

DERECHOS FUNDAMENTALES Y SERVICIOS DE INTELIGENCIA

INDICE

I. INTRODUCCIÓN

- 1. La integración constitucional de los servicios de inteligencia**
- 2. Los servicios de inteligencia en la última década**
- 3. La función constitucional de los servicios de inteligencia: los conceptos de “información” e “inteligencia”**

II. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LOS SERVICIOS DE INTELIGENCIA EN OTROS SISTEMAS CONSTITUCIONALES

1. Introducción

2. El Reino Unido

- 2. 1. Características generales**
- 2. 2. Organización y controles de los servicios de inteligencia**
 - A) Organización y competencias**
 - B) El control de los servicios de inteligencia: control administrativo, judicial y parlamentario**

3. Francia

- 3. 1. Características generales**
- 3. 2 . Organización y competencias**

4. Estados Unidos

- 4. 1. Funciones de los servicios de inteligencia. La contrainteligencia. La Agencia Central de Inteligencia (CIA)**
 - A) Organización**
 - B) Actividades que realiza**
 - C) Controles sobre sus actividades**

5. Israel

III. LA LEY 11/2002, DE 6 DE MAYO, REGULADORA DEL CENTRO NACIONAL DE INTELIGENCIA

1. Antecedentes históricos

- 1. 1. Orígenes de los servicios de inteligencia en España**

1. 2. Los servicios de inteligencia después de la Guerra Civil (1939-1975)

1. 3. Los servicios de inteligencia en la transición: el CESID

2. Antecedentes legislativos

2. 1. Antecedentes de la reforma

2. 2. Tramitación parlamentaria

3. La Ley reguladora del Centro Nacional de Inteligencia (CNI)

3. 1. Principios inspiradores

3. 2. La estructura orgánica del CNI

3. 3. Las funciones del CNI

3. 4. Los controles establecidos por la Ley: el control parlamentario y el control judicial previo.

IV. EL RÉGIMEN CONSTITUCIONAL DE LOS SECRETOS OFICIALES.

1. Introducción

2. Materias que pueden ser clasificadas como “secretas”

3. El control parlamentario de las materias declaradas secretas

4. El control judicial

5. El Derecho Comparado

5. 1. Alemania

5. 2. Italia

5. 3. Francia

V. LA OBTENCIÓN DE INFORMACIÓN Y LAS CATEGORÍAS CONSTITUCIONALES.

1. Protección y límites de los derechos fundamentales

2. Indicadores de inconstitucionalidad en las actuaciones de los servicios de inteligencia. El principio de proporcionalidad. El ámbito de aplicación del principio de intervención indiciaria

3. Las distintas categorías constitucionales

3. 1. El derecho a la vida y a la integridad física y moral

3. 2. El derecho a la información

3. 2. 1. El derecho a informar y recibir información

3. 2. 2. El acceso a la información que obra en archivos y

registros públicos

3. 2. 3. El secreto profesional

3. 3. Los derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen

3. 4. El derecho a la autodeterminación informativa con relación al uso de la informática

3. 5. El derecho al secreto de las comunicaciones

3. 6. El derecho a la inviolabilidad del domicilio

3. 7. El derecho de defensa

3. 8. La libertad personal y deambulatoria

VI. LA GARANTÍA JUDICIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

VII. LA GARANTÍA PENAL

1. Introducción

2. El delito de espionaje

3. Delitos contra la integridad moral

4. Delitos contra la integridad física

5. Delitos contra el honor

6. La normativa sobre el agente infiltrado en la LECrim. Su inaplicación al agente secreto del CNI.

VIII. CONCLUSIONES

Orientación bibliográfica

DERECHOS FUNDAMENTALES Y SERVICIOS DE INTELIGENCIA

I. INTRODUCCIÓN

1. La integración constitucional de los servicios de inteligencia

Los Estados democráticos cuentan con servicios de inteligencia que, como cualquier otra realidad estatal, caben en la Constitución y deben ser integrados en ésta, porque en un Estado constitucional no puede haber ningún sector del mismo que escape al principio de legalidad, al sometimiento al Derecho y al respeto escrupuloso de los derechos fundamentales: “el constitucionalismo actual no sería lo que es sin los derechos fundamentales”¹.

Los servicios de inteligencia se incardinan precisamente en la estructura política de ese Estado social y democrático de Derecho, en el que el respeto a los derechos fundamentales del individuo se convierte en el principio inspirador de todo el sistema constitucional. Tanto los poderes públicos como los ciudadanos están obligados al respeto y a la garantía de aquellos derechos que la Constitución reconoce como fundamentales. También es cierto que, junto a las garantías constitucionales de los derechos, se encuentran los límites de éstos. Pero tales limitaciones no son generales, sino que están sometidas a un régimen especial recogido en la ley y a un control jurisdiccional que garantiza la legitimidad de la restricción.

2. Los servicios de inteligencia en la última década

¹ Cfr. PÉREZ LUÑO, A.: *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1988, p. 19.

Hasta la caída del telón de acero los servicios secretos eran los “equilibradores” del poder; la paz mundial era la que habían conseguido los agentes secretos que se situaban casi por encima de los propios políticos; la historia la hacían los espías, que se erigían de alguna manera en la proyección real del Estado. Los servicios de inteligencia se convertían en un fin en si mismos. Salvar al Príncipe, al Estado, era lo único importante ².

A partir de 1989 se produce una nueva orientación en las políticas de seguridad de los países de occidente y empiezan a tomar relevancia funciones de los servicios de inteligencia que antes no eran los preponderantes: los aspectos económicos, la prevención de conflictos bélicos como el de los Balcanes, la proliferación nuclear, el narcotráfico o el terrorismo.

La situación que se ha producido tras los acontecimientos del 11-S ha dado un vuelco adicional a la posición de los servicios de inteligencia a nivel mundial. En este sentido, en el marco de la Unión Europea y de la cooperación transatlántica parecen haberse superado determinados obstáculos ³.

Estos importantísimos cambios a nivel internacional no han sido ajenos, por supuesto, a nuestros servicios de inteligencia. A los cambios habidos a nivel general hay que unir los experimentados en el interior, es decir, la culminación del proceso de integración constitucional de nuestros servicios de inteligencia. Hace años que se venía considerando seriamente la necesidad de reformar los servicios de inteligencia en España. La necesidad de una reorganización interna como consecuencia del cambio de misiones de los servicios de inteligencia y de

² En las sesiones parlamentarias en las que se justificaba la tramitación de estas leyes ya se hacía referencia a este importante cambio mundial. *Vid.* Diario de Sesiones del Congreso, de 20 de diciembre de 2001, Debate sobre la Ley Reguladora del Centro Nacional de Inteligencia, intervención del diputado Sr. Alcaraz Masats.

³ Hasta hace unos meses existían una serie de obstáculos que saltaron por los aires después de los terribles acontecimientos neoyorquinos: uno de ellos era el de mantener la confidencialidad en aras de la seguridad; otro el temor a que relaciones tradicionalmente privilegiadas entre servicios de inteligencia (leáse Gran Bretaña vs. EE.UU) cambiaran su situación al tener que compartir información con otros países; por último, el corporativismo que anida en los servicios nacionales y los elementos soberanistas que perduran en los Estados. Curso de Verano sobre “Seguridad y Democracia. El futuro de los servicios de inteligencia”, celebrado en El Escorial, del 10 al 14 de julio del 2000, *sitio:* <http://www.ucm.es>.

delimitar claramente sus funciones; el tener que dar una cobertura legal adecuada estableciendo una regulación unitaria y sistemática y con el rango legal apropiado a la luz de la Constitución; y, en fin, porque incluso en la época democrática de nuestra historia, no siempre los servicios de inteligencia han cumplido escrupulosamente sus misiones y se han producido errores dentro y fuera del mismo y actuaciones impropias de algunos de sus miembros.

3. La función constitucional de los servicios de inteligencia: los conceptos de “información” e “inteligencia”

Para cumplir con su función constitucional los servicios de inteligencia no sólo han de ser capaces de obtener “información” sino también de transformarla en “inteligencia”.

La esencia de la inteligencia es la de servir de apoyo al poder en la toma de decisiones relativas a la seguridad y defensa del Estado. Su función es la de poner a disposición del ejecutivo un conjunto de información política, económica, científica, técnica y militar, debidamente contrastada, valorada e interpretada y capaz de orientar la acción de gobierno tanto en su proyección exterior como interior. Por eso, los servicios de inteligencia no son una policía política, ni pueden ser una institución autónoma desligada de todo contacto gubernamental. Es la diferencia entre unos servicios secretos eficaces y democráticos y unos servicios que constituyen “un Estado dentro del Estado”.

Precisamente esta razón ha provocado que se produzca una revalorización de la inteligencia frente a la simple información: los servicios secretos no son ya simples servicios de información que se dedican a “espíar”, sino que son servicios de inteligencia que investigan, analizan y estudian la información que obtienen para que los gobiernos tomen las decisiones correctas. Es decir, las respuestas que requieren los nuevos riesgos no dependen tanto de la cantidad de información como de la calidad y, sobre todo, de su adecuada valoración e interpretación.

En todo caso, a los responsables de los gobiernos es a los que corresponde determinar qué aspectos necesitan ser informados y, por tanto, cómo

orientar las funciones de los servicios de inteligencia; en definitiva, la definición de qué hay que saber, cuáles son las áreas de interés y las prioridades.

Lo anterior significa, además, que el objetivo de los servicios de inteligencia, a diferencia de otros servicios, no es la obtención de pruebas, o la persecución y depuración de delitos o crímenes. La finalidad es la de obtener información; a partir de esa información elaborar inteligencia para ofrecerla al Gobierno y que éste tome las decisiones que crea convenientes para garantizar la seguridad, la libertad y la democracia, de manera que las medidas concretas se ejecuten a través de los servicios estatales de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado.

Y en este sentido, hay algo de una importancia trascendental: no se puede confundir la investigación de los delitos que hacen los poderes públicos en garantía del Estado de Derecho y en defensa de los derechos de los ciudadanos, con la actividad de los servicios de inteligencia, que no investigan actos delictivos, ni siquiera investigan sobre la base de una posible conculcación del ordenamiento jurídico. La investigación de los servicios de inteligencia no tiene que basarse en un indicio de delito; en la mayoría de las ocasiones lo que se pretende es precisamente obtener información relacionada con actividades de una persona o personas, que no tienen ni que tener apariencia delictiva. Por eso, desde el punto de vista constitucional, la actividad de los servicios secretos no se desarrolla en el ámbito natural del principio de intervención indiciaria ⁴. La información que buscan los servicios de inteligencia no tiene por qué moverse en el mundo de la delincuencia. Esto hace más difícil la justificación y el control de sus actuaciones que, si no estuvieran amparadas por el interés general, rozarían la inconstitucionalidad, al colocar a los ciudadanos, sin razón justificada, en situación de sospechosos. Porque, incluso para obtener información, es posible que los servicios de inteligencia tengan que realizar actuaciones indiscriminadas o aleatorias que afectan a derechos fundamentales (piénsese claramente en actuaciones relativas a escuchas telefónicas, intervención de correspondencia,

⁴ Sobre la naturaleza jurídica y el ámbito de aplicación de este principio, *vid.* MARTÍN MORALES, R. (Coord.): *El principio constitucional de intervención indiciaria*, Grupo Editorial Universitario, Granada, 2000, p.10.

seguimientos, etc.).

II. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LOS SERVICIOS DE INTELIGENCIA EN OTROS SISTEMAS CONSTITUCIONALES

1. Introducción

La existencia de los servicios de inteligencia es generalizada en todos los países del mundo. Todos los gobiernos tienen necesidad de contar con unos servicios que faciliten la toma de decisiones en materia de política exterior y relaciones internacionales, y que en materia de política interior eviten situaciones que atenten contra la seguridad del Estado. No tendría sentido plantearnos un estudio de este tipo, fuera del ámbito de la novela negra, en países que no tienen un orden democrático establecido puesto que en éstos los servicios de inteligencia funcionan sin ajustarse a ningún tipo de control legal o político, sino que están al servicio del poder establecido para el mantenimiento del mismo.

Está claro que no nos movemos en esta esfera. Nuestro objeto de estudio se centra en los servicios secretos de los países occidentales de nuestro entorno, países democráticos con una larga tradición constitucional de defensa de los derechos fundamentales de la persona y con unos servicios de inteligencia sometidos al Derecho. Sin embargo, no en todos estos Estados la regulación de tales servicios es la misma, ni tampoco se someten a iguales controles.

Así, por ejemplo, la regulación más garantista probablemente es la británica, por cuanto los servicios de inteligencia están regulados de manera muy completa por la ley, tanto en lo atinente a su organización interna como en lo referente a sus relaciones con los órganos de los que dependen. Los controles administrativos son relevantes porque las responsabilidades de los diferentes servicios están bien delimitadas. Además, se establecen controles de carácter parlamentario y judicial. Sus actuaciones se coordinan en el Gabinete del Primer Ministro del que, en definitiva y en última instancia, dependen. Los objetivos de los servicios británicos son establecidos por el Gobierno anualmente y conocidos por el Parlamento. En este sentido, la regulación española ha recogido mucho de

la organización británica, sobre todo en lo que se refiere a la planificación de objetivos y al control parlamentario.

Por el contrario, la menos garantista es la regulación de Israel. El Mossad es la organización de los servicios secretos israelíes, de la que conocemos su organización, sus fines, sus actuaciones y poco más. Casi todo lo que tiene que ver con el Mossad depende del Primer Ministro y tiene pocos controles parlamentarios o judiciales, salvo *a posteriori* y por actuaciones claramente ilegales que atenten contra derechos individuales de los propios ciudadanos israelíes.

De todas formas, lo común en casi todos los servicios de inteligencia es su diversificación; el que existan unos servicios que se encarguen de la inteligencia exterior, otros de la interior y la contrainteligencia, y otros especializados en la seguridad militar. Esta estructura es común a Reino Unido, Estados Unidos y Francia. España e Israel, sin embargo, concentran en un único servicio la inteligencia general, integrada por las tres áreas que en otros países están descentralizadas.

En las siguientes páginas vamos a ir refiriéndonos a los servicios de inteligencia más emblemáticos.

2 . Reino Unido

2. 1. Características generales

El Reino Unido es el país europeo que presenta una mayor reglamentación de sus Servicios de Inteligencia, llamados en este país “servicios secretos”. La regulación no sólo es pormenorizada, sino que además se integra por un número enorme de Comités y Subcomités dependientes tanto del Primer Ministro, como de cada uno de los Departamentos ministeriales responsables de las diferentes áreas, y conectados directamente al Primer Ministro a través del Comité Ministerial de los Servicios de Inteligencia. Este comité se completa con otro llamado *Comité de Inteligencia y Seguridad*. A todos ellos nos referimos a continuación.

Dada la complejidad organizativa de los servicios británicos, hemos intentado reducirla a un breve esquema que, por otra parte, responde a la misma filosofía de otros servicios de inteligencia: inteligencia exterior (Servicio Secreto de Inteligencia y de la Commonwealth -MI6- y la Oficina de Comunicación del Gobierno -GCHQ-). Inteligencia interior (Servicios de Seguridad -MI5- y Policía -Scotland Yard-) e inteligencia militar, integrada en el Ministerio de Defensa (DIS).

La coordinación de estos servicios se lleva a cabo, directamente, desde el Gabinete del Primer Ministro, la llamada *Secretaría del Gabinete*. En esta Secretaría se integran dos comités encargados de coordinar los distintos Servicios: El *Comité de las Secretarías Permanentes sobre los Servicios de Inteligencia* (PSIS) y el *Comité Común de la Inteligencia* (JIC).

2. 2. Organización y controles de los Servicios de Inteligencia

A) Organización y competencias

El organigrama de los servicios secretos británicos es el siguiente⁵:

⁵ Debemos significar que la organización que exponemos en estas líneas ha sido realizada por la autora de este trabajo, haciendo un esfuerzo por reducir la complicada organización de los servicios secretos británicos. Por supuesto, no se corresponde exactamente con los organigramas oficiales del Gobierno Británico porque éstos incluyen un mayor número de Comités y Subcomités que nosotros omitimos. Más información se puede consultar en el *sitio* <http://www.fas.org/irp/world/uk>.

La reciente Ley reguladora de nuestro Centro Nacional de Inteligencia ha institucionalizado la existencia de una Directiva anual que fija los objetivos de actuación del Centro. Esta práctica fue introducida ya por la ley británica en 1994, que la ubicó en la Oficina del Gabinete del Primer Ministro, de manera que de ella parte la asignación, la coordinación, el control del funcionamiento y la divulgación los datos obtenidos por el Servicio de Inteligencia Secreto (MI6) y de la Oficina de Comunicaciones del Gobierno (GCHQ). Esta regulación introdujo también una mayor transparencia en el gasto de las agencias que, además, se publica anualmente⁶.

