1995, por ejemplo), pero que no autoriza de ninguna manera a aceptar que puedan propiciar la impunidad que representaría impedir la iniciación de un procedimiento criminal.⁵⁴

- Por lo que se refiere a los miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad que presten servicio en el CNI, no basta con privarles de su condición de “agentes de la autoridad” sino que habría que eximirles de la consideración de “policía judicial” pues, de otra forma podrían incurrir en la responsabilidad penal prevista en el art. 408 del Código Penal por omisión de su obligación legal de denunciar los delitos públicos de los que tuvieran conocimiento por razón de su cargo, y de detener a sus responsables.

4.1. Contenido de las medidas de la Ley Orgánica 1/2002, de 6 Mayo

De los tres momentos que deben ser considerados respecto a la utilización de estas medidas: el momento anterior (que incluye los requisitos necesarios para acordar la limitación); el momento de ejecución (que comprende los procedimientos de control a que deben estar sometidas); y el momento posterior (con la

⁵² Así se deduce también, *a sensu contrario*, del Auto del Tribunal Supremo de 21 abril de 1998, que resolvió sobre la admisión de la querrela presentada contra el Magistrado de la Audiencia nacional Baltasar Garzón, a quien se acusó por el querellante de un delito del art. 408 del Código Penal.

⁵³ Como ya hemos visto la Ley de 26 de julio de 1935, a la que antes nos hemos referido, que modificó el Código de Justicia Militar de 1890, dispuso en su art. 3, para resolver el dilema que se planteaba en las investigaciones sobre actividades de espionaje, se intentó en nuestro Derecho una solución pues, como hemos visto, no se consentía la impunidad, sino que se aplazaba la obligación de dar cuenta de ellos a la Autoridad judicial competente.

⁵⁴ STS núm. 1094/2010, de 10 de diciembre, “Consecuencia de todo ello es que los actos generados por la actividad del servicio de inteligencia, sometida al control previo del Magistrado autorizante, no son verdaderos actos de prueba. No fueron concebidos como medios de prueba —ni siquiera como diligencias de investigación— en un proceso penal. Ello no significa que esas actividades estén llamadas, siempre y en todo caso, a su ocultación frente a quienes, de uno u otro modo, pudieron resultar afectados. La posibilidad de desclasificación de esos documentos, como se apunta *Infra*, forma parte de nuestro sistema. Pero lo que está fuera de dudas es que la existencia de un ulterior proceso penal en el que la *notitia criminis* no sea ajena al expediente de seguridad tramitado por el CNI, no implica la transmutación de la funcionalidad de ese expediente, que dejaría de ser lo que es, distanciándose de sus principios reguladores, para convertirse en un acto procesal sine qua non del verdadero proceso y, por tanto, sometido a las reglas generales que disciplinan el principio de publicidad”.

eventual notificación al afectado), la Ley Orgánica se refiere sólo al primero de ellos, aunque hay que reconocer que lo hace en forma bastante completa⁵⁵. Sin embargo, omite toda referencia a las condiciones de ejecución de las medidas y al control de la ejecución, lo que puede dar origen a considerables problemas de interpretación, algunos de los cuales podemos resumir de la manera siguiente:

PRIMERO. Ante la ausencia de una regulación sobre las condiciones de ejecución de las medidas, surge la duda de si serán aplicables las normas contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal relativas a la entrada y registro en el domicilio y la interceptación de las comunicaciones.

En efecto, para un servicio de inteligencia y seguridad es imprescindible mantener en secreto la adopción de la medida. De otra manera sería inútil, pues si el sujeto que está sometido a ella conociera su existencia no se lograría ningún resultado, o se lograrían resultados contraproducentes, pues estaría en condiciones de desinformar. Hay que tener en cuenta, por otra parte, que las medidas de investigación de que hablamos no tienen como finalidad la obtención de pruebas incriminatorias que deban ser llevadas a un proceso penal, sino que pretenden exclusivamente obtener información que permita conocer y evaluar el alcance de una amenaza contra la seguridad nacional, para estar en condiciones de desactivarla o, como señala el apartado a) del art. 4 de la ley reguladora del CNI, para “*posibilitar la neutralización*” de las mismas.