Comité Ministerial de los Servicios de Inteligencia

El Primer Ministro es plenamente responsable de las materias de la inteligencia y de la seguridad, aunque en sus operaciones ordinarias, las agencias de inteligencia y seguridad funcionan bajo el control inmediato de sus titulares ministeriales correspondientes. Cada uno de los responsables de los distintos

⁶ Existe también un comité oficial que examina los objetivos del *servicio de seguridad* (MI5) y controla su trabajo.

servicios se integra en el comité ministerial de los servicios de inteligencia que estaría, pues formado por: el Primer Ministro que la preside, los Ministros de Interior (como responsable de los servicios de seguridad interior), el Ministro de Defensa (como responsable de los servicios de inteligencia militar), el Ministro de Exteriores y de la Commonwealth (como responsable de los servicios de inteligencia exterior), y, finalmente, por el Ministro de Hacienda. Las funciones del Comité tienen carácter eminentemente político porque hacen un análisis político de las funciones de los servicios de inteligencia y seguridad, revisan sus objetivos y establecen otros nuevos para las actuaciones futuras.

Comité de Inteligencia y Seguridad

Las funciones de los servicios de seguridad fueron establecidas en las *Acts* británicas sobre el Servicio de Seguridad de 1989 y de Inteligencia de 1996. El último Informe fue presentado en septiembre de 2001⁷.

El Comité tiene la responsabilidad de repasar el funcionamiento del servicio de seguridad y, si se adecúa a los planes y objetivos establecidos, examina las prioridades futuras del servicio y aconseja a la Secretaría del Gabinete y el PSIS. Forman parte de este comité altos cargos funcionarios del Ministerio de Hacienda, del Ministerio de Exteriores y de la Commonwealth, del Ministerio de Comercio e Industria, del Ministerio de Defensa, del Ministerio de Seguridad Social, de la Oficina de Escocia, de la Oficina de Irlanda del Norte, del CGHQ, del Servicio de Seguridad (SIS). La preside el Ministro del Interior, se incardina en la Oficina del Gabinete y depende, en última instancia, del Primer Ministro.

Las prioridades de los objetivos de los servicios de seguridad e inteligencia vienen marcadas por los distintos tipos de amenazas; una vez reconocidas éstas, se establecen los planes de los servicios. Su funcionamiento se supervisa anualmente por un subcomité interdepartamental conocido como el “subcomité de prioridades y funcionamiento del servicio de seguridad”.

⁷ *Vid. Sitio* <http://www.fas.org/irp/world/uk/cim/>

Comité de las Secretarías Permanentes sobre los Servicios de Inteligencia (PSIS)

Dentro de la *Secretaría del Gabinete* se incardinan dos Comités. El primero, el Comité de las Secretarías permanentes sobre los Servicios de Inteligencia, es un órgano que asiste a los Ministros encargados de cada uno de los servicios, elabora los pronósticos de gasto de las agencias, los planes de gerencia y los requisitos anuales de la inteligencia como parte de los presupuestos anuales del gasto público. Estos planes, junto con las recomendaciones del PSIS, se someten a los Ministros que determinan el nivel apropiado de financiación. El PSIS es presidido por el Secretario del Gabinete y sus miembros son los secretarios permanentes de cada ministerio (al cambio, los Secretarios de Estado españoles): de la oficina de exteriores y de la Commonwealth, de Defensa, de Interior y Hacienda. Existe un coordinador de inteligencia que actúa como consejero del PSIS⁸ y un Comité consultivo conocido como “Comité preliminar” que realiza el primer pronóstico del gasto de las agencias.

Comité Común de Inteligencia (JIC)

El segundo de los comités que hemos incardinado en la Secretaría del Gabinete es el Comité Común de Inteligencia. Sus funciones se precisan en las *Acts* sobre Seguridad de 1989 y sobre Inteligencia de 1994 y 1996, porque tiene conexión con ambos servicios.

⁸ El coordinador de Inteligencia es, además, presidente del Comité Común de Inteligencia, al que nos referimos en el epígrafe siguiente.

El presidente del Comité Común de Inteligencia es el coordinador de la inteligencia británica, tanto interior (servicios de seguridad) como exterior (servicios de inteligencia). Esto supone que, anualmente realiza un análisis riguroso de las necesidades de la inteligencia según las prioridades y los recursos financieros y lo somete a los Ministros para su aprobación.⁹

Bajo su responsabilidad se encuentra la amplia supervisión de las secretarías permanentes de los servicios de inteligencia, la revisión de la organización y del trabajo de los servicios en su totalidad; someter a la consideración de los Ministros los objetivos propuestos; la coordinación de los planes establecidos por cada departamento; elaborar la inteligencia de las informaciones obtenidas por los diferentes servicios referentes a asuntos exteriores, defensa, terrorismo, materias económicas, científicas, etc; mantener y supervisar los enlaces con la Commonwealth y con organizaciones de Inteligencia extranjeras. El Comité puede constituir subcomités o grupos de trabajo permanentes y temporales.

Servicio Exterior de Inteligencia

a) Servicio de Inteligencia Secreto (MI6)

El Servicio de Inteligencia Secreto, conocido como MI6, se creó en 1909 como la sección extranjera de la Oficina de servicio secreta. Sir Mansfield Cumming fue el responsable de la inteligencia de Ultramar y con él los servicios adoptaron la configuración que conservan en la actualidad ¹⁰.

⁹ Los objetivos de la inteligencia se miden por prioridades, según su importancia para la seguridad nacional y el bienestar económico del Estado. Así, como requisitos de alta prioridad, hablaríamos del terrorismo, de la proliferación de armas de destrucción masiva y de amenazas contra el Reino Unido y su integridad territorial.

¹⁰ Como anécdota podemos decir que en el escudo de Servicio Secreto aparece una “C” en color verde. Esta marca fue adoptada por sir Mansfield Cumming y con ella firmaba todos sus documentos. La misma marca ha sido adoptada por todos sus sucesores que firman igualmente sus documentos como “C” y usando tinta verde. Éste es un dato aportado por la novela negra, pero confirmado documentalmente, *vid.* “Intelligence Resource Program”, dentro del *sitio* <http://www.fas.org/uk/mi6>.

Orgánicamente, el MI6 se incardina en la Secretaría extranjera y de la Commonwealth, la cual es responsable de todas sus actuaciones. El *Act* sobre Inteligencia de 1996 define sus funciones, las responsabilidades de su Jefe y los controles a los que se somete su actuación.

El principal cometido del servicio es la producción de la inteligencia secreta en ayuda de las políticas de seguridad del Gobierno de su Majestad, de la Defensa y de la Economía, en el marco de los requisitos fijados por el JIC y aprobados por los Ministros. Realiza, además, los enlaces con la inteligencia extranjera.

La amplitud y generalidad de sus funciones le ha conferido una relevancia institucional adicional y goza de un aura de misterio que le hace ser un desconocido para los propios británicos que sólo aciertan a saber algo acerca de la sede de sus instalaciones (nunca reconocidas como tales por el Gobierno), o los “campos de entrenamiento de espías” que utiliza “la firma”.

b) Jefatura de Comunicaciones del Gobierno (GCHQ)

El CGHQ es un órgano público que depende de la Secretaría de Estado para Exteriores y de la Commonwealth y que provee a los distintos departamentos ministeriales de la “inteligencia de las señales” de acuerdo con los requisitos establecidos por el JIC.

Fue creado en 1946 como sucesor de la escuela de códigos y cifra del Gobierno que funcionó desde 1919. Supervisa todas las comunicaciones y señales y colabora con las Fuerzas Armadas y con los servicios de seguridad. Sus funciones actuales se recogen en el *Act* de inteligencia de 1996.

Servicio Interior de Inteligencia

a) Servicio de Seguridad (MI5)

El Servicio de seguridad, también conocido como MI5 tiene también su origen en 1909 y se creó como el brazo interno de la oficina del servicio secreto

bajo las órdenes del Capitán Vernon Kell¹¹, para realizar tareas de contraespionaje.

En 1935 asumió la responsabilidad más amplia de determinar las amenazas a la seguridad nacional, que incluía la subversión y, posteriormente, la lucha contra los fascismos internacionales y el comunismo soviético¹².

En 1952, en los primeros tiempos de la guerra fría, las funciones del servicio y la responsabilidad del director fueron definidos en una normativa, muchas de cuyas previsiones se incorporaron más adelante en el *Act* de 1989 del Servicio de Seguridad. Esta norma constituye la base estatutaria de la regulación del servicio, y lo pone bajo la autoridad del Ministro del Interior¹³. Esta ley precisa también las funciones atribuidas al servicio, así como los controles que se establecen sobre el mismo.

¹¹ Por hacer otra digresión curiosa del origen del MI5 en la línea de la nota anterior, diremos que, en 1909, el Primer Ministro Sr. Asquith, mandó al comité de la Defensa imperial considerar los peligros del espionaje alemán sobre los puertos navales británicos. El 1 de octubre, siguiendo la recomendación del comité, el Capitán Vernon Kell y el capitán Mansfield Cumming establecieron la Oficina común del Servicio Secreto. Kell y Cumming decidían dividir su trabajo, de manera que “K” era responsable del contraespionaje dentro de las Islas Británicas y “C” lo era de la inteligencia de ultramar.

¹² Las relaciones entre ambos servicios de inteligencia han hecho correr ríos de tinta en la literatura de espionaje, y es que los servicios secretos soviéticos son de los más antiguos, junto con los británicos. El famoso KGB soviético (Komitet Gosudarstvennoy Bezopasnusti = Comité de Seguridad del Estado), también conocido como *Araña de Acero*, fue establecido en 1954 como servicio de seguridad soviético, pero, en realidad, tiene sus orígenes en 1917. Se llamó CHEKA, Comisión Extraordinaria Panrusa para combatir la Contrarrevolución y el Sabotaje. El GRU, (Glavnoye Razvedyvatelnoye Upravleniye) es la Agencia de Inteligencia militar soviética. Existe desde 1922. En la actualidad, los servicios de inteligencia rusos se han concentrado fundamentalmente en: SUR (Servicios de Inteligencia de la Federación Rusa), encargado de la inteligencia exterior y la contrainteligencia, y FSB, Servicio Federal de Seguridad Interior.

¹³ Aunque realmente el servicio de seguridad no depende orgánicamente del Ministerio del Interior.

La función principal que se encomienda a los servicios de seguridad del Reino Unido es la de “proteger al Estado contra las amenazas secretamente organizadas, sobre todo en materia de terrorismo, espionaje y subversión”¹⁴. En 1996, el *Act* de Seguridad fue reformada para dar al servicio la función adicional de apoyar a la Policía y otras agencias en las funciones de prevención y detención del crimen organizado.

En cuanto a los controles del servicio, en lo que se refiere a los controles externos, éstos han aumentado considerablemente, sobre todo desde 1994 con la creación del Comité de Inteligencia y Seguridad que supervisa y controla la actuación de estos servicios. Otras medidas que han contribuido a que exista más información disponible sobre su trabajo, sin dañar su eficacia operativa ni poner en peligro a su personal o agentes han sido: la publicación, desde 1993, de los informes sobre sus actividades; la publicidad de los procedimientos de reclutamiento del personal empleado en trabajos generales; o la apertura, en 1997, de un Registro público que contiene los archivos históricos más antiguos del servicio.

Servicio de Inteligencia Militar (Defensa)

El Centro de Inteligencia y de Seguridad de la Defensa (DISCO) fue creado el 1 de octubre de 1996 para integrar toda la inteligencia y la mayoría del entrenamiento sobre seguridad en una única agencia, de manera que el Centro de la inteligencia y la seguridad de la defensa entrena a las fuerzas armadas y a otras agencias de inteligencia en disciplinas relacionadas con la inteligencia y la seguridad. Igualmente, aconseja al Gobierno sobre materias relacionadas con la política de seguridad.

La inteligencia militar se encuadra dentro del Ministerio de Defensa y participa del presupuesto del mismo. El personal de la inteligencia de la defensa es el abastecedor principal de la inteligencia estratégica de la defensa del Ministro de Defensa, de las Fuerzas Armadas y es también un elemento

¹⁴ Cfr. Service of securite MI5@InterWeb.

fundamental de la maquinaria central de la inteligencia del Reino Unido. Fue creado en 1964 por la refundición de los tres servicios de inteligencia y de la oficina común civil de la inteligencia para formar un cuerpo integrado capaz de servir al Ministerio de Defensa y a las Fuerzas Armadas.

Las funciones más importantes son las de analizar la información de una variedad amplia de fuentes, abiertas y secretas. Por esta razón, el personal que se inscribe en este servicio es tanto militar como civil.

B) El control de los Servicios de Inteligencia. Control administrativo, judicial y parlamentario

a) Control administrativo

Ya hemos establecido que si por algo es preciso hacer una regulación adecuada de los servicios de inteligencia, es porque en todo Estado democrático hay una tensión inherente entre la existencia de un servicio de seguridad con capacidades de investigación “intrusas” y la preservación de los derechos fundamentales de los ciudadanos, de manera que en tanto persistan amenazas contra el Estado, los servicios secretos pueden necesitar invadir la esfera de privacidad del individuo. Pero deben existir también límites y controles a esa actividad. En este sentido, el ordenamiento jurídico británico es uno de los más garantistas de cuantos hemos analizado, al menos, de manera formal. Además de los controles internos establecidos por las normas inglesas, existen otros de carácter externo que se refieren a la arbitrariedad y la responsabilidad de aquellos ante los que deben responder.

Así, desde la regulación legal de 1989, el Director general del servicio de seguridad es responsable político ante el Ministro del Interior y, lógicamente, ante el Primer Ministro, a los que debe someter un informe anual. Es legalmente responsable de todos los aspectos de las operaciones y de la eficacia de las mismas, así como de que el tratamiento de la información obtenida sea el permitido por la ley.

b) Control judicial

La ley de 1989 prevé un Tribunal independiente, apoyado por una comisión (un juez mayor), para investigar quejas sobre el servicio presentadas por particulares.

El *Act sobre Interceptación de las comunicaciones* de 1985 también prevé un Tribunal apoyado igualmente por una comisión (un juez mayor), para investigar quejas sobre la interceptación de comunicaciones telefónicas y postales.

Estos Tribunales están formados por tres jueces designados por la Royal Warrant. Sus miembros son independientes del Gobierno y pueden tener acceso a los distintos servicios para examinar sus expedientes. La ley establece que cualquier persona puede acudir al tribunal “si se considera agredido en cualquiera de las actuaciones que el servicio ha hecho referente a él”. El Tribunal requiere información directamente del Servicio que está bajo el deber legal de facilitarla.

Si el Tribunal entiende que los servicios de inteligencia han hecho una actuación que se considera una injerencia en los derechos del ciudadano, debe determinar, primero, si el servicio tenía una razón para hacerlo y, si es así, debe establecer el tiempo razonable para contrastar que la información que se tiene es cierta.

c) Control parlamentario

Bajo el *Act* de 1994 de los servicios de inteligencia, el SIS y el GCHQ, son supervisados por el Comité de Inteligencia y Seguridad y por un Comité parlamentario.

El Comité de parlamentarios creado por la ley de 1994 estará formado por nueve miembros de la Cámara de los Comunes y de la Cámara de los Lores. Lo designa el Primer Ministro en consulta con el líder de la oposición y ninguno puede ser Ministro actual de la Corona. El Comité hace un informe anual que el Primer Ministro presenta ante el Parlamento.

Existe, en el seno de la Cámara de los Comunes, el que se denomina Comité de Defensa¹⁵. El Comité de Defensa se nombra para examinar, en nombre de la Cámara de los Comunes, el gasto, la administración y la política del Ministerio de Defensa. El comité tiene un máximo de once miembros; el *quorum* para cualquier procedimiento formal es de tres y permanece constituido mientras dura la legislatura.

El Comité tiene potestad para examinar los documentos escritos, testigos e informes del Ministerio del Interior. Puede reunirse en cualquier momento (excepto cuando el Parlamento se encuentra disuelto) y en cualquier lugar dentro del Reino Unido. Del mismo modo, puede reunirse con otros comités o subcomités con el fin de deliberar o tomar en consideración determinados informes, así como intercambiar documentos con cualquiera de ellos.¹⁶

3. Francia

3. 1. Características generales

En el país vecino no existe un servicio de inteligencia uniformado y único. Pero, a pesar de la diversificación, se integran todos bajo el Ministerio de Defensa. En esto parece que la regulación española ha tomado ejemplo. En Francia existe una única Secretaría General de la Defensa Nacional (SGDN), pero con varias Direcciones que integran, al menos, tres servicios de inteligencia: la inteligencia exterior, la inteligencia interior y la inteligencia militar:

3. 2. Organización y competencias

La Dirección General para la Seguridad Exterior (DGSE)

¹⁵ Vid. [Http://www.parliament.uk/commons/selcom/defhome.htm](http://www.parliament.uk/commons/selcom/defhome.htm).

¹⁶ En la última Legislatura, el Comité de Defensa del Parlamento emitió 21 informes acerca de otras tantas investigaciones llevadas a cabo sobre la actuación de las agencias de inteligencia. Estos informes son publicados anualmente por la Cámara de los Comunes.

Es un órgano subordinado al Ministerio de Defensa, responsable de la inteligencia militar y de la información estratégica. Es también responsable del contraespionaje fuera de las fronteras del territorio nacional. Se crearon en 1946 por el Gobierno de la IV República como “Servicio exterior de documentación y contraespionaje” (SDECE), subordinado al Primer Ministro.

El DGSE fue formado con la integración de diversas agencias francesas de inteligencia: en 1942 se creó la Oficina Central de Información (BCRA) en noviembre de 1943 se crea la Dirección General de los Servicios Especiales (DGSS); en noviembre de 1944 las redes de la inteligencia de la resistencia francesa fueron integradas en el DGSS, junto con la Dirección de estudios y la investigación (DGER).

Con la V República, en 1962, el SDECE fue utilizado como servicio de inteligencia estratégico por el Primer Ministro Michel Debre, mostrándose particularmente eficiente en la lucha contra la rebelión en Argelia. En ese mismo año, el General De Gaulle decidía subordinar el SDECE al Ministro de Defensa, “militarizando” los servicios de inteligencia.

En 1981 se produce un punto de inflexión, con la llegada de los socialistas y el intento de nombrar un civil en la dirección del Servicio que encontró una fuerte oposición interna en un primer momento en el SDECE.

Más tarde, un Decreto de 4 de abril de 1982 sustituyó el SDECE por la Dirección General de la Seguridad Exterior (DGSE), consolidando la estructura y la cohesión del servicio con la creación de una Dirección General que controla otras tres direcciones: la Dirección de Estrategia, la Dirección de Inteligencia y la Dirección de Operaciones. La primera de ellas es responsable de determinar la necesidad de la información. Elabora los documentos de la doctrina y la orientación general. La Dirección de Inteligencia es un servicio orientado tradicionalmente a la inteligencia militar, aunque es una Dirección relativamente débil en relación a la inteligencia política, económica y tecnológica. La División Técnica es responsable de la inteligencia electrónica, mientras que la División de Operaciones es responsable del planeamiento de operaciones y de su ejecución.

Dirección de la Inteligencia Militar (DRM)

El DRM fue creado por un Decreto de 16 de junio de 1992, para solucionar los defectos de la inteligencia observados durante la Guerra del Golfo, que se segregó del Centro de Explotación de la Inteligencia Militar (CERM). Éste era la unidad de inteligencia táctica subordinada al jefe de personal de la armada que coordinó las unidades de inteligencia de los tres ejércitos.

Pero la Dirección de la Inteligencia Militar, no es un servicio secreto propiamente dicho; no es responsable de la seguridad interna, sus empleados no son “espías” y no tiene ninguna rama de operaciones comparable con el DGSE. Sus funciones son las de analizar informaciones de satélite y otras análogas como las imágenes electromagnéticas y de la guerra electrónica. Su *staff* se integra en el Ministerio de Defensa bajo la dirección de un Director General y tres subdirecciones (de Investigación, de Explotación y de Proliferación y armamento). Está enlazado directamente con unidades de Policía Nacional, con la Dirección de la Defensa y Protección Nacional y con las Fuerzas Armadas.

Los informes del Director del DRM dependen directamente del Ministro de Defensa.

Dirección para la Protección y la Seguridad de la Defensa (DPSD)

La Dirección para la Protección y la Seguridad es responsable de operaciones militares de contrainteligencia, así como de la vigilancia política del militar, asegurando la confianza política de las Fuerzas Armadas. Esto significa que el DPSD puede investigar a militares y oficiales dentro de los cuarteles para asegurar sus deberes militares de seguridad.

Otros Servicios

Fuera del Ministerio de Defensa, en Francia existen otros servicios de inteligencia ubicados en el Ministerio del Interior: la dirección Central de Información General; la dirección de la Seguridad Territorial y la Policía Judicial.

4 . Estados Unidos

En Estados Unidos, los servicios de inteligencia están desconcentrados, dependen absolutamente del Gobierno central, pero son servicios muy plurales y esparcidos por distintos ámbitos de la Administración del Estado en situación parecida a la británica, aunque tan sólo en el sentido organizativo, no en cuanto a la dependencia orgánica y funcional. De este modo, existe un servicio de inteligencia interior (FBI), otro servicio de inteligencia exterior y contrainteligencia (CIA), y la inteligencia militar (dependiente del Ejército).

Tras los acontecimientos del 11 de septiembre de 2001, una Orden ejecutiva del Presidente de 8 de octubre de 2001 creó la Oficina de la Seguridad de la Patria. Sus funciones son coordinar los esfuerzos de la Administración en orden a la detección, prevención, protección y recuperación frente a ataques terroristas dentro de los Estados Unidos. La misión de esta oficina es desarrollar y coordinar una estrategia nacional integral para proteger a los Estados Unidos de amenazas o ataques terroristas.

4. 1. Funciones de los Servicios de Inteligencia. La contrainteligencia. La Agencia de Inteligencia Central (CIA)

La CIA depende directamente del Presidente de Estados Unidos. Fue creado en 1947 por una Ley sobre Seguridad Nacional firmada por el Presidente Truman. Esta ley creó, como figura clave, la del Director de la Agencia Central (DCI), con la función de coordinar las actividades de la inteligencia de la Nación y evaluar y estudiar toda la información que afecta a la seguridad nacional.

El DCI sirve como cabeza de todos los servicios de inteligencia de Estados Unidos y es el Consejero principal del Presidente de la Nación en materia de inteligencia relacionada con la seguridad nacional. Por tanto, la CIA se configura como una Agencia independiente que asesora directamente al Presidente. Es un órgano de asesoramiento del Ejecutivo que únicamente responde directamente ante el pueblo americano a través de los Comités de control de la inteligencia del Congreso de Estados Unidos.

Entre las funciones de la CIA están las de apoyar al Presidente, al Consejo de Seguridad Nacional y a todos los funcionarios que hagan y ejecuten política de seguridad nacional en Estados Unidos acerca de: a) inteligencia exacta sobre la información extranjera que se refiera a hechos que afectan a la seguridad nacional, y b) conducción de las actividades de contrainteligencia según las directrices marcadas por el Presidente.

A) Organización

La Ley sobre seguridad nacional establece, junto al cargo de Director de la Agencia, otras figuras sobre las que recae parte de la responsabilidad de los servicios de inteligencia, que asesoran al ejecutivo y responden ante los comités de control del Congreso. Estas figuras son:

- Diputado Director de la Inteligencia Central, que asiste al Director y le sustituye en caso de vacancia, ausencia o inhabilitación.

- Director Ejecutivo de la Agencia, asistido por un Consejo de Dirección formado por cinco consejeros: uno “financiero”, otro de “información”, otro tercero de “seguridad”, un cuarto de “recursos humanos” y, finalmente, otro de “ayuda global”.

- Director de Inteligencia. Es el responsable de la producción, difusión y análisis de la inteligencia.

- Director de Ciencia y Tecnología. Esta dirección crea y aplica tecnología innovadora en ayuda de las misiones de los diferentes servicios.

- Director de Operaciones. Es el responsable de la inteligencia secreta en el extranjero.

Existen, además, dos oficinas de asesoramiento y apoyo al Director:

- Oficina General. Asesora al Director General en los asuntos legales.

- Oficina de Asuntos Públicos. Es otra oficina de apoyo a la dirección que asesora al Director en relación a los medios de comunicación pública.

B) Actividades que realiza

Por ley, la CIA tiene expresamente prohibido recoger información sobre actividades de ciudadanos americanos dentro del territorio nacional, por cuanto su misión es la de recoger información relacionada con la inteligencia extranjera y con la contrainteligencia.

La Orden Ejecutiva del Presidente 12333, de 1981, referida a la seguridad nacional, establece que la CIA debe restringir su actividad, en lo que se refiere a ciudadanos americanos, salvo que se trate de “un propósito autorizado”, es decir, si hay una razón para creer que un individuo está implicado en espionaje o en actividades internacionales terroristas.

Los procedimientos que empleen los servicios de inteligencia y que afecten al respeto de derechos fundamentales del ciudadano, requieren desde los años 70, aprobación de la investigación por el Abogado General y por el Director de la Agencia. Pero no existe ningún otro tipo de control judicial o extrajudicial que autorice la invasión de la esfera de privacidad del individuo, puesto que se entiende que prima la seguridad del Estado. El control del Congreso ya veremos que no se extiende a las presuntas actuaciones ilegales de los servicios de inteligencia. Tan sólo existe algo parecido a una autorización judicial en relación a las actividades secretas de la Agencia.

Solamente el Presidente de Estados Unidos puede ordenar a los servicios de inteligencia que emprendan una acción secreta. Estas acciones deben ser recomendadas por el Consejo de Seguridad Nacional (NSC). Se consideran acciones secretas cuando los jueces del NSC evalúan que los objetivos de la política exterior del Gobierno no se pueden conseguir por medios diplomáticos normales y cuando la acción militar se juzga como demasiado extrema ¹⁷.

La CIA es, además, la Agencia encargada de mantener relaciones de colaboración con servicios de inteligencia extranjeros. Esta colaboración se ha incrementado desde el 11 de septiembre de 2001 para reforzar la lucha

¹⁷ Realmente, los americanos incluyen aquí todas las actuaciones que se refieren a actuaciones de desestabilización de gobiernos extranjeros, o de intervención en países terceros para derrocar al Gobierno. Forma parte de la vieja tradición de la que hemos hablado: los espías como los auténticos hacedores de la paz y de la estabilidad mundial.

contraterrorista a nivel mundial, con la firma de acuerdos políticos entre los gobiernos de los diferentes Estados¹⁸.

C) Controles sobre sus actividades

El Director de la Agencia está obligado a comunicar a los Comités del Congreso las actividades que se realizan en el exterior por orden del Presidente.

La misma Orden Ejecutiva del Presidente 12333 prohíbe a la CIA llevar a cabo actividades relacionadas con asesinatos o extorsiones, ni directa ni indirectamente. La salvaguarda de estos derechos fundamentales se atribuye al Congreso a través de los comités de Control que pueden establecer inspecciones generales.

Los órganos encargados de supervisar las actividades de la Agencia Central de Inteligencia son el Congreso y el propio Ejecutivo. La CIA es responsable, ante los representantes elegidos por el pueblo americano, de que sus acciones estén de acuerdo con las leyes del Congreso y, ante el Ejecutivo, de que sus acciones se correspondan con las órdenes de éste.

Así pues, ante el Ejecutivo el control se realiza a través del Consejo de Seguridad Nacional integrado por el Presidente, el Vicepresidente, el Secretario de Estado y el Secretario de Defensa. Este órgano es el que determina las actividades nacionales de la inteligencia extranjera y de la contrainteligencia.

El control parlamentario se realiza a través de un “Comité sobre inteligencia” integrado por senadores especializados en estos temas y un “Comité permanente”, encargados de supervisar la actividad de la agencia y los programas que realiza. La CIA no tiene naturaleza política, pero asesora a los políticos en materia de relaciones exteriores y política exterior.

Del mismo modo, los directores auxiliares de cada uno de los diferentes departamentos del FBI (inteligencia interior que actúa en estrecha colaboración

¹⁸ El periódico inglés *Sunday Express* publicaba el día 17 de febrero de 2002, la noticia de la intervención y eficaz colaboración de los servicios de inteligencia británico - MI6- para la localización de importantes redes terroristas tanto en el Reino Unido como en Estados Unidos.

con la CIA), pueden ser llamados a informar sobre cada una de las áreas en las que trabajan a los diferentes comités permanentes de senadores, siempre que sean requeridos para ello.

Finalmente, debemos referirnos al *Freedow of Information Act*, que es la norma jurídica más importante que ha incidido en los servicios de inteligencia en el ámbito interno. Esta norma data de 1967 pero no se aplicó a los archivos y a la actividad investigadora del FBI hasta 1975, año en el que se aprueban las enmiendas constitucionales presentadas a la ley. Desde ese momento es posible tener acceso a los expedientes abiertos por los servicios de inteligencia en todo aquello que no tenga la consideración de información secreta.

5 . Israel

Si hemos traído a este trabajo el caso de Israel es por la importancia real que tienen sus servicios de inteligencia incluidos en el Mossad. Israel es un Estado que no cuenta con una constitución escrita en un único texto, carece de constitución formal y su organización institucional está basada en una serie de Leyes Fundamentales aprobadas a partir de 1958 y, muchas de ellas, reformadas en la última década. De todas ellas, nos interesan especialmente las leyes que regulan el Poder Judicial y la Ley de Gobierno.

Aunque ambas normas regulan las funciones y las competencias de estos órganos institucionales, no hemos encontrado referencia a la dirección y control de los servicios de inteligencia, tan sólo la dependencia directa del ejecutivo. Aunque se ha definido el sistema político israelí como un sistema semiparlamentario¹⁹, lo cierto es que el reconocimiento y protección de los derechos fundamentales de la persona no tienen una aplicación uniforme dentro del territorio de Israel. El 20 de agosto de 2000 el Primer Ministro, Ehud Barak, anunció que sometería a la aprobación del Parlamento un proyecto de ley sobre

¹⁹ El sistema político semiparlamentario israelí ha sido estudiado por VIRGALA FORURIA, E.: “La forma de gobierno semiparlamentaria como alternativa a la presidencial y a la parlamentaria”, en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 89, 1995. También en “La nueva forma de gobierno israelí: creación y puesta en práctica”, en *Cuadernos Const. de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núm. 20/21, Valencia, 1997.

una Constitución. Esta propuesta provocó la indignación de la extrema derecha política y religiosa, que sólo reconoce como tal la ley del Talmud. A partir de aquí, las dificultades para instaurar un auténtico Estado de Derecho en Israel son comprensibles.

A pesar de que el anteproyecto presentado incluía un rabino, sólo ha contado con el apoyo de la izquierda. La Constitución proyectaba incluir el matrimonio civil, figura legal inédita en el Estado israelí, donde las parejas sólo se pueden casar por la aplicación de la ley religiosa judía y con la consagración de un rabino. La Constitución supondría también el establecimiento de leyes que garanticen la libertad de expresión y de culto, la mejora del *status* legal de la mujer, la eliminación del Ministerio de Asuntos Religiosos y un servicio civil obligatorio para todos los ciudadanos que no realizan el servicio militar.

Los principales problemas que se plantean para la aprobación de la Constitución aparecen de las filas de los partidos ultrarreligiosos para los que la Constitución pondría en peligro los valores judíos del país, desencadenando una “guerra cultural” y una ruptura en el pueblo. De esta manera, se puede decir que son pocos los que defienden el Estado de Derecho en Israel (aunque sea limitado a los ciudadanos de confesión judía), antes al contrario, ha habido importantes personalidades del Partido Laborista que se han opuesto también a la elaboración de una Constitución, como Simón Peres, o el líder del Likud, Ariel Sharón.²⁰

²⁰Crónica Internacional de Carlos Masaya, en “La Insignia”, de 21 de agosto de 2000.

Así pues, los servicios de inteligencia israelíes, no pueden ser ajenos a esta realidad política, religiosa y de guerra crónica. Por la especial situación en la que se desarrolla la política en el Oriente medio, por la situación de conflicto permanente en que viven tanto el Estado de Israel como el pueblo palestino, tienen una posición especial dentro del Estado. Fueron fundados el 1 de abril de 1951 por el entonces Primer Ministro Ben Gurion, que fija su función principal: “para nuestro Estado que desde su constitución no deja de estar asediado por sus enemigos, la información constituye la primera línea defensiva (...); nosotros debemos aprender a saber lo que pasa en nuestro entorno”²¹.

²¹ Directiva de constitución del “Instituto de la Información y Operaciones especiales” (“Ha-Mossad Lè-Modiin ou-ancho Tafkidim Mèyouh’ adim”), vid. *Sitio*: <http://www.fas.org/israel/mossad>.

La estructura y organización del Mossad es, en cierta forma, indeterminada; también el director del Instituto se mantiene en secreto²². De la estructura del Mossad que ha trascendido sabemos que consta de 8 divisiones con departamentos en distintas zonas del mundo. El Mossad tiene encomendada la función de la información, las operaciones clandestinas y la lucha antiterrorista, pero sus prioridades son la vigilancia de las naciones y organizaciones árabes en todo el mundo. No se puede decir que sea “un Estado dentro del Estado”, pero sí que dependen férreamente del Gobierno de Israel, sometido a escasos controles y utilizado por el Gobierno como un elemento de capital importancia en sus relaciones políticas con los demás Estados.

III. LA LEY 11/2002, DE 6 DE MAYO, REGULADORA DEL CENTRO NACIONAL DE INTELIGENCIA.

1. Antecedentes históricos

1. 1. Orígenes de los Servicios de Inteligencia en España

No es fácil encontrar antecedentes de los servicios de inteligencia en España, y no tanto porque no existieran sino porque aquéllos de los que ha quedado registro documental están referidos, casi siempre, a acontecimientos

²² Pero, a veces, el gobierno israelí anuncia la sustitución de éste y el nombramiento de un nuevo director, como sucedió en marzo de 1996 con la sustitución de Shabtaï Shavir por el General Danny Yatom; éste fue el primer director del Mossad identificado públicamente; hasta entonces era conocido únicamente como “S”. Sin embargo, la identidad del Jefe del servicio sigue siendo supuestamente secreta puesto que no hay norma jurídica que lo regule. A veces da la sensación de que los servicios de inteligencia no existen para el gobierno de Israel, que raras veces reconoce la actuación del Mossad, sin embargo, también es cierto que, aun sin reconocer su actuación, el Estado israelí ha asumido indemnizaciones por errores cometidos por agentes del Mossad. Así, en 1996, Israel pagó a la familia Boushiki daños y perjuicios por una actuación de los servicios israelíes. Los hechos se remontan a 1974. El 7 de enero de ese año, en Noruega, el Mossad asesina por error a Ahmd Boushiki, un funcionario argelino al que confunde con Ali Ahmad Salameh que había sido identificado como cerebro de la masacre israelí de 1972. Los agentes son detenidos por la policía noruega y puestos a disposición de la Justicia. Aunque se reconocen culpables y miembros del Mossad, el gobierno israelí negó tener cualquier responsabilidad en esta acción y, a pesar de ello, pagó importantes indemnizaciones a la familia.

concretos, sin continuidad en el tiempo, y referidos a la Guerra de la Independencia, a las Guerras Carlistas o a las Campañas de Ultramar o Marruecos. Así, del primero de ellos que se tiene noticia documental, es el llamado *Círculo 30*, que, en la época de Primo de Rivera y durante los años treinta, funcionó con eficacia. Se puede decir que era un sucedáneo de los servicios de inteligencia que se desarrollaba en la zona del Riff africana. Lo constituían un grupo de personas que, desde Marruecos, enviaban información política de lo que se gestaba entre la oficialidad con mando en el norte de África.