Por otra parte la ley se limita a ordenar el secreto de lo actuado, pero no se refiere a las condiciones en que las medidas deben llevarse a cabo.⁵⁶

SEGUNDO. Respecto al registro domiciliario, hay que señalar inicialmente la utilidad relativa de tal medida para un servicio de inteligencia en las condiciones previstas en la ley orgánica. En efecto, si partimos de la exigencia prioritaria de la discreción, resulta que esa medida debería ser ejecutada en ausencia del titular del domicilio o de cualquier otra persona que pudiera darle noticia de que se

⁵⁵ La solicitud de autorización se formulará mediante escrito que contendrá los siguientes extremos:

- a) Especificación de las medidas que se solicitan.
- b) Hechos en que se apoya la solicitud, fines que la motivan y razones que aconsejan la adopción de las medidas solicitadas.
- c) Identificación de la persona o personas afectadas por las medidas, si fueren conocidas, y designación del lugar donde hayan de practicarse.

d) Duración de las medidas solicitadas, que no podrá exceder de veinticuatro horas en el caso de afección a la inviolabilidad del domicilio y tres meses para la intervención o interceptación de las comunicaciones postales, telegráficas, telefónicas o de cualquier otra índole, ambos plazos prorrogables por sucesivos períodos iguales en caso de necesidad.

⁵⁶ Ello en contra de lo que ha declarado el Tribunal Constitucional en sus sentencias 131/1997, de 15 de julio, 151/1997, de 20 de septiembre, y 49/1999, de 5 de abril, que “desde la exigencia de certeza que ha de presidir cualquier injerencia en un derecho fundamental, es también patente que el art. 18.3 de la Constitución, al no hacer referencia alguna a los presupuestos y condiciones de la intervención telefónica, resulta insuficiente para determinar si la decisión judicial es o no el fruto previsible de la razonable aplicación de lo decidido por el legislador” que “ha de hacer el máximo esfuerzo posible para garantizar la seguridad jurídica”, por lo que la ley ha de regular las condiciones en que habrá de llevarse a cabo, expresando “todos y cada uno de los presupuestos y condiciones de la intervención”.

ha llevado a cabo un registro. Ello equivale a que la autorización, que sólo puede tener una duración de 24 horas, prorrogables, según establece el artículo único en su apartado 2, d), no podría concederse en la mayoría de los casos para una fecha determinada, pues difícilmente puede conocerse con la antelación suficiente el momento en que podrá ejecutarse con total seguridad, discreción y eficacia. La alternativa sería la de emitir una autorización que pudiera ser llevarse a cabo en fecha indeterminada, pero ello equivaldría a que el Magistrado “ad hoc” no pudiera tener ninguna posibilidad de control sobre la ejecución de la medida.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal, que exigen la notificación de la resolución judicial que acuerde la entrada al titular del domicilio o a quien lo represente, y que deba realizarse en presencia del mismo, o de dos testigos, y con asistencia del secretario del juzgado, que levantará acta, como exige el art. 569, y resulta claro para la doctrina y para la jurisprudencia (por todas, la STC 283/2000, de 27 de noviembre.) que cualquier medida judicial que suponga una limitación de los derechos fundamentales no sólo ha de ser fundada y proporcional a la amenaza que se pretenda conjurar, sino también que ha de realizarse bajo el control judicial, para evitar cualquier extralimitación indebida de las condiciones en que debe llevarse.

TERCERO. En lo que se refiere al control de las comunicaciones no regula las condiciones de su ejecución, ni contiene una duración máxima de la vigilancia, que puede prorrogarse por períodos sucesivos de tres meses, sin especificar cuántas prórrogas serán posibles. No se refiere tampoco al control en el período de ejecución, aunque puede deducirse de la exigencia que se contiene en el último inciso del art. 1.3 del que ordena al Magistrado autorizante disponer “*lo procedente para salvaguardar la reserva de lo actuado, que tendrá la calificación de secreto*”, lo que presupone que habrá de recibir puntualmente información y grabaciones sobre su contenido.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal no incluye tampoco esas precisiones, por lo que ha tenido que ser la jurisprudencia la que supliera la deficiencia pero, como es lógico, lo ha hecho desde la perspectiva del proceso penal, cuyas exigencias de publicidad y de contradicción no concuerdan en absoluto con las necesidades del Centro Nacional de Inteligencia, que exige una actuación discreta, no sólo en el momento en que se acuerda y se ejecuta la medida, sino también a su finalización, pues en el caso de notificarse al afectado, aún después de haber concluido, se corre el riesgo de revelar los ámbitos concretos de investigación, procedimientos de trabajo e, incluso, la identidad de los miembros del servicio que hubieran intervenido.⁵⁷

⁵⁷ La doctrina jurisprudencial en este punto podemos resumirla de la siguiente manera:

1º. El Tribunal Constitucional, desde la sentencia 26/1981, de 17 de julio, además de requerir una especial fundamentación, ha exigido que la misma se ponga en conocimiento de los interesados “pues la medida es tan grave, que el hecho o conjunto de hechos que lo justifican deben explicarse con el fin de que los destinatarios conozcan las razones por las cuales su derecho se sacrificó y los intereses a los que se sacrificó. De este modo, la motivación es no sólo una elemental cortesía, sino un riguroso requisito del acto de sacrificio de los derechos”. La misma doctrina se ha reiterado en las sentencias 13/1985, de 31 de enero; 85/1994, de

CUARTO. Las resoluciones del Magistrado son firmes y tienen carácter ejecutivo⁵⁸, pues no se señala en la ley qué tipo de recursos y en qué condiciones

14 de marzo; 181/1995, de 11 diciembre; y en la 49/1999, de 5 de abril, que recoge la tesis de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos humanos, de 30 de julio de 1998. en el caso Valenzuela contra España.

2º. Por su parte, el Tribunal Supremo, desde la sentencia de 21 de febrero de 1991 destacó que la regulación del art. 579 (introducida por la Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo) era insuficiente, y desde el principio ha venido exigiendo una serie de requisitos, entre los que figuran la existencia de una autorización judicial debidamente motivada; o la proporcionalidad entre la restricción de la medida y la gravedad del hecho a investigar. En el auto del Tribunal Supremo de 18 de junio de 1992, que sentó las bases de la doctrina jurisprudencial en esta cuestión, señaló que al ordenar “el cese de la medida, deberá ponerse en conocimiento de la persona o personas afectadas la operación llevada a cabo, para que desde ese momento ejercite las acciones, si lo desea, que puedan corresponderle” (véase los comentarios a dicho auto realizados por NOYA FERREIRO, M.L., en *Dereito*, Vol. 2, (núm. 1, 1993), pp. 395-408). Sin embargo, en resoluciones posteriores no ha planteado esta cuestión (por todas, la sentencia de 27 de noviembre de 2000, que resume la doctrina jurisprudencial sobre requisitos que han de concurrir).

3º. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la interpretación del art. 8 del Convenio de 1950, ha dictado numerosas sentencias, entre las que cabe destacar las ya citadas de los casos *Klass y otros contra Alemania* (sentencia de 6 de septiembre de 1978), caso *Malone contra Inglaterra* (sentencia de 2 de agosto de 1984), casos *Huwig y Kruslin contra Francia* (sentencias, ambas, de 24 de abril de 1990) y, singularmente, la del caso *Valenzuela contra España* (sentencia de 30 de julio de 1998), en la que se insiste en la necesidad de que las medidas que puede adoptar una sociedad democrática para prevenir actividades contra la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás, deben estar contempladas en la ley, que deberá regular la extensión y las modalidades de las medidas que puedan adoptarse, de manera que puedan ser conocidas y entendidas por todos los ciudadanos y que, al propio tiempo, eviten una interpretación amplia y discrecional por parte de la autoridad que tenga facultades para acordarlas.

La cuestión esencial es, pues, la posible exigencia de que la medida de control de las comunicaciones deba ser notificada al interesado al finalizar su ejecución, que es una constante en nuestra jurisprudencia. Hay que resaltar, no obstante, que las resoluciones del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo se refieren a supuestos en los que se analizaba la restricción del secreto de las comunicaciones en el marco del proceso penal, y lo mismo sucede con la práctica totalidad de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos humanos. Así pues, en este marco del proceso, es coherente la exigencia de que el afectado no deba conocer la medida en el momento de su adopción y de su ejecución, pero sí en el momento en que haya concluido (para que eventualmente pueda impugnarla). Otra cosa es el carácter que debe tener la interceptación de las comunicaciones cuando se trate de actividades de investigación que desarrollen los servicios de inteligencia y seguridad, pues en ese caso el mantenimiento de la reserva es absolutamente necesario. De otra manera se corre el riesgo de desvelar los métodos de trabajo del servicio, los ámbitos concretos de investigación e, incluso, la identidad de sus miembros. El propio Tribunal Europeo señaló en sentencia de 6 de septiembre de 1978 (caso *Klass y otros*), que “*las sociedades democráticas se encuentran amenazadas en nuestros días por formas muy complejas de espionaje y por el terrorismo, de suerte que el Estado debe ser capaz, para combatir eficazmente estas amenazas, de vigilar en secreto a los elementos subversivos que operan en su territorio. El Tribunal debe, pues, admitir que la existencia de disposiciones legislativas estableciendo los poderes de vigilancia secreta de la correspondencia de los envíos postales y de las telecomunicaciones son, ante una situación excepcional, necesarios en una sociedad democrática para la seguridad nacional*”. Esta fue, precisamente, la cuestión sometida al Tribunal Constitucional alemán a propósito de la Ley de 13 de agosto de 1978 (conocida como “G 10”), que desarrolló el art. 10 de la Ley Fundamental. La Sentencia del Tribunal Constitucional Federal, de 15 de diciembre de 1970, aceptó que la eficacia misma de la medida podría quedar anulada en el caso de que se notificara al afectado, aún después de haber finalizado. Por ello, ordenó que fuera informado de la existencia de la medida, después de que hubiera terminado de ejecutarse, sólo en el caso de que la notificación pudiera hacerse sin comprometer la finalidad de la medida restrictiva adoptada.