El primer intento de creación de un Servicio de Inteligencia se remonta a 1935, con el gobierno de la Segunda República, dependiente del Ministerio de la Guerra. Sin embargo, no llegó ni siquiera a poder desarrollarse normativamente ni a ser operativo por cuanto el estallido de la guerra civil truncó la actividad del servicio. Los acontecimientos posteriores (1936-1939) obligaron a la creación de múltiples servicios, descoordinados entre sí y sin un mando unificado, de manera que cada órgano de información cumplía sus misiones de forma independiente.

1. 2. Los Servicios de Inteligencia después de la Guerra Civil (1939-1975)

La caótica situación de los servicios de inteligencia creada en la guerra civil se agudizó después de la contienda, de manera que llegaron a contabilizarse hasta ocho servicios de información diferentes, cada uno de ellos con un campo de actuación distinto, pero sobre cuyas competencias confluían frecuentemente más de uno. Realmente esta situación se produjo por la inexistencia de una regulación que delimitara los ámbitos de actuación de cada uno de los Servicios y porque seguía sin existir un mando unificado que los coordinara a todos. Esta situación propició una duplicidad competencial y un intento de todos de abarcar por completo el panorama informativo.

Los servicios que se crearon para la información interior del Estado fueron:

El Servicio de Información del Movimiento. Se ocupaba de la información política en todo el territorio del Estado y estaba encuadrado en la Secretaría General del Movimiento Nacional.

Servicio de Información de la Dirección General de Seguridad. Se ocupaba de la investigación de los entonces llamados delitos político-sociales, colaborando con los Servicios de Información de la Guardia Civil.

Al terminar la guerra civil se crearon tres Ministerios militares: del Ejército, del Aire y de la Marina, con sus respectivos Estados Mayores, de cuya coordinación se ocupaba el Alto Estado Mayor (AEM). A éste correspondían los *Servicios de Información del Ejército de Tierra, la Armada y el Ejército del Aire.* A las Segundas Secciones de los respectivos Estados Mayores se atribuyeron los servicios de inteligencia. A su vez, estas secciones crearon la Segunda Sección Bis encargada de controlar e informar (“espíar”) acerca de los propios jefes y oficiales militares españoles, en previsión de acciones subversivas o de estados de opinión críticos dentro de los ejércitos.

Igualmente, al AEM correspondía el espionaje militar exterior, la contrainteligencia, a través de los *Servicios de Inteligencia Exterior y contrainteligencia.*

A finales de los años sesenta los acontecimientos europeos, con el mayo francés, y la situación interna en la Universidad, llevó a la creación de un órgano destinado a controlar la actividad estudiantil “subversiva”. Esta operación de espionaje en la Universidad se lleva a cabo por el SECED (Servicio Central de Documentación), que es el primer antecedente inmediato del actual Servicio de Inteligencia español, CESID (Centro Superior de Información para la Defensa). El SECED nace como un servicio militar-policial de espionaje civil para asuntos políticos internos. Inicialmente, la primera célula será el OCN (Organización Contrasubversiva Nacional). Dependió sucesivamente del Ministerio de Educación y Ciencia (se creó siendo Ministro Villar Palasí), de Interior y de Vicepresidencia del Gobierno. Creció hasta transformarse en “un Estado dentro del Estado” y convertirse definitivamente en el SECED. Bajo el nombre de Servicio Central de Documentación se escondía un servicio de espionaje interior, dependiente del Almirante Carrero Blanco tanto cuando era Vicepresidente del Gobierno, como cuando Franco lo nombró para la Presidencia.²³

²³ El núcleo inicial fue una pequeña oficina con muy pocas personas a cargo de José Ignacio San Martín. En 1968 recibe de Carrero Blanco el encargo directo de poner en

1. 3. Los Servicios de Inteligencia en la transición: el CESID

Asesorado por el Teniente General Gutiérrez Mellado, Vicepresidente para Asuntos de la Defensa, Adolfo Suárez en 1977 refunde y reforma los servicios de contrainteligencia militar y política exterior del Alto Estado Mayor y los servicios de espionaje político interior del SECED, dando paso al CESID como el único Servicio español de Inteligencia.²⁴

Al iniciarse la transición se hizo evidente la necesidad de reformar los servicios de inteligencia, entre otras razones porque la mayoría de las funciones que habían venido desarrollando eran impropias de un régimen democrático. Los nuevos tiempos exigían, sobre todo, que se acabaran las interferencias de los servicios de inteligencia en el panorama de la política. La legalización de los partidos hacía innecesaria algunas de las actividades contra los grupos de oposición; lo que se precisaba era dotar al Estado de un servicio de inteligencia con capacidad para hacer frente a los problemas más inmediatos (terrorismo e involución) al tiempo que se buscaba iniciar una proyección hacia el exterior.

Consecuencia del trabajo de Gutiérrez Mellado fue la progresiva convergencia entre los dos principales servicios que habían existido hasta entonces: el Servicio Central de Documentación (*SECED*) y el Servicio de Información del Alto Estado Mayor (*SIAEM*).

Hasta el recién creado *Centro Nacional de Inteligencia* (CNI), el CESID ha sido el único organismo responsable de proporcionar al Gobierno toda la

marcha el servicio de inteligencia sobre personas y actividades sospechosas de “subversión del régimen político”, lo que abarcaba el espionaje de todo lo que fuera o pareciera ser progresista (profesores o alumnos de la Universidad, miembros de la Iglesia, sindicalistas, abogados, etc.). San Martín, en 1981, se implicó en el intento de golpe de estado del 23-F; fue procesado y condenado como “autor consumado del delito de conspiración para la rebelión militar”.

²⁴ La historia del *Cesid* ha corrido paralela a la historia de la democracia que lo creó y en cuyo seno se ha desarrollado y consolidado. En sus veinticinco años de historia ha evolucionado considerablemente de manera que, en la actualidad, está considerado como uno de los principales Servicios de Inteligencia del mundo; está presente en más de cincuenta países y mantiene relaciones con más de un centenar de homólogos con los que de forma habitual realiza intercambios de información sobre áreas comunes.

inteligencia de carácter político, económico, militar, científico y técnico que ha necesitado para garantizar la adopción de decisiones óptimas en materia de seguridad exterior e interior. Su ámbito de información ha sido, pues, global y de tratamiento conjunto de todos los temas: política exterior e interior, economía, industria, defensa, etc. Este cometido lo convirtió en el principal responsable de adquirir, evaluar y poner a disposición del Gobierno todo un conjunto de conocimientos fundamentales para la protección de los intereses del Estado.

El CESID fue un Servicio de Inteligencia de carácter nacional y, como tal, dependía funcionalmente del Presidente del Gobierno en tanto que máximo responsable de la política española de seguridad y defensa y en tanto que responsable de la política interior y exterior del Estado. Orgánicamente se inscribía en el Ministerio de Defensa.

El Real Decreto 1558/77, de 4 de julio, creó el Ministerio de Defensa. Este nuevo Departamento refundió y sustituyó a los anteriores Ministerios militares, y en él quedó encuadrado el Centro Superior de Información de la Defensa, incluido en la norma en el último momento por el propio Presidente Suárez. Cuatro meses después, el 2 de noviembre, el Real Decreto 2723/77 vino a sentar las bases de lo que habría de ser el Servicio. Se establecía que el CESID sería el órgano encargado de obtener, evaluar, interpretar y facilitar al Ministro de Defensa “cuanta información sea necesaria o interese a la Defensa Nacional, atendiendo prioritariamente a las necesidades de la Junta de Jefes de Estado Mayor”.

Esta forma de definir las misiones del CESID era excesivamente genérica y se prestaba a confusión²⁵. Desde el intento de golpe de estado del 23-F, de 1981, se detecta un importante fallo legal en los Servicios de Inteligencia, a los que les estaba vedada la actividad informativa militar, aun cuando ésta supusiera

²⁵ No obstante, hay que entender que estos defectos de claridad fueron consecuencia de la búsqueda de una primera solución a la hora de institucionalizar el CESID, ya que era la primera vez que aparecía en España un Servicio de Inteligencia que, dependiendo de un miembro del gobierno, había de atender a las necesidades de información relativas a la seguridad y la defensa del Estado. En estas circunstancias, tanto en su organización y estructura, como en la definición de sus cometidos y dependencia influyeron, sobre todo, razones de política interna y de oportunidad.

un riesgo o una amenaza para el sistema democrático. Por eso, el Real Decreto 726/1981 redefine las funciones del CESID²⁶.

²⁶ El Real Decreto 726/1981, de 27 de marzo, se aprobó bajo la Presidencia de Leopoldo Calvo Sotelo y redefinió las misiones del Centro señalando que éste habría de ser el órgano encargado de obtener, evaluar, interpretar y facilitar al titular del Departamento de Defensa cuanta información sea necesaria o interese a la Defensa Nacional y al cumplimiento de las misiones que a las Fuerzas Armadas encomienda el artículo octavo de la Constitución, atendiendo prioritariamente a las necesidades de la Junta de Jefes de Estado Mayor. La alusión a las misiones que la Constitución atribuía a las FAS tenía como principal objetivo el asignar como nueva obligación al CESID la de prevenir informativamente cualquier comportamiento que se saliera del marco constitucional.

La Orden Ministerial 135/1982, define al Centro como órgano de información del Presidente del Gobierno y establece las relaciones con los Servicios de Inteligencia Militar y con otros Departamentos ministeriales. Esta Orden fue posteriormente asumida por el Real Decreto 135/1984, de 25 de enero que derogó al Real Decreto 2723/77.²⁷

En resumen, la nueva normativa pasaba a hacer depender al CESID funcionalmente del Presidente del Gobierno y orgánicamente del Ministro de Defensa, siendo cuatro las misiones fundamentales que se le encomiendan: “inteligencia exterior”, “inteligencia interior”, “contrainteligencia” y “tecnología, procedimientos, objetivos e instalaciones de interés para la defensa”.

2 . Antecedentes Legislativos

Desde el Real Decreto 1558/77 que crea el Ministerio de Defensa y adscribe a él los servicios de inteligencia encuadrados en el CESID, hasta el Decreto 2723/77, derogado por el Real Decreto 135/84, que establece las relaciones de colaboración con otros ministerios, pasando por el Decreto 726/81 que definió las funciones del CESID, todas las normas jurídicas de las que estamos hablando y que regulan los servicios de inteligencia españoles, son de rango reglamentario. Tan sólo el Estatuto de su personal fue regulado por una norma con rango de ley y desarrollado reglamentariamente²⁸.

Todas estas normas, además, adscribían los servicios de inteligencia al Ministerio de Defensa y todas hacían un tratamiento de la inteligencia unitario. Veamos cada uno de estos aspectos:

²⁷ Esta regulación se completa con el Estatuto del Personal del Centro Superior de Información de la Defensa, aprobado por Real Decreto 1324/95, que daba cumplimiento a la disposición final octava de la Ley Orgánica 17/89, y supone la profesionalización de los miembros del Servicio de Inteligencia.

²⁸ El Real Decreto 1324/1995, de 28 de julio, sobre el Estatuto del Personal del Centro Superior de Información de la Defensa, desarrolla la disposición final octava de la Ley 17/1989, de 19 de julio, Reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional. Esta ley establece que el personal que preste servicio en el mismo, cualquiera que sea su procedencia, quedará sometido al mismo régimen de personal. Se configura como un régimen único de carácter estatutario.

En primer lugar, los servicios de inteligencia españoles, si bien adaptados con la creación del CESID a la realidad democrática española, parecen traer causa de los “servicios de información” franquistas, encuadrados en el Ministerio de Defensa.

Los países de nuestro entorno distinguen la información interna de la información exterior y le dan un tratamiento diferenciado. En España se mantiene un tratamiento uniforme de la inteligencia y nos hace pensar que, al incluirse en el Ministerio de Defensa, de alguna forma se “militariza”.

En segundo lugar, la creación del CESID no supuso un intento serio de reformar los servicios secretos españoles, sólo la necesidad de adaptarlos a las nuevas misiones que tendrían que tener, puesto que también eran nuevas las amenazas del Estado (terrorismo, narcotráfico, blanqueo de capitales, mafias de inmigrantes, etc.), al tiempo que, externamente, España se enfrentaba a una nueva posición dentro del orden mundial.

En tercer lugar, la regulación de los servicios de inteligencia estaba hecha por normas reglamentarias. Sólo recordamos aquí, por ejemplo, que el artículo 62.2 de la Constitución otorga a las Cortes Generales la irrenunciable misión de controlar la acción del Gobierno, por lo que una adecuada ordenación normativa de los servicios de inteligencia resulta fundamental en el Estado constitucional para llevar a cabo este control.

La regulación de los servicios basada en un conjunto de normas de rango reglamentario conduce, además, a una normativa dispersa y mal estructurada, y no contribuye precisamente a lograr la seguridad jurídica necesaria en un tema tan delicado para el Estado de Derecho como el que estamos tratando.

Por tanto, hace años que se venía considerando seriamente la necesidad de reformar los servicios de inteligencia en España. Las razones que se dan son las que hemos apuntado más arriba: de un lado, la necesidad de una reorganización interna, como consecuencia del cambio de misiones de los servicios de inteligencia, y de delimitar claramente sus funciones. De otro lado, la conveniencia de dar una cobertura legal adecuada, estableciendo una regulación unitaria y sistemática y con el rango legal apropiado a la luz de la Constitución. En tercer lugar, porque incluso en la época democrática de nuestra

historia, no siempre los servicios de inteligencia han cumplido escrupulosamente sus misiones y se han producido errores dentro y fuera de los mismos y actuaciones impropias de algunos de sus miembros (nos referimos a los problemas por los que el CESID tuvo que pasar en la década de los noventa con traiciones de algunos de sus miembros que utilizaron los archivos del servicio para su propio beneficio sustrayendo información clasificada y dándola a la opinión pública, lo que motivó numerosas denuncias y criticas sobre la situación y la falta de control de los servicios secretos españoles).

2. 1. Antecedentes de la reforma

Pero la manera de realizar esa reforma no ha sido unánimemente entendida por todas las fuerzas políticas. Los primeros intentos serios se iniciaron con el Decreto 1324/1995, que aprobó el Estatuto del personal del Centro, permitiendo que se iniciara un proceso en la civilidad del mismo, tanto de su dirección, como de los agentes que, aunque incardinados en el Ministerio de Defensa, no tienen que ser necesariamente militares o guardias civiles .

La Ley de 11 de mayo de 1995 reguló la utilización y el control de los créditos destinados a gastos reservados, e introdujo el principio del control parlamentario.

Ya en la VI Legislatura, el Gobierno estableció la práctica de una Directiva anual que fija la actuación del Centro y a la que la nueva Ley reguladora del Centro Nacional de Inteligencia le concede rango legal.

Desde 1997 ya se hablaba de la necesidad de reformar los servicios de inteligencia españoles e incluso de someter a control judicial la actividad de los mismos²⁹. En el año 2000, el Ministro de Defensa Federico Trillo manifestó la voluntad política del Gobierno de iniciar la reforma del CESID.

Pero, realmente, la reforma de los servicios de inteligencia españoles, aunque no ha contado con la unanimidad del Parlamento, sí ha tenido un amplio consenso que ha dado lugar a un pacto de Estado entre el partido del Gobierno

²⁹ Se pueden consultar en las hemerotecas los artículos que se publicaban en la prensa de ese momento. Por ejemplo: *La Vanguardia*, 1 de abril de 1997.

(Partido Popular) y los principales partidos de la oposición (Partido Socialista Obrero Español, Convergencia y Unión y Coalición Canaria). Fruto de este pacto fue la presentación de dos proyectos de ley por el Gobierno: un proyecto de *Ley ordinaria reguladora del Centro Nacional de Inteligencia*, en sustitución del CESID, y un proyecto de *Ley orgánica reguladora del control judicial previo a la actuación de los servicios de inteligencia*.

El Consejo de Ministros de 12 de octubre de 2001 acordó remitir el primero de ellos al Consejo de Estado para su informe y el segundo al Consejo General del Poder Judicial³⁰.

Tanto el Dictamen del Consejo de Estado como el del CGPJ admiten la plena constitucionalidad de ambos proyectos, si bien hacen algunas precisiones.

Así, el Informe del CGPJ destaca la importancia del principio de publicidad como elemento instrumental para la protección de los principios de actuación de los poderes públicos (proporcionalidad, interdicción de la arbitrariedad, tutela judicial efectiva, protección de los derechos y libertades fundamentales) (*vid.* pp.6 a 10 del Informe) y reconoce algunas excepciones a este principio, siempre en el marco de la Constitución y las leyes (p. 8). Para la defensa de la seguridad del Estado -dice-ya están los delitos contra la seguridad del Estado, la Administración militar y las Fuerzas y Cuerpos de seguridad (p. 9). En definitiva, advierte que las excepciones no pueden afectar a los derechos fundamentales, y que la posible vulneración de estos debe estar en todo caso amparada por la tutela judicial efectiva, aunque se lleve a cabo la intervención restrictiva en el ejercicio de funciones legítimas (p. 10).

El CGPJ se manifestaba especialmente preocupado por “cómo se configuraría el derecho del titular de las libertades sacrificadas a conocer la actuación judicial y a reaccionar contra ella” (p. 11), así como por el hecho de que el proyecto de ley orgánica sometido a informe “No precisaba tampoco el

³⁰ Anteriormente hubo un proyecto de borrador que elaboró el Gobierno y que finalmente no llegó a mantener la primera redacción. En este Anteproyecto se establecía un procedimiento *excepcional* para los casos de terrorismo que preveía que, en los casos de urgencia y de investigación sobre terrorismo, se podrían intervenir comunicaciones y entrar en domicilios antes de obtener permiso del juez, a quien en todo caso se le debería notificar esta actuación inmediatamente después para ratificarla o desautorizarla.

particular alcance del régimen de control al que quedaría sujeta la actividad del Centro, cuando pudiera colisionar con otros derechos fundamentales distintos de los recogidos en el artículo 18.2 y 18.3 de la Constitución, singularmente a lo atinente al uso de la informática previsto en el artículo 18.4 de la Constitución” (p. 11).

Para el CGPJ la ley no concreta la definición del modelo de control jurisdiccional elegido. Aparece el problema de la conexión entre la autorización de la medida, sus presupuestos y consecuencias, al no estar vinculada la intervención judicial a un concreto procedimiento. No especifica si existe algún mecanismo de revisión jurisdiccional y no establece límites temporales a la prórroga de las medidas. De esta forma recomienda el informe del CGPJ que se garantice el principio de seguridad jurídica.

Sobre estas cuestiones, que sólo en parte fueron tenidas en cuenta por el legislador, incidiremos a lo largo de este trabajo.

2. 2. Tramitación parlamentaria

Los proyectos fueron presentados en el Congreso el día 16 de noviembre de 2001 y calificados el 19 de noviembre, estableciéndose el plazo para la presentación de enmiendas para el día 26 de diciembre³¹.

El 20 de diciembre de 2001 se produjo el debate del proyecto ante el Pleno del Congreso y la defensa de las enmiendas a la totalidad presentadas por los grupos parlamentarios.

1. A la Ley Reguladora del Centro Nacional de Inteligencia, se presentaron 130 enmiendas, 6 de ellas a la totalidad, de devolución al Gobierno³².

Las 6 enmiendas a la totalidad fueron presentadas por el Grupo Parlamentario de Izquierda Unida, el Grupo Parlamentario Vasco y el Grupo

³¹ El Proyecto se publica en el BOCG de 23 de noviembre de 2001.

³² *Vid.* BOCG, Serie A, núm. 57-5, de 7 de febrero de 2002.

Parlamentario Mixto (Iniciativa Per Catalunya-Verds; Bloque Nacionalista Galego; Esquerra Republicana de Catalunya y Eusko Alkartasuna).

Las principales razones por las que se pidió la devolución al Gobierno del Proyecto tienen que ver con la falta de definición de las funciones del CNI, con su adscripción al Ministerio de Defensa y con la falta de control sobre las actividades del Centro, que repercute directamente en las garantías de los derechos y libertades constitucionales, muchas de ellas ya advertidas tanto por el Consejo de Estado como por el Consejo General del Poder Judicial.

En lo que, sin embargo, todos han estado de acuerdo, es en la necesidad de proceder a la regulación legal de los servicios de inteligencia.

De entre las enmiendas presentadas éstas fueron las más destacables:

a) El Grupo Parlamentario Vasco propuso:

La supresión de uno de los objetivos del CNI: “evitar cualquier peligro, amenaza o agresión contra la independencia o integridad de España”³³. Se consideraba que introducir la lucha contra la independencia e integridad territorial de España en la definición del CNI, “sin especificar el tipo de agresiones a las que se vincula la actuación del Centro”, constituía “una fuente de conflictos y una proclama discordante tanto con la libertad política, como con la libertad de pensamiento e incluso con los fundamentos del Estado de Derecho”.

La adscripción orgánica del Centro a la Vicepresidencia primera del Gobierno, “a través de los Ministerios de Interior y Defensa”.

b) El Grupo Parlamentario de Izquierda Unida solicitó:

³³ El artículo 1 de la Ley establece que “el Centro Nacional de Inteligencia es el organismo público responsable de facilitar al Presidente del Gobierno y al Gobierno de la Nación la 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”.

El cambio de nombre del Centro por el de “Centro Estatal de Inteligencia”³⁴.

La creación de un “Comité de Enlace Administración General del Estado/Comunidades Autónomas en materia de inteligencia”.

c) El Grupo Parlamentario Mixto propuso lo siguiente:

El Bloque Nacionalista Galego, solicitó el cambio de nombre por el de “Centro Superior de Inteligencia”.

Esquerra Republicana de Catalunya propuso crear una “Comisión Operativa de Coordinación de Inteligencia” en las que estén presentes “responsables de los servicios de información de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y de las Comunidades Autónomas con competencias en materia de seguridad y orden público”.

Iniciativa per Catalunya-Verds pidió también el cambio de nombre del Centro por el de “Servicio Nacional de Inteligencia”.

El 19 de febrero de 2002 se presentó el Informe de la Ponencia que introduce algunas de las 130 enmiendas presentadas, en concreto 21 de ellas³⁵.

El 13 de marzo de 2002 se envió el texto aprobado en el Congreso, al Senado que lo remitiría a la Comisión de Defensa, estableciéndose un plazo de 13 días para la presentación de enmiendas.

En el Senado se presentaron 81 enmiendas ninguna de ellas del principal grupo de la oposición, y en la misma línea de las propuestas del Congreso.

2. Por su parte, la Ley orgánica reguladora del control judicial previo del Centro Nacional de Inteligencia, tuvo una tramitación paralela a la de la Ley reguladora del CNI. El Informe de la Ponencia pidió un acuerdo de avocación al

³⁴ Porque “para los luchadores de la democracia y la lucha contra las dictaduras del cono sur americano, las siglas CNI, como herederas de la DINA chilena, tienen capacidad de evocar recuerdos funestos”. Enmienda núm. 13, BOCG, 7 de febrero de 2002.

³⁵ Por cierto, ninguna de las presentadas por el Grupo Parlamentario de Izquierda Unida, Grupo Mixto o Grupo Parlamentario Vasco. Sólo fueron aceptadas las presentadas por el Grupo Parlamentario Socialista, Grupo Parlamentario Popular y Coalición Canaria. Vid. BOCG, Serie A, núm. 57-5, de 7 de febrero de 2002.

Pleno en favor de la Comisión con objeto de tramitar de la mano los dos proyectos.

Se presentaron 44 enmiendas, 6 de ellas a la totalidad. Las enmiendas fueron las mismas que las que se presentaron para el proyecto de ley reguladora del CNI, y la principal razón que se alegó para pedir la devolución al Gobierno fue que el control judicial puede quedar reducido a un control meramente formal, entre otras cosas porque el Magistrado nombrado para controlar esas actuaciones no dispone de los elementos de juicio suficientes para decidir la conveniencia o no de las medidas solicitadas. Aparte de esto, el control se prevé sólo respecto del artículo 18.2 y 3 de la Constitución y los requisitos habilitantes son indeterminados. El control judicial que exige la Constitución debe ser real y efectivo y no meramente formal.

De las enmiendas al articulado, la Ponencia sólo aceptó cuatro de ellas, propuestas por el Grupo Parlamentario Socialista³⁶.

El 13 de marzo de 2002 se remitió al Senado el texto aprobado por el Congreso trasladándose a la Comisión de Defensa y estableciendo un plazo de 13 días para la presentación de enmiendas.

En el Senado, a la ley se presentaron 27 enmiendas y cuatro propuestas de veto, y al igual que en el caso de la Ley reguladora del Centro Nacional de Inteligencia, ninguna de ellas del principal grupo de la oposición.³⁷

3. La Ley reguladora del Centro Nacional de Inteligencia(CNI)

3 . 1 . Principios inspiradores

³⁶ El Grupo parlamentario Vasco propuso extender el control judicial a la fase posterior de las autorizaciones para la entrada en domicilio y la interceptación de comunicaciones. El Grupo Mixto propuso que para conocer las actividades del Centro que afecten a la interceptación de comunicaciones y entrada en domicilios, sea competente la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo y no un Magistrado *ad hoc*, o bien, una comisión formada por un Magistrado de la Sala Segunda del Supremo, una del Constitucional y un fiscal de Sala del Supremo.

³⁷ *Vid.* BOCG, núm. 55, Serie II, de 2 de abril de 2002.

Está claro, después de lo que hemos dicho en páginas anteriores, que la filosofía de la ley no podía ser otra que la de terminar con la dispersión normativa que regula los servicios de inteligencia españoles, dar a los mismos una regulación legal, y sujetarlos a las prescripciones del Estado de Derecho en un sistema plenamente democrático.

Coincidiendo con la Exposición de Motivos de la ley, podemos asegurar que son necesarios unos servicios de inteligencia más eficaces y más modernos, pero, al mismo tiempo, es imprescindible que estos servicios estén regidos por los principios de control y plenamente sometidos al ordenamiento jurídico, de manera que se garanticen los derechos fundamentales de las personas³⁸. Por tanto, el primer principio que inspira la ley reguladora del Centro Nacional de Inteligencia, es el principio de legalidad.

Era necesario que los servicios de inteligencia del Estado estuvieran regulados por ley y se ajustaran al marco constitucional de nuestro país; una ley que regulara de forma unitaria la naturaleza, los objetivos, los principios, las funciones y los aspectos sustanciales de la organización y del régimen jurídico-administrativo.

Por esta razón también los servicios de inteligencia cambian su nombre, porque cambian sus estructuras, su naturaleza y sus controles. Quiere ser un Centro moderno, más eficaz, coordinado adecuadamente para formar una auténtica comunidad de inteligencia³⁹.

Otros principios que presiden la regulación que hace la ley son el principio de eficacia y el principio de autonomía.

1 . En relación al principio de eficacia, en la filosofía que inspira la ley se entiende que la eficacia pasa por mantener la unidad, en primer término. La

³⁸ El artículo 2.1 de la ley establece que el Centro Nacional de Inteligencia se regirá por el principio de sometimiento al ordenamiento jurídico y llevará a cabo sus actividades específicas en el marco de las habilitaciones expresamente establecidas en la presente ley y en la Ley Orgánica Reguladora del Control Judicial Previo del Centro Nacional de Inteligencia.

³⁹ En este sentido se expresaba el Ministro de Defensa durante la presentación de la ley en el congreso, *vid. Diario de Sesiones del Congreso*, de 20 de diciembre de 2001.

unidad tanto de actuación como de dependencia. Vamos a referirnos sucesivamente a ambas manifestaciones del principio de unidad.

A . La unidad de actuación viene aconsejada por tres elementos significativos: por el principio de economía de medios, por la tradición y, después sobretodo del 11 de septiembre, por la eficacia operativa. Sin embargo, no han faltado las voces que han puesto de relieve la necesidad de configurar tres núcleos de inteligencia con funcionamiento independiente entre sí: la inteligencia exterior, la interior y la militar, a semejanza de lo que ocurre en otros países de nuestro entorno. A pesar de que la Exposición de Motivos de la ley dice que “la misma se inspira en los países de nuestro entorno político y cultural”, luego opta por una organización unitaria.

La prueba más clara de que la ley no mira a los países de nuestro entorno es que, por ejemplo, en Alemania, existen tres servicios diferentes: a) la Agencia Federal para la Defensa de la Constitución, jerárquicamente subordinada al Ministro Federal de Interior, b) el Servicio de Blindaje de los Secretos Militares, que depende de Defensa, y c) el Servicio Secreto Federal, jerárquicamente subordinado a la Cancillería. Este último es el conocido Servicio de Inteligencia Exterior alemán (BND: *Bundesnachrichtendienst*).

En Estados Unidos, los servicios de inteligencia están también desconcentrados; son servicios muy plurales y esparcidos en distintos ámbitos de la Administración del Estado (en servicios de inteligencia militar, civil, la CIA y el FBI). Esta situación obliga a tener órganos de coordinación para que haya una buena armonización en el funcionamiento de manera que la información que llega a los órganos de gobierno del Estado sea unitaria. Esa pluralidad, permite blindar los servicios de inteligencia y no hacerlos vulnerables⁴⁰. Otra objeción que se suele oponer a los servicios unificados es que la mezcla de funciones comporta, a veces, la sensación de discrecionalidad y arbitrariedad y de militarización de ámbitos que serían del Poder Judicial y de los servicios de seguridad del Estado.

⁴⁰ La vulnerabilidad de los servicios de inteligencia que no aconseja la unificación de éstos estriba en que si un agente externo se infiltra en el servicio unitario amenaza y pone en peligro la totalidad del sistema.

El fundamento del principio de unidad de actuación se encuentra en el principio de eficacia, porque la eficacia significa necesariamente coordinación. La ley crea una *Comisión Delegada de Inteligencia del Estado*, presidida por el Vicepresidente del Gobierno e integrada por los Ministros de exteriores, defensa, interior y economía y los Secretarios de Estado competentes. Se estructura orgánicamente como una Comisión Delegada del Gobierno⁴¹. Esta Comisión velará por la adecuada coordinación de todos los servicios de información e inteligencia del Estado para la formación de una comunidad de inteligencia (artículo 6.1).

Las funciones que se atribuyen a la *Comisión Delegada de Inteligencia* son: a) proponer al Presidente del Gobierno los objetivos anuales de los servicios y, en especial, aquellos que han de integrarse en la Directiva de Inteligencia⁴²; b) realizar el requerimiento y evaluación del desarrollo de los objetivos del Centro Nacional de Inteligencia; c) velar por la coordinación del Centro Nacional, de los Servicios de Información de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado y los órganos de la Administración Civil y Militar.

⁴¹ El artículo 6.2 establece que “la Comisión estará presidida por el Vicepresidente primero del Gobierno que designe su Presidente e integrada por los Ministros de Asuntos Exteriores, Defensa, Interior y Economía, así como por el Secretario General de la Presidencia, el Secretario de Estado de Seguridad y el Secretario de Estado Director del Centro Nacional de Inteligencia, que actuará como Secretario”.

⁴² Nos hemos referido ya a la Directiva anual establecida en la VI Legislatura. La ley concede rango legal a la Directiva en el artículo 3: “El Gobierno determinará y aprobará anualmente los objetivos del Centro Nacional de Inteligencia mediante la Directiva de Inteligencia que tendrá carácter secreto”. El Grupo Parlamentario de Izquierda Unida propuso que la Directiva de Inteligencia, que determinará los objetivos del Centro, sea presentada ante la Comisión del Congreso que controla los fondos reservados, para que los Grupos “puedan conocer las grandes líneas de actuación de la inteligencia española y suministrar prioridades en materia de inteligencia al Gobierno”.

B. Como segunda manifestación del principio de unidad se encuentra la unidad de dependencia. En este sentido, la ley establece la subordinación directa de los servicios de inteligencia del Presidente del Gobierno, si bien a través del Ministro de Defensa. El Centro Nacional de Inteligencia se adscribe orgánicamente al Ministro de Defensa, sin perjuicio de lo dispuesto en la Disposición Adicional tercera, que habilita al Presidente del Gobierno para modificar esta adscripción (artículo 7)⁴³.

La Ley mezcla los conceptos de seguridad y defensa al regular los servicios de inteligencia como dependientes orgánicamente del Ministerio de Defensa; en este sentido, se puede decir incluso que los “militariza”. Sin duda esta situación es producto de la tradicional configuración de los servicios de inteligencia en España, herencia de la que la Ley reguladora del CNI no se ha desprendido. Si se hubiesen distinguido los conceptos de seguridad -tanto interior- y defensa, se habrían clarificado algunas cuestiones. Tres son los ámbitos de actuación, dos de ellos relacionados con la seguridad y otro con la inteligencia propia de las Fuerzas Armadas. Tres núcleos de inteligencia independientes, adscritos a distintos Departamentos ministeriales y coordinados entre sí. Organizar un único servicio de inteligencia y hacerlo depender del ámbito de la defensa responde a una visión anacrónica. Además de anacrónica es peligrosa esa unificación bajo el Ministerio de Defensa, si en un determinado momento el Ejército pretendiera atacar contra el propio Estado de Derecho.

2 . El segundo de los principios en que se inspira la ley es el de autonomía, que comprende tres aspectos fundamentales: organización, régimen económico-presupuestario y personal.