⁵⁸ OLIVA SANTOS, A. de la, “Escritos sobre derecho, justicia y libertad” Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, D.F. p. 162 dice que es irrecurrible por dos razones, la LOPJ, no

cabe interponer un posible recurso contra ellas, como parece exigible a la vista de lo que dispone el art. 53.2 de la Constitución, que concede a cualquier ciudadano el derecho de “*recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el art. 14 y la sección 1ª del capítulo 2º ante los tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional*”.⁵⁹

5. CONCLUSIONES

El esfuerzo por poner coto a la arbitrariedad de los poderes públicos ha terminado por concretarse históricamente en la noción de Estado de Derecho, lo que equivale a primacía de la ley y que implica la sujeción de las actuaciones de dichos poderes a los principios de constitucionalidad, legalidad y jerarquía normativa.

Desde mi punto de vista, es esencial que exista una regulación legal de los servicios de inteligencia y seguridad, cuya consecuencia inmediata es su mayor control. Las razones son múltiples, pero se pueden condensar en una sola: la exigencia de limitar los poderes del Estado, la de someter a regla y controlar lo que podrían convertirse en excesos no justificables. Naturalmente que la inexistencia de regulación legal de tales servicios posibilita a éstos para realizar actividades sin el control inicial que supone tener que restringir su actuación a una serie de principios, finalidades y objetivos previstos en la ley, con lo que se desequilibra la relación seguridad/libertad a favor del primero de esos factores. La cuestión se centraría en si la protección de la seguridad del Estado debe estar por encima de cualquier otro objetivo y valor de la sociedad, esto es, si la seguridad es un valor absoluto y todo debe constreñirse a su consecución

La Revolución Francesa consagró el principio de que toda la Administración está sometida al principio de legalidad, al control del poder político y al control judicial. Sin embargo, hay que decir que pocas partes de la Administración ven cuestionada de forma tan continuada tanto la oportunidad como su forma de su actuación, como la adecuación de sus mecanismos de control como los servicios de inteligencia. Esto se debe a que tienen a su disposición unos medios intrusivos con gran potencial para vulnerar la privacidad de los ciudadanos, por lo que la

atribuye a ningún órgano competencia para la revisión jurisdiccional de ese “control judicial previo”. Por otra parte ese “control judicial previo” no se puede incardinar en ningún sistema procesal (civil, penal, etc.) cuyo sistema de recursos pudiera ser aplicable supletoriamente.

⁵⁹ Nuestra regulación constitucional es más exigente en este punto que la contenida en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, cuyo art. 13 no exige que el recurso tenga un carácter jurisdiccional, pues se limita a disponer que “toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el (...) Convenio hayan sido violados, tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales”.

necesidad de su control se hace mucho más patente e inevitable. Como resumía Halperin, “un fallo en los servicios de inteligencia puede tener catastróficas consecuencias para la seguridad de un país pero, al mismo tiempo, la incapacidad de poner el adecuado control en las operaciones de los servicios de inteligencia puede conducir a graves violaciones de los derechos y libertades de los ciudadanos, pudiendo amenazar los mismos valores que la comunidad de inteligencia, como parte del sistema de un seguridad de un país, está diseñada para proteger”.

Si el control es un elemento imprescindible en la acción pública, no puede sorprender que una parte de la Administración, como son los servicios de seguridad, que tiene un conocimiento tan especializado y mayores capacidades que otras, deba ser sometida al control de forma más específica e intensiva para velar por la eficacia, eficiencia y legalidad de sus actividades.