A . El Centro Nacional de Inteligencia se define como un organismo público, con personalidad propia y plena capacidad de obrar, dotado de autonomía funcional en el marco de la LOFAGE. Se configura como organismo público especial de los previstos en la Disposición Adicional Décima de la ley

⁴³ “Se autoriza al Presidente del Gobierno para modificar, por Real Decreto, la adscripción orgánica del Centro Nacional de Inteligencia, prevista en el artículo 7.1 de esta Ley. El Departamento al que se adscriba el Centro ejercerá las competencias que, en relación con el mismo, atribuye esta Ley al Ministerio de Defensa y a su titular” (Disposición Adicional Tercera).

6/1997, de 14 de abril, de Organización y funcionamiento de la Administración General del Estado⁴⁴.

⁴⁴ *Vid.* Disposición Adicional Primera de la ley.

B . El Centro Nacional de Inteligencia, elaborará anualmente un anteproyecto de presupuesto y lo elevará al Ministro de Defensa para su remisión al Consejo de Ministros, que lo integrará en los Presupuestos Generales del Estado para su posterior remisión a las Cortes Generales (artículo 8.2 de la ley). Esto significa que las Cámaras conocerán anualmente cuáles son las dotaciones para el Centro Nacional de Inteligencia, que hasta ahora venían confundidas con las dotaciones de Defensa, sin especificar las partidas que se adjudicaban para el CESID⁴⁵.

C. El personal del CNI se encuentra sometido, por otra parte, a un régimen estatutario, esto es, a un mismo y único estatuto de personal, que será aprobado por el Gobierno y en el que, de acuerdo con las funciones y naturaleza propias del Centro, se regularán, siguiendo el artículo 8.1 de la ley, al menos los siguientes extremos: a) El proceso de selección del personal, que exigirá la superación de pruebas objetivas de acuerdo con los principios de mérito y capacidad; b) El carácter temporal o permanente de la relación de servicios con el Centro Nacional de Inteligencia; c) La estructura jerárquica del Centro Nacional de Inteligencia y las relaciones orgánicas y funcionales consiguientes; d) Las medidas administrativas que garanticen la reserva sobre los aspectos de gestión de personal que afectan al funcionamiento del Centro.

No obstante lo anterior, el Centro podrá contratar -sigue diciendo el artículo 8- otro personal con carácter laboral para atender sus necesidades de mantenimiento y funcionamiento no vinculadas con el ejercicio efectivo de las funciones que la presente Ley le encomiende. Este personal podrá ser sometido a las medidas de seguridad y control que se estimen necesarias de las que se prevean con carácter general en el estatuto de personal del Centro.”

3. 2 . La estructura orgánica del Centro

⁴⁵ “El control de la gestión económico-financiera se efectuará con arreglo a lo dispuesto en la Ley General Presupuestaria para los Organismos públicos previstos en la Disposición Adicional Décima de la ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado. El Gobierno establecerá las peculiaridades necesarias que garanticen su autonomía e independencia funcional”.

1 . El director del Centro tendrá la consideración de Secretario de Estado, el cual será nombrado por Real Decreto a propuesta del Ministro de Defensa⁴⁶ . Se limita la duración temporal del mandato a cinco años (artículo 9.1 de la ley).

El Director tiene como función la de impulsar la actuación del Centro y coordinar sus unidades para la consecución de los objetivos de inteligencia fijados por el Gobierno, así como asegurar la adecuación de las actividades del Centro a dichos objetivos y ostentar la representación de aquél.

Otras funciones atribuidas al Director del Centro Nacional de Inteligencia se recogen en el artículo 9.2 de la ley⁴⁷ .

2 .El Secretario General, que tendrá la consideración de Subsecretario, será nombrado por Real Decreto a propuesta del Ministro de Defensa, entre personas de reconocida experiencia y competencia profesional en el ámbito de la inteligencia. Sustituirá al Director en los casos de ausencia, vacante o enfermedad. Las funciones del Secretario se recogen en el artículo 10.2 de la ley.

3 . 3 . Las funciones del Centro Nacional de Inteligencia

⁴⁶ Una de las enmiendas presentadas al proyecto preveía la intervención del Parlamento en su nombramiento (*vid. Diario de Sesiones del Congreso BOCG*, de 7 de febrero).

⁴⁷ “a) elaborar la propuesta de estructura orgánica del Centro Nacional de Inteligencia y nombrar y separar a los titulares de sus órganos directivos; b) aprobar el anteproyecto de presupuesto; c) mantener los procedimientos de relación necesarios para el desarrollo de las actividades específicas del Centro Nacional de Inteligencia, así como la celebración de los contratos y convenios con entidades públicas o privadas que sean precisos para el cumplimiento de sus fines; d) mantener y desarrollar, dentro del ámbito de su competencia, la colaboración con los servicios de información de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, y los órganos de la Administración Civil y Militar, relevantes para los objetivos de inteligencia; e) ejercer las facultades que otorgue la legislación vigente a los Presidentes y Directores de Organismos públicos y las que les atribuyan las disposiciones de desarrollo; f) desempeñar las funciones de autoridad Nacional Delegada de Inteligencia y Contrainteligencia y la dirección del Centro Criptológico Nacional; g) realizar cuantas otras funciones le sean atribuidas legal y reglamentariamente”.

Sabemos que la regulación reglamentaria del CESID establecía los objetivos de los servicios de inteligencia de una forma demasiado general, que hacía que se confundieran excesivamente sus misiones. También la regulación de la ley del Centro Nacional de Inteligencia es ambigua y excesivamente genérica, pero sí detalla mejor el contenido de tales misiones⁴⁸.

Para ello puede actuar dentro o fuera del territorio nacional. En España, el Centro Nacional de Inteligencia, es el organismo responsable de proporcionar al Gobierno toda la inteligencia de carácter político, económico, militar, científico y técnico.

Esto significa que los servicios de inteligencia, en primer lugar, tienen carácter nacional. Ya hemos dicho que, precisamente porque los servicios de inteligencia se han adscrito al Ministerio de Defensa, en la filosofía de la ley no es posible pensar en la incorporación de las Comunidades Autónomas que tengan competencias en materia de seguridad ciudadana.

Pero las funciones de colaboración que introduce la ley se refieren a que el Centro Nacional de Inteligencia coordine 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, informar sobre la adquisición coordinada de material criptológico y formar al personal especialista en este campo para asegurar el adecuado cumplimiento de las misiones del Centro.

Significa también que, para la consecución de sus objetivos, pueden promover relaciones de cooperación y colaboración con servicios de inteligencia de otros países o de organismos internacionales, para el mejor cumplimiento de sus objetivos. Ya hemos establecido más arriba las ventajas que comporta la coordinación de inteligencias ante los nuevos retos que se plantean desde el 11 de septiembre, en especial en la lucha contra el terrorismo: la mayor eficacia, la rapidez y la coherencia en las actuaciones, el coste, etc. Además, parece un

⁴⁸ En esta ambigüedad se han centrado parte de las críticas de la oposición parlamentaria a la ley, por cuanto se entendía que el artículo 4 es de una apertura en la utilización de los términos y los conceptos que no permite saber qué se protege exactamente y qué medios se utilizarán para conseguirlo. *Vid. Diario de Sesiones del Congreso*, BOCG, de 7 de febrero.

contrasentido que en el contexto europeo en el que nos movemos, con la unificación de un espacio interior policial y cuando se avanza hacia una política exterior y de seguridad y defensa común, no se progresa hacia una inteligencia común.

Algunos pasos ya se están dando, desde la colaboración con los servicios de inteligencia de otros países y dentro de la propia Unión Europea (así, el proyecto de Airbús de transporte; la célula de planificación y análisis -antes en la UEO y ahora a disposición de “Mr. Pesc”-; el centro de satélites de Torrejón y sus dos órganos complementarios -la Sección de Inteligencia y el Centro de situación-), son semillas no sólo de una colaboración más consolidada entre servicios de inteligencia, sino incluso de un único servicio de inteligencia también común.

En relación con estas funciones concretas que hemos expuesto del Centro Nacional de Inteligencia, hay otra establecida en el artículo 4.b) de la ley que nos interesa comentar:

“prevenir, detectar y posibilitar la neutralización de aquellas actividades de 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”.

Este artículo, que es el que establece las funciones del Centro Nacional de Inteligencia, no discrimina ni aclara a qué se va a dedicar exactamente el Centro. Probablemente esta falta de sistemática es producto de la unificación de los servicios de inteligencia que hace la ley, pero, además, de una falta de voluntad política para hacer una regulación más precisa de las funciones. Aquí es donde se ve de forma diáfana cómo la unidad de los servicios de inteligencia y la adscripción al Ministerio de Defensa supone la militarización de la seguridad, no sólo exterior, sino también interior porque se puede pensar que actividades que no son militares o de defensa del Estado acaban estando bajo el control del Ministerio de Defensa. Actividades como la prevención de la integridad territorial, que puede ser cuestionada por métodos democráticos, o la estabilidad del Estado de Derecho, que queda garantizada por el principio de legalidad y por

el Poder Judicial, figuran como objetivos del Centro Nacional de Inteligencia. Por eso, en lo que se refiere a la seguridad interior del Estado, no se entiende el tratamiento unitario de la inteligencia, salvo que estemos hablando de situaciones de “anormalidad constitucional”. Por eso, se podría haber distinguido, en la propia ley, entre seguridad interior, seguridad exterior y seguridad militar.

Finalmente, el artículo 4 recoge algunas otras funciones del Centro: “obtener, evaluar e interpretar el tráfico de señales de carácter estratégico, para el cumplimiento de los objetivos de inteligencia señalados al Centro”; “velar por el cumplimiento de la normativa relativa a la protección de la información clasificada”; y, “garantizar la seguridad y protección de sus propias instalaciones, información y medios materiales y personales”.

3 . 4 . Los controles introducidos por la ley: el control parlamentario y el control judicial previo

A la ley reguladora del Centro Nacional de Inteligencia la acompaña la Ley Orgánica reguladora del control judicial previo del Centro Nacional de Inteligencia, en respuesta al artículo 12 de la misma: “El control judicial previo del Centro Nacional de Inteligencia se llevará a cabo en la forma prevista en la Ley Orgánica reguladora del Control Judicial previo del Centro Nacional de Inteligencia, complementaria de la presente Ley”.

El control parlamentario se introduce por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico, y el control judicial no sólo se establece por primera vez, sino que se trata de un sistema pionero en nuestro entorno. En este sentido, la ley se separa del Derecho Comparado por atribuir al Poder Judicial el control de la actividad de los servicios de inteligencia evitando así, a diferencia de otros sistemas europeos, la existencia de zonas inmunes a la actuación de los poderes públicos.

La Ley refuerza el control parlamentario de dos formas: de un lado, manteniendo el control de los fondos reservados y, de otro, ampliándolo al

conocimiento de los objetivos anuales del Centro y a la fiscalización de los mismos:

“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 gastos reservados, presidida por el Presidente de la Cámara, la información apropiada sobre su funcionamiento y actividades. El contenido de dichas sesiones y sus deliberaciones será secreto” (artículo 11.1 de la Ley).

Lo que significa que los miembros de la comisión estarán obligados a guardar secreto sobre las informaciones y documentos que reciban, sin que se puedan retener originales, copias o reproducciones. Sin embargo, la ley excluye la información sobre fuentes y medios del Centro Nacional de Inteligencia y aquellas que proceden de servicios extranjeros u Organizaciones Internacionales. No obstante, sí “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”(artículo 11.4 de la Ley).

IV . EL RÉGIMEN CONSTITUCIONAL DE LOS SECRETOS OFICIALES

1 . Introducción

En el origen de nuestro trabajo, hemos dicho que no siempre es cierto que los servicios de inteligencia, los llamados “servicios secretos”, sean incontrolables por su carácter secreto. Más bien hemos querido dejar claro que esta cualidad secreta, lo es en tanto en cuanto sea necesaria para mantener la eficacia de sus investigaciones, pero no como método para encubrir actividades o actuaciones ilegales que atenten contra el Estado de Derecho, sino como una forma de asegurar que determinadas materias, hechos o decisiones no sean conocidas por quienes podrían valerse de esa información para actuar contra los intereses del Estado. Son informaciones que por su naturaleza, por los métodos

que se emplean para obtenerla, por el contenido de sus evaluaciones y análisis, en un porcentaje muy elevado de asuntos se deben mantener protegidos por el secreto. Por tanto, un servicio de inteligencia no podrá explicitar públicamente su actividad, no porque sea inconfesable, sino porque gran parte del valor de lo que hace estriba en que sólo sea conocido por aquéllos -el Gobierno- que necesitan de esas informaciones para preservar la seguridad del Estado. La ley puede perfectamente delimitar el ámbito competencial de los servicios de inteligencia, sus esferas de actuación, qué es obtención de información para prevenir actividades delictivas y qué son actividades independientes y sin control.

En los regímenes totalitarios el secreto constituye un instrumento de control fuera de todo control; “el secreto que surge entre quienes lo comparten, genera en el resto de los mortales una terrible sensación de incertidumbre y miedo que conduce irremisiblemente a la sumisión”⁴⁹. No saber qué se sabe de nosotros, ni cómo se puede utilizar esa información, nos coloca en una situación de indefensión; dicho de otra manera, manejar esa información convierte a quien lo hace en un probable opresor. Por esta razón, el secreto es utilizado y manejado por los regímenes totalitarios aun cuando esté vacío de contenido, y, por eso, cualquier dato, por irrelevante que sea, se entiende sometido a secreto.

En los sistemas constitucionales, el control de las materias que se declaran secretas es la pieza fundamental del ordenamiento jurídico, pero hay que determinar cuales son estas materias que, si se divulgan, pueden comprometer el orden constitucional, porque nunca el secreto de Estado puede utilizarse para atentar contra derechos fundamentales de los ciudadanos. Así, a la necesidad de declarar el secreto de determinadas materias o documentos, se une el poder de control sobre los mismos.

⁴⁹ Vid. FERNÁNDEZ DELGADO, C.: “El secreto de Estado en el ordenamiento jurídico-constitucional italiano”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 99, 1998.

El principio de publicidad es una de las piezas clave del ordenamiento jurídico de un Estado constitucional como garantía del ejercicio de derechos fundamentales. El conflicto entre el derecho a la publicidad de las actuaciones de los poderes públicos y la prerrogativa del Estado de mantener un territorio acotado de la información general, cuando de los servicios de información se trata, se resuelve en favor de la seguridad nacional. El binomio que tenemos que considerar es el de seguridad nacional-secreto de Estado; y si en todos los países el secreto de Estado va unido a la seguridad nacional, no así la figura del secreto que se aplica a otras muchas situaciones⁵⁰.

De otra parte, los servicios de inteligencia no buscan pruebas sobre la comisión de delitos, ni siquiera sobre probabilidades de que se va a cometer un delito. De hecho, si los servicios de inteligencia detectan la comisión de un delito en el curso de sus investigaciones, no pueden intervenir ni detener a una persona, sino ponerlo en conocimiento de las fuerzas de seguridad y de la policía. Una de las críticas que le hacemos, precisamente a la nueva regulación legal, es que no queda claro cual es la consideración que tienen que tener los miembros del Centro Nacional de Inteligencia: se definen como no agentes, pero portadores de armas, sin que quede claro bajo qué régimen disciplinario están⁵¹. No hay en la ley una línea que separe claramente los campos operativos de la policía, por un lado, y del Centro Nacional de Inteligencia por otro, probablemente porque no se distingue entre inteligencia interior y exterior, entre inteligencia dedicada a la preservación de la legalidad y la que tiene por misión defender el ordenamiento constitucional.

⁵⁰ Vid. SÁINZ MORENO, F.: “Secreto e información en el Derecho Público”, en *Estudios sobre la Constitución española, Homenaje al Profesor García de Enterría*, Civitas, Madrid, 1991, Tomo III, pp.2863 y ss.

⁵¹ La primera redacción del artículo en el Proyecto presentado decía: “También dispondrán de licencia de armas, para las necesidades del servicio, de acuerdo con la normativa vigente” (artículo 5.3 LCNI); esta redacción fue sustituida por la actual al prosperar una enmienda presentada por el Grupo Parlamentario socialista: “También dispondrán de licencia de armas, en función de las necesidades del servicio, de acuerdo con la normativa vigente”. “Los miembros del Centro Nacional de Inteligencia no tendrán la consideración de agentes de la autoridad” (artículo 5.4 LCNI)

Por esta razón, muchas veces la actuación de los servicios de inteligencia no se mueve tanto en la legalidad como en la legitimidad, por eso, aunque “espíar” no sea legal, puede ser considerado legítimo. Y decimos que no es legal porque, aun cuando la entrada en el domicilio o el secreto de las comunicaciones de una persona cuente con autorización judicial, no es preciso que existan indicios de criminalidad en la conducta de la persona a la que se espía. En última instancia, esa actividad debe estar amparada por el secreto.

2 . Materias que pueden ser clasificadas como “secretas”

La mayoría de las veces, las excepciones al principio de publicidad vienen dadas por la defensa y la seguridad nacional. Nadie duda, en la actualidad, de la necesidad de los secretos de Estado en lo que se refiere a la seguridad y la defensa nacional en un Estado democrático⁵², sometido a controles políticos y jurídicos⁵³. Los primeros son los que realiza el Parlamento, que es el encargado de controlar la acción de gobierno. A este control no se sustraen los servicios de inteligencia. Al segundo nos referimos en otro epígrafe posterior.

En España, la normativa sobre secretos oficiales viene constituida por la Ley 9/1968, de 5 de abril de Secretos Oficiales (LSO), modificada por la Ley 48/1978, de 7 de octubre, casi coetánea a la Constitución, pero anterior⁵⁴. Es una Ley muy permisiva en lo que se autoriza a hacer al Gobierno, tal vez no estaría mal elaborar una nueva normativa relativa a los secretos oficiales y acorde con los principios del Estado de Derecho.

El artículo 1 de esta ley establece:

⁵² Vid. CANO BUESO, J.: “Información parlamentaria y secretos oficiales”, en *Revista de las Cortes Generales*, núm. 42, 1997, *passim*.

⁵³ No en vano, se dice que constitucionalizar consiste en buscar mecanismos efectivos de limitación y control del poder político mediante normas jurídicas.

⁵⁴ Hay un acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de noviembre de 1986, no publicado en ningún diario oficial, por tanto, secreto, que aparece sólo citado en una respuesta escrita del Gobierno en el año 1987 a un diputado del Partido Popular. Pensamos que tiene un contenido dudosamente legal, al declarar secretos o reservados, con carácter genérico una serie de documentos y de cuestiones contenidas en ellos.

“Los órganos del Estado estarán sometidos en su actividad al principio de publicidad, de acuerdo con las normas que rijan su actuación, salvo los casos en que por la naturaleza de la materia sea ésta declarada expresamente “clasificada” cuyo secreto o limitado conocimiento queda amparado por esta ley”.

La Ley reguladora del Centro Nacional de Inteligencia declara expresamente estas materias como “clasificadas”, en el artículo 5:

“Las actividades del Centro Nacional de Inteligencia, así como su organización y estructura internas, medios y procedimientos, personal, instalaciones, bases y centros de datos, fuentes de información, y las informaciones o datos que puedan conducir al conocimiento de las anteriores materia, constituyen información clasificada con el grado de secreto, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación reguladora de los secretos oficiales o, en su caso, con el mayor nivel de clasificación que contemple la misma” (artículo 5.1 LCNI).

Que las excepciones principales al principio de publicidad vienen dadas por las materias referidas a la seguridad y defensa nacional, se contempla en la propia LSO, que parece estar pensando precisamente en ellas:

“A los efectos de esta ley podrán ser declaradas “materias clasificadas” los asuntos, actos, documentos, informaciones, datos y objetos cuyo conocimiento por personas no autorizadas pueda dañar o poner en riesgo la seguridad y la defensa del Estado” (Artículo 2 LSO).

Pero la calificación de estas materias como “secretas” pueden aparecer en las propias leyes, como así recoge el artículo 1.2 LSO:

“Tendrá carácter secreto, sin necesidad de previa clasificación, las materias así declaradas por ley”.

(Lo que ocurriría con los gastos reservados, por ejemplo, cuyo único fundamento es suponer partidas presupuestarias para obligaciones financieras cuyo conocimiento público puede poner en peligro la seguridad o defensa nacional⁵⁵.)

⁵⁵ *Vid.* la Sentencia 155/2002, de la Audiencia Provincial de Madrid sobre “gastos reservados”, FJ, 4º: “En cuanto al carácter secreto de los llamados “fondos reservados” ha de decirse, en primer lugar, que los fondos como tales no pueden ser secretos. El carácter fungible del dinero hace inidentificable a este por razón de su origen o afectación inicial. Lo que puede ser reservado es el gasto o destino final (...). El carácter secreto de esas concretas actividades se comunica a su forma de financiación porque a través de esa forma de

financiación puede descubrirse la actividad misma y al autor de ella (...). EL texto refundido de la Ley general Presupuestaria se refiere a los créditos destinados a gastos reservados y la resolución de 6 de abril de 1998 (...), incluye los gastos reservados que considera que son los gastos necesarios para la defensa y seguridad del Estado y cuya diferencia fundamental, respecto al resto de los gastos públicos, es la relativa a su publicidad y justificación”.

3 . El control parlamentario de las materias declaradas secretas

Que estas materias sean declaradas como “clasificadas” no significa que no puedan ser controladas. Significa que no podrán ser divulgadas públicamente, ni se podrá tener acceso a ellas en la misma forma que se tiene en relación a las demás materias, en virtud del artículo 109 CE: “Las Cámaras y sus Comisiones podrán recabar, a través de los Presidentes de aquéllas, la información y ayuda que precisen del Gobierno y de sus Departamentos y de cualesquiera autoridades del Estado y de las Comunidades Autónomas”.

En base a ello, el artículo 10.2 de la Ley de Secretos Oficiales establece 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”⁵⁶. Y, el Reglamento del Congreso se refiere a ello, entre otros, en los artículos 7 y 44: “para el mejor cumplimiento de sus funciones parlamentarias, los diputados, previo conocimiento del respectivo grupo parlamentario, tendrán la facultad de recabar de las Administraciones Públicas los datos, informes o documentos que obren en poder de éstas”. Igualmente, las “Comisiones, por conducto del Presidente del Congreso, podrán recabar: 1º) la información y la documentación que precisen del Gobierno y de las Administraciones Públicas”.

⁵⁶ Aun cuando la ley es anterior a la Constitución, la reforma de 1978 es, como hemos dicho, coetánea a la elaboración y aprobación de la Constitución, por lo que las Cortes se plantearon la necesidad de armonizar los preceptos de aquélla con los de ésta, de la LSO de 1968, con el artículo 109 CE sobre información de las Cámaras. La solución propuesta por Lorenzo Martín Retortillo y asumida por las Cortes fue la de introducir el artículo 10.2 en la LSO.

Por tanto, el Reglamento del Congreso reconoce la posibilidad de tener acceso a la información tanto a los parlamentarios individualmente, como a los Grupos Parlamentarios⁵⁷. Sin embargo, a esta regulación hay que añadir la contenida en la Resolución de la Presidencia del Congreso de 2 de junio de 1992, sobre secretos oficiales, que sólo reconoce la facultad de solicitar información sobre materias clasificadas a los Grupos Parlamentarios que representen, al menos, la cuarta parte de la Cámara, y siempre por conducto del Presidente⁵⁸.

El artículo 8 LSO establece:

“Las calificaciones de secreto o reservado, hecha con arreglo a los términos de la presente ley y de las disposiciones que reglamentariamente se dicten para su aplicación, determinarán, entre otros, los siguientes efectos: a) solamente podrán tener conocimiento de las “materias clasificadas” los órganos y las personas debidamente facultadas para ello y con las formalidades y limitaciones que en cada caso se determinen”.

La calificación de una materia como “clasificada” corresponderá exclusivamente, en la esfera de su competencia, al Consejo de Ministros y a la Junta de Jefes de Estado Mayor (artículo 4 LSO). Las “materias clasificadas” serán calificadas en las categorías de “secreto” y “reservado” en atención al grado de protección que requieran (artículo 3 LSO).

⁵⁷ Sobre el procedimiento de control por los parlamentarios *vid.* E. GUILLÉN LÓPEZ, “Ciudadanos, Parlamento y control de la política de defensa del Estado”, en *Los derechos humanos. Libro homenaje al Excmo. Sr. D. Luis Portero García*, Universidad de Granada, Granada, 2001, p. 440.

⁵⁸ La Resolución de la Presidencia del Congreso de 2 de junio de 1992 sobre secretos oficiales, sustituye a otra anterior de 18 de diciembre de 1986 sobre acceso a materias clasificadas (BOCG, Congreso de los Diputados, Serie E, núm. 208, de 3 de junio de 1992, p. 2). Esta norma es dictada al amparo del artículo 32.2 del Reglamento del Congreso (RCD): “Corresponde al Presidente cumplir y hacer cumplir el Reglamento, interpretándolo en los casos de duda y supliéndolo en los de omisión. Cuando en el ejercicio de esta función supletoria se propusiera dictar una resolución de carácter general deberá mediar el parecer favorable de la Mesa y de la Junta de Portavoces”. El Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre este aspecto (y, además, precisamente sobre la Resolución de 18 de diciembre de 1986); la STC 118/1988, de 20 de junio, establece que la Resolución de la Presidencia del Congreso “no es una decisión o acto sin valor de ley (...), sino que es una interpretación de carácter sustancial o finalista, (...), asimilable a efectos de su impugnación a los Reglamentos parlamentarios y, por ende, a las disposiciones normativas con fuerza de ley, objeto de impugnación plena, directa y completa a través de recurso de inconstitucionalidad” (FJ 4).

Por tanto, el Gobierno califica la materia.

Si la calificación es de “materia secreta”, la Resolución de la Presidencia determina que el Gobierno facilitará la información a un diputado por cada Grupo parlamentario de los constituidos.

Si la calificación es de “materia reservada”, la documentación puede facilitarse a todos los portavoces de los Grupos parlamentarios.

Es decir, según la Resolución de junio de 1992, si la materia es calificada de secreta, se facilitará a un diputado de cada grupo parlamentario elegido por el Pleno de la Cámara por mayoría de tres quintos. Pero, no parece que este procedimiento garantice el secreto. La reforma del Reglamento del Congreso de 16 de junio de 1994 refuerza formalmente el deber de guardar secreto cuando se trata de materias declaradas reservadas o secretas⁵⁹, y refuerza también la sanción a los parlamentarios que quebranten el deber de secreto. En este sentido tenemos que recordar que la Ley de regulación del Centro Nacional de Inteligencia declara que “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. Una vez examinados los documentos, serán reintegrados al Centro Nacional de Inteligencia para su debida custodia sin que nadie pueda retener originales, copias o reproducciones” (artículo 11.3 Ley CNI).

En este punto se nos suscitan dos dudas en relación a la obligación de guardar secreto:

⁵⁹ Artículo 64.4 RCD: “Las sesiones de las Comisiones de Investigación preparatorias de su plan de trabajo o de las decisiones del Pleno, o deliberación interna, o las reuniones de las Ponencias que se creen en su seno, no serán públicas. Serán también secretos los datos, informes o documentos facilitados a estas comisiones para el cumplimiento de sus funciones, cuando lo disponga la ley o cuando así lo acuerde la propia Comisión. Por el contrario se ajustarán a lo previsto en el apartado primero de éste artículo las sesiones que tengan por objeto la celebración de comparencias informativas ante las Comisiones de Investigación, salvo que concurra alguno de los supuestos siguientes: a) cuando la comparencia verse sobre materias que hayan sido declaradas reservadas o secretas conforme a la legislación vigente; b) cuando a juicio de la Comisión los asuntos a tratar coincidan con actuaciones judiciales que hayan sido declaradas secretas”.

En primer lugar, ¿qué ocurre si el parlamentario infringe el deber de guardar secreto?. A nivel interno, el parlamentario que divulga información que conoce gracias a su condición de parlamentario, puede ser sancionado disciplinariamente⁶⁰, pero frente a terceros ¿puede invocar la inviolabilidad que le proporciona el artículo 71 CE?, ¿podría subsumirse la divulgación del secreto en el concepto de “opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones”?. En principio no parece que el privilegio de la inviolabilidad pudiera alegarse, puesto que es un privilegio que protege la función parlamentaria, y a quien incumple su función como parlamentario no debiera ampararle la protección de dicho privilegio.

⁶⁰ “El diputado será privado, por acuerdo de la Mesa, de alguno o de todos los derechos que le conceden los artículos 6 a 9 del presente Reglamento en los siguientes supuestos: 2º) cuando quebrantare el deber de secreto establecido en el artículo 16 de este Reglamento. En este supuesto, la Mesa del Congreso, en atención a la gravedad de la conducta o al daño causado por afectar a la seguridad del Estado, podrá directamente proponer al Pleno la adopción de las medidas previstas en el artículo 101 de este Reglamento” (artículo 88,1,2º RCD). La sanción a la que se refiere el Reglamento es la de suspensión de la condición de diputado, o bien, si la causa de la sanción pudiera ser, a juicio de la Mesa, constitutiva de delito la Presidencia pasará el tanto de culpa al órgano judicial competente (artículo 101 RCD).

En segundo lugar, podemos preguntarnos de qué sirve a los parlamentarios la información secreta. La finalidad de la información parlamentaria no puede ser la de la mera satisfacción de la curiosidad de los diputados, sino la de ejercer su función de control sobre la actuación del Gobierno. “La información parlamentaria adquiere todo su sentido en conexión con el fin a que está destinada: el debate con publicidad, es decir, el control”⁶¹. ¿Cómo se lleva a cabo el control del Gobierno si su actuación está amparada en el secreto?. Por eso, el secreto de Estado representa una manera de obstaculizar la obtención de información por parte del Parlamento o de impedir el control del Ejecutivo; si el Parlamento realiza la función de control del Ejecutivo, para controlar necesita conocer, tener información y esta función es, precisamente, la que se limita con la institución del secreto de Estado. Pero a esta limitación hay que unir la regulación que hace la Ley reguladora del Centro Nacional de Inteligencia que limita aún más la actividad de control del Parlamento al establecer en su artículo 11:

“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 gastos reservados, presidida por el Presidente de la Cámara, la *información apropiada* sobre su funcionamiento y actividades. El contenido de dichas sesiones y sus deliberaciones será secreto.”

“La citada Comisión del Congreso de los Diputados tendrá acceso al conocimiento de las materias clasificadas *con excepción de las relativas a las fuentes y medios del Centro Nacional de Inteligencia y a 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”.

De otro lado, cuando el secreto ampara el interés del Estado resulta vital que la información no sea divulgada, pero ¿qué ocurre cuando el secreto oculta

⁶¹ Cfr. ARAGÓN REYES, M.: “Información parlamentaria y función de control” en, *Instrumentos de información de las cámaras parlamentarias*, Cuadernos y Debates, núm. 52, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, p. 42 y ss.

hechos ilícitos?, ¿están vinculados los miembros del Parlamento por el secreto?, ¿no supondría esto convertirse en cómplices de los mismos?.

4 . El control judicial

Cosa distinta es el control que de los secretos de estado pueden hacer los tribunales.

En nuestro país se ha producido una importante jurisprudencia a raíz de la *Sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de 14 de diciembre de 1995*, sobre la petición judicial de documentos del CESID. Los antecedentes de esta sentencia se sitúan en el requerimiento que el responsable del titular del Juzgado Central de Instrucción núm. 5 de la Audiencia Nacional al director del CESID, con el fin de informarse sobre veinte extremos que afectaban a cuestiones tales como la exigencia o no de documentación del CESID relativa a la organización GAL, la existencia de documentos que acreditaran la presunta participación en actividades delictivas de personas integradas en los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, la existencia de información procedente de servicios de inteligencia extranjeros, la identidad de personas pertenecientes al Departamento de Acción Operativa del CESID entre 1983 y 1987, y los datos que pudieran existir sobre la financiación de las actividades delictivas del GAL. El director del CESID contestó que no era posible atender al requerimiento porque las materias a las que se refiere estaban incluidas en la legislación de secretos oficiales. Un posterior requerimiento de remisión al Juzgado de un documento elaborado por el CESID relativo al planeamiento y desarrollo de lo que debía ser una respuesta ilegal contra ETA, obtuvo parecida contestación.

De la sentencia destacamos los siguientes argumentos:

“Ha de destacarse que la utilización de la técnica del secreto para sustraer a conocimiento público, o de otros órganos del Estado, incluidos los judiciales, determinadas materias que se consideran sensibles para la seguridad del Estado o para la protección de otros bienes jurídicos, es común en los países de nuestro entorno, hasta el punto de que puede hablarse en este campo de un común denominador en los países democráticos de nuestra misma área internacional -Alemania, Francia, Italia, Reino Unido-, sobre todo

cuando se aducen, para justificarlo, la seguridad nacional y la preservación de las fuentes e instrumentos de servicios de inteligencia”

“El juez de Instrucción que considere necesarios, a los fines de la investigación sumarial, determinados documentos clasificados como materia comprendida en el ámbito de la reserva de secreto oficial, no puede imponer, sin más, al Ministro responsable su entrega y aportación. Puede dirigirse a él por medio de exposición razonada -art. 187 LECrim.- y éste pueda valorar, dentro de sus funciones directivas de gobierno, los intereses en juego, principalmente el de la seguridad del Estado, cuya exclusiva interpretación le corresponde en esta materia, y decidir en consecuencia. Por todo ello procede resolver el conflicto en favor del Ministerio de Defensa”

Esta sentencia puede ser objeto de dos críticas fundamentales:

En primer lugar, considera la existencia de un conflicto cuando no debería hablarse de verdadero conflicto porque ello supondría que el Ministerio de Defensa sería competente para decidir lo que debería ser investigado en un procedimiento judicial.

En segundo lugar, lo que nos parece más importante, la sentencia limita la función judicial cuando colisiona con secretos oficiales según el artículo 417 de la LECrim., y este razonamiento debe considerarse contrario al Estado de Derecho. Aunque el secreto de Estado es constitucionalmente lícito, no puede justificar, ni puede utilizarse para excluirlo absolutamente del control judicial. La respuesta debe ponderar los valores en juego y, tal vez, abogar por una solución similar a la adoptada respecto a las facultades parlamentarias de control político sobre las informaciones clasificadas⁶².