En lo que se refiere al control judicial previsto en la ley de 2002, aunque supone un gran avance, es claramente mejorable en orden a garantizar los derechos fundamentales, convirtiéndose en un auténtico control previo de la acción del gobierno. Hay que destacar que existen otros derechos fundamentales como son el derecho a la intimidad o el derecho a la propia imagen que no aparecen recogidos en la citada norma, por lo que se deduce que el legislador solo prevé solventar la necesidad de la previa resolución judicial en relación sólo con los derechos de inviolabilidad del domicilio o de la intervención de las comunicaciones, no para proteger cualquier otro derecho fundamental. Además incluso con aquellos que se pretende proteger, la suspensión de los derechos, como ya se ha apuntado, no puede ser acordada, de forma genérica, ya que si nos encontramos con la primacía de la seguridad sobre la libertad, la defensa y garantía de los derechos fundamentales deja de ser efectiva.

BIBLIOGRAFIA

- ABA ACTORIA, A., “El secreto de Estado y los servicios de inteligencia”, *Cuadernos Const. de la Catedra Fadrique Furió Ceriol*, Valencia (núm. 38-39, 2002).
- BACHMAIER WINTER, L. (coord.) y otros, *Terrorismo, proceso penal y derechos fundamentales*, Marcial Pons, Madrid, 2012.
- CORVALÁN MÁRQUEZ L., “Las acciones encubiertas norteamericanas entre el 4 de septiembre y el 4 de noviembre de 1970, según el Informe Church y otros documentos desclasificados por los EE.UU” Universidad Academia de Humanismo Cristiano (Santiago-Chile), *Tiempo Histórico* (núm. 2 /117-132/2011) pp. 132.
- DE URBANO CASTRILLO, E. y TORRES MORATO, M. A., *La prueba ilícita penal. Estudio jurisprudencial*, Aranzadi, Madrid, 2003.

- DÍAZ FERNÁNDEZ, A. M., *Los servicios de inteligencia españoles. Desde la Guerra Civil hasta el 11-M. Historia de una transición*, Alianza Editorial, Madrid, 2005.
- DÍAZ FERNÁNDEZ, A. M., “Modelos de control parlamentario de los servicios de inteligencia” *Estudio/Working Paper* (núm. 139/2012).
- DIAZ MATEY, G.:
____ “*Los servicios de inteligencia ante el siglo XXI*”, D.V. Chavin, Servicios Gráficos y Editoriales, Madrid, 2011.
____ “La cooperación entre servicios de inteligencia en el marco de la Unión Europea: ¿Cooperación transnacional o multinacional?” *UNISCI Discussion Papers* (núm. 13 Enero / January 2007).
- GÁLVEZ MUÑOZ, L. *La ineficacia de la prueba obtenida con violación de Derechos Fundamentales*, Aranzadi, Madrid, 2003.
- GARCIA SANZ, F., “Introducción: hacia una “cultura de los Servicios de los Servicios de Inteligencia”, *Arbor CLXXX*, (núm. 709, enero, 2005), pp. 1-21.
- GOBERNA FALQUE, J.R., “Los servicios de inteligencia en la historiografía española”, *Arbor CLXXX*, (núm. 709, Enero, 2005), pp. 25-74.
- LOPEZ ALFRANCA, M., “La intervención de las comunicaciones telefónicas”, *Revista Española de Derecho Militar* (número 92, julio –diciembre 2008) pp. 169-210.
- MORET MILLÁS, V., “El Centro Nacional de Inteligencia: una aproximación a su régimen jurídico”, *Foro, Nueva época*, (núm. 2/2005) pp. 249-295.
- PARADA VAZQUEZ, R., *Derecho Administrativo II. Organización y empleo público*, Marcial Pons, Madrid, 2010.
- PÉREZ VILLALOBOS, M., “El control de los servicios de inteligencia en los estados democráticos” (I Congreso Nacional de Inteligencia. Madrid, 23 de octubre de 2008).
- RUIZ MIGUEL, C., *Servicios de inteligencia y seguridad del estado constitucional*, Tecnos Madrid, 2002.
- OLIVA SANTOS, A. de la, *Escritos sobre derecho, justicia y libertad*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, D.F., pp. 151-187.
- PASCUAL SARRIÁ, F.L. «El control judicial a la interceptación de las comunicaciones: especial referencia al control judicial previo a las intervenciones del Centro Nacional de Inteligencia”, *Revista Española de Derecho Militar* (número 89 enero-junio 2007) pp 163-216.