5 . El Derecho Comparado

La confrontación entre el interés del Estado a que determinados hechos que lo comprometen o ponen en peligro queden en secreto, y la necesidad de que

⁶² Cfr. DÍEZ-PICAZO, L. M.: “El secreto de Estado en el proceso penal. A propósito de la sentencia de conflictos de Jurisdicción de 14 de diciembre de 1995”, Revista *La Ley*, núm. 3952, 1996, *passim*.

el Parlamento esté permanentemente informado para controlar al Gobierno, encuentra respuesta en Derecho comparado con el establecimiento de órganos parlamentarios *ad hoc*, vinculados al secreto.

5.1. Alemania

Hasta ahora, el Tribunal Constitucional alemán no se ha pronunciado sobre si el Gobierno federal puede denegar una petición de información alegando secreto de Estado. La doctrina, prácticamente, tampoco se ha ocupado de este tema. Pero, precisamente porque el principio de publicidad es fundamental en el Estado democrático, la doctrina alemana ha desarrollado desde muy temprano excepciones al principio de información; así, la comunicación de secretos puede vincularse a medidas de seguridad que el Parlamento debe de cumplir reservando la información para un pequeño grupo de parlamentarios.

Como principio fundamental, el Tribunal Constitucional ha establecido que la denegación de información se puede considerar lícita si resulta necesaria para defender un bien colectivo superior⁶³.

La Constitución ha regulado la creación de un órgano *ad hoc* que realiza la función de control parlamentario en materia de defensa. La Comisión de Defensa se regula en el artículo 45, a, 2) de la Ley Fundamental de Bonn:

“La Comisión de Defensa tendrá asimismo las prerrogativas de una Comisión investigadora y deberá, si lo solicita la cuarta parte de sus componentes, someter a investigación un asunto determinado”.

Las características fundamentales de esta Comisión las podemos resumir del siguiente modo:

La función de la Comisión de Defensa consiste en controlar ampliamente el complejo militar para impedir acciones que supongan atentados contra el

⁶³ Vid. DETTERBECK, *Parlament und information*, 1972, p. 172.

orden constitucional, pero no controlan las acciones propias del BND⁶⁴. Esta Comisión está obligada a guardar secreto.

La Comisión de Defensa tiene una naturaleza doble. Por un lado, es una comisión permanente del Bundestag para todo el área militar con la misma situación jurídica que las demás comisiones parlamentarias. Por otro lado, tiene también los mismos derechos que una Comisión de investigación. De hecho, la actividad investigadora sólo debe iniciarse después de la apertura del procedimiento de investigación correspondiente. Sólo los miembros de la Comisión están autorizados a presentar esa petición, mientras que el Bundestag no está facultado a encargar una investigación a la Comisión de Defensa. A tenor del artículo 45,a,2) de la Ley Fundamental existe el deber de convertir un asunto en el objeto de una investigación si así lo solicita la cuarta parte de sus miembros; el párrafo tercero establece que no debe constituirse una comisión de investigación en el área de defensa precisamente para mantener el secreto de estas materias.

De otra parte, la Ley Fundamental crea la figura del Comisario de Defensa como órgano auxiliar del Bundestag para el control parlamentario de estos temas. El Comisario debe llevar a cabo los mandatos que le encargue el Pleno o la Comisión de Defensa.

La Ley sobre el comisario de Defensa es de 30 de marzo de 1990 y concede amplios derechos de información. De acuerdo con el artículo 12 existe el deber de información por parte de la Justicia y las autoridades administrativas de la Federación y de los Landers. El artículo 3 le concede, entre otros, el derecho a inspeccionar los expedientes del Ministro Federal de Defensa que sólo se pueden negar si lo aconsejan motivos apremiantes relacionados con la necesidad de guardar secreto. Disfruta, por otra parte, de un amplio derecho de acceso a las instalaciones militares y a procedimientos disciplinarios.

⁶⁴ El BND, ya nos hemos referido a él, es el Servicio alemán de inteligencia.

En fin, aunque el Derecho parlamentario alemán reconoce como principio fundamental el de que el Bundestag disponga de información suficiente para poder ejercer el control parlamentario, el problema es la amplitud del Poder Ejecutivo para determinar las materias secretas. El Reglamento del Bundestag regula la protección del secreto⁶⁵ y establece cuatro niveles de protección:

- *Estricto secreto*: aplicable a aquellos documentos cuyo conocimiento por personas no autorizadas podrían poner en peligro la existencia de la Federación o de los Landers.

- *Secreto*: aplicable a aquellos documentos cuyo conocimiento por personas no autorizadas podría dañar la seguridad del Estado, o bien, causar un daño grave a sus intereses o a su prestigio, o bien proporcionar una gran ventaja a un Estado extranjero.

- *Confidencial*: aplicable a aquellos documentos cuyo conocimiento por personas no autorizadas podría lesionar el prestigio de Alemania o constituir una ventaja para un Estado extranjero.

- Los documentos que no alcanzan el grado de “estricto secreto”, “secreto”, o “confidencial”, pero que no deben ser publicados, reciben la calificación de “*sólo para el uso del servicio*”.

El Reglamento establece que sólo puede hacerse uso de la clasificación de secreto en casos estrictamente necesarios.

⁶⁵ “El Bundestag aprueba una ordenanza reguladora de la protección del secreto que forma parte de este Reglamento (anexo núm. 3), y regula el tratamiento de las materias que por especiales razones de seguridad, deben ser protegidas frente a su conocimiento por personas no autorizadas” (artículo 17 del Reglamento).

Atribuye la facultad de determinar el grado de secreto que debe tener el documento a la autoridad que lo emitió, que es también quien puede modificarlo⁶⁶.

Por último, sobre los documentos clasificados sólo se puede proporcionar información al Parlamento cuando sea ineludiblemente necesario para los trabajos parlamentarios⁶⁷.

5.2. Italia

Italia ha regulado los secretos de Estado en la Ley 801, de 24 de octubre de 1977, sobre Instituciones y ordenamiento del Servicio de Información y Seguridad y normativa del Secreto de Estado (LSE).

El principal objetivo de esta ley era el adecuar la normativa sobre el secreto de Estado a la doctrina del Tribunal Constitucional, que en este caso sí se había pronunciado sobre el tema, y actualizar un instituto que era objeto de un descrédito absoluto por parte de la opinión pública que asistía al espectáculo de una sucesión de procesos en los que el secreto cubría todo tipo de conductas⁶⁸.

⁶⁶ Artículo 3 de la ordenanza aprobada por el Bundestag.

⁶⁷ *Ibidem*, artículo 4.

⁶⁸ En Italia tuvo una importancia capital y una resonancia importante en la opinión pública una serie de procesos judiciales en los que el secreto de Estado servía para justificar todo tipo de actuaciones ilegales del SIFAR (con la caída del fascismo el SIM -Servicio de Información Militar- y el OVRA -Organismo para la Vigilancia y la represión del Antifascismo-, fueron sustituidos por el SIFAR -Servicio de Información de las Fuerzas Armadas de la República-. En 1971 se transformaron en los servicios de Información y Defensa -SID-. Vid. COCCO, G.: *I servizi d'informazione e di sicurezza nell'ordinamento italiano*, Padua, 1980.

Se creó un sentimiento generalizado de reformar y de “formular propuestas en relación a la normativa vigente en materia de tutela del secreto, con la finalidad de adecuar al ordenamiento democrático del Estado una ordenada y eficiente defensa de su seguridad interna y externa”(artículo 1 de la Ley de 31 de marzo de 1969, que creaba la Comisión de Investigación parlamentaria sobre los sucesos de junio-julio de 1964,- trama golpista que en el verano de este año fue urdida por algunos miembros destacados del SIFAR)⁶⁹.

A) La jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el secreto de Estado

Las principales sentencias de la Corte Constitucional se refieren al secreto de Estado de forma incidental, al resolver problemas de relaciones entre el Poder político y el Poder Judicial, pero a partir de esa doctrina se construyó toda la teoría de los secretos de Estado.

⁶⁹ Vid. MARTINELLI, *SIFAR, gli atti del processo De Lorenzo*-L'Espresso, Milán, 1968; CONSO, “Segreto militare e prova liberatoria”, *Giurisprudenza italiana*, vol. IV, 1968; BONACCI, “Un istituto penalistico da riesaminare: il segreto di Stato”, *Democrazia e diritto*, 1968

En la Sentencia núm. 82, de 14 de abril de 1976, la Corte afirmó que el secreto militar -relativo a las noticias que conciernen a la fuerza, la preparación o la defensa militar del Estado-, merece el más alto grado de protección, pues con él se tutela el supremo interés de la seguridad estatal y el interés del Estado a la propia integridad territorial. Este interés que está presente en todos los ordenamientos jurídicos, se materializa en la Constitución italiana en el artículo 52: “La defensa de la Patria constituye un deber sagrado del ciudadano. El servicio militar será obligatorio, dentro de los límites y con las modalidades que se establezca en la ley. (...). El ordenamiento de las Fuerzas Armadas se inspirará en el espíritu democrático de la República”.⁷⁰

La Sentencia núm. 86, de 24 de mayo de 1977, reconoce que el secreto de Estado implica, necesariamente, un conflicto con otros principios constitucionales. Por la importancia de la misma, vamos a hacer una breve referencia sobre su contenido, porque supuso un punto de inflexión en el tratamiento del secreto de Estado en el país vecino. Un juez de instrucción de un juzgado de Turín, solicitó confirmación al Presidente del Consejo de Ministros de la existencia del secreto tras haberle sido denegada la entrega de unos documentos por la *Autorità per la Sicurezza Nazionale*, relativos a actividades relacionadas con el contraespionaje. La respuesta afirmativa del Presidente condujo al juez a declarar que el secreto se convertía en una forma de amparar actividades ilícitas, y, por tanto, suponía una interferencia del Ejecutivo en la actuación del Poder Judicial por lo que planteó la cuestión a la Corte Constitucional como conflicto de atribuciones. La Corte Constitucional se ve obligada a encontrar fundamentos que justifiquen los conflictos con los principios constitucionales, y afirma que “únicamente en aquellos casos en los que se trata de actuar en salvaguarda del supremo interés del Estado, puede encontrar legitimación el secreto. Individualizar los hechos, actos o noticias que pueden comprometer la seguridad del Estado compete exclusivamente a la

⁷⁰ Sobre esta sentencia, se puede consultar: PISA, “Il segreto di Stato di fronte alla Corte Costituzionale: luci ed ombre in attesa della riforma”, *Giurisprudenza costituzionale*, vol. I, 1977.

autoridad a quien corresponde la salvaguarda de dicha seguridad, por tanto, esta estimación tiene un carácter discrecional”.

Pero esto no significa que la Corte Constitucional entienda que se trata de un poder incontrolable. El juez constitucional entendió que la sede idónea de control de las actuaciones del Ejecutivo era el Parlamento. La responsabilidad del Gobierno prevista en los artículos 94 y 95 de la Constitución puede hacerse valer en todo momento⁷¹. Sin embargo, el Ejecutivo debe justificar en cada caso las razones que determinan la calificación de secreto. De otro lado, el Tribunal Constitucional estableció que a quien corresponde configurar el secreto de Estado es al Presidente del Consejo de Ministros que dirige la política general del Gobierno y es responsable de la misma⁷².

Estos procesos se iniciaron como consecuencia de una serie de hechos denunciados por periodistas del semanario *L'Espresso* a comienzos de 1968, contra el Comandante General De Lorenzo. El proceso fue resuelto por Sentencia de un Tribunal de Roma de 1 de marzo de 1968, siendo condenados los periodistas en contra de la opinión pública, porque la declaración de secreto impidió la práctica de pruebas que habían sido determinantes para su defensa.

B) Objetivos de la Ley de Secretos Oficiales

Siguiendo la doctrina sentada por la Corte Constitucional, los objetivos de la LSE son fundamentalmente tres: adecuar la normativa a los principios constitucionales, atribuir la responsabilidad de su declaración y tutela al Presidente del Consejo de Ministros, y establecer el control en sede parlamentaria, así como reorganizar los Servicios de Información y Seguridad.

⁷¹ Regulan estos artículos la responsabilidad del Presidente del Gobierno ante el Parlamento como director de la política general del Estado y, del Gobierno, a través de la moción de censura.

⁷² Esta responsabilidad era atribuida por el Código Penal al Ministro de Justicia y es declarada, por esta razón, inconstitucional por la Corte Constitucional.

En este último sentido, la ley establece una estrecha conexión entre los secretos de Estado y los servicios de información, por lo que la reforma fue conjunta, aunque la regulación del secreto de Estado se subordina a la actuación de los servicios de información, -de hecho, el artículo 13 de la ley suprime los conceptos de secreto militar y secreto político y los sustituye por el concepto unitario de secreto de Estado⁷³-.

El artículo 12 de la LSE establece que están cubiertos por el secreto de Estado, los actos, los documentos, las noticias, las actividades y cualquier otra cosa cuya difusión sea idónea para provocar daño a la integridad del Estado democrático, a los acuerdos internacionales, a la defensa de las instituciones constitucionales y a su fundamento, al libre ejercicio de los órganos constitucionales, a la independencia del Estado respecto a otros Estados y a las relaciones con éstos, y a la preparación y defensa militar.

Realmente, la amplitud de estos conceptos permite que el Ejecutivo pueda ocultar fácilmente determinadas noticias llegando a obtener la consideración de secreto de Estado materias que no deberían tenerlo porque su conocimiento no atenta contra el orden constitucional.

En cuanto al Control Parlamentario, la Ley establece un Comité Parlamentario de control encargado de fiscalizar la actividad gubernativa en materia de secreto de Estado. Este Comité está compuesto por cuatro diputados y cuatro senadores nombrados por los Presidentes de las dos Cámaras según un criterio de proporcionalidad. La doctrina ha criticado esta composición así como el nombramiento, porque mediatiza la labor del Comité al apoyarse en una mayoría parlamentaria que es la que sustenta al Gobierno. Esto convierte al Comité en un órgano de dudosa utilidad por cuanto actúa más como filtro entre el Ejecutivo y el Parlamento que como órgano de control⁷⁴.

⁷³ Vid. RODRÍGUEZ, “Segreto di Stato e servizi di sicurezza”, *Diritto e società*, 1978; GREVI, “Segreto di Stato e processo penale”, *Segreto di Stato e Giustizia penale*, Bologna, 1978; PISA, *Segreto di Stato*, Milán, 1977.

⁷⁴ Cfr. ARENA, “Il controllo del Parlamento sui servizi per le informazione e la sicurezza”, *Segreto di Stato e servizi per le informazioni e la sicurezza*, Roma, 1978.

Los miembros del Comité están vinculados por el secreto de las informaciones a las que hayan tenido acceso. Podrá solicitar al Presidente del Consejo de Ministros cuanta información considere necesaria sobre las líneas esenciales de la estructura y actividades de los servicios de información. En el supuesto de que el Presidente del Consejo considere que la información solicitada excede los límites de la esencialidad, podrá oponer el secreto y negarse a su entrega indicando las razones esenciales que le llevan a ello. La Ley no determina ningún plazo para que el Presidente se pronuncie, por lo que esta situación puede ser aprovechada para paralizar la actividad del Comité. Si el Comité considera, por mayoría absoluta de sus miembros, que la declaración de secreto es desproporcionada, enviará un informe a las Cámaras para que haga una declaración política.

5.3. Francia

La obligación del Gobierno de proporcionar al Parlamento la información que precise para realizar la función de control se deriva de los artículos 20, 49 y 50 de la Constitución de 1958⁷⁵, que regulan la responsabilidad del Gobierno ante el Parlamento. Se trata de una obligación indirecta porque el gobierno no tiene que proporcionar la información que el Parlamento fije⁷⁶. Normalmente, la información se proporciona a través de los *discursos* y los *debates*, aunque existe

⁷⁵ “El Gobierno determina y dirige la política de la Nación. Dispone de la Administración y de la Fuerza Armada. Será responsable ante el Parlamento en las condiciones y con arreglo a los procedimientos previstos en los artículos 49 y 50” (que regulen la institución de la moción de censura).

⁷⁶ La ordenanza de 1959 relativa a la adopción de la ley de presupuestos establece en su artículo 146 que “los miembros del Parlamento que tienen a su cargo presentar, en nombre de la Comisión competente, el informe sobre el presupuesto de un departamento ministerial, se ocupan y controlan de manera permanente, por partidas y sobre el terreno, la utilización de los créditos establecidos en el presupuesto de ese departamento. Todas las informaciones de índole financiera y administrativa en orden a facilitar su misión deben serles suministradas”. Pueden pedir que les sean entregados todo tipo de documentos de cualquier naturaleza. Sin embargo, la ordenanza establece excepciones. Los documentos que contengan elementos de carácter secreto relativos a la defensa nacional, asuntos exteriores, seguridad interior o exterior del Estado, no pueden ser comunicados. Incluso los parlamentarios con carácter individual pueden solicitar los documentos que precisen, a través de los ponentes de sus comisiones, con excepción de aquéllos sometidos a secreto.

una tendencia a aumentar las vías de información entre el Gobierno y el Parlamento, pero no existe ninguna norma escrita que obligue al Gobierno a proporcionar toda la información que demande el Parlamento⁷⁷.

La pretensión sobre las informaciones relativas a la defensa nacional está regulada por normas administrativas y penales. El Decreto 81-514, de 12 de mayo de 1981, sobre organización de la protección de secretos y de las informaciones que afectan a la defensa nacional y a la seguridad del Estado, establece que el secreto en defensa afecta a la información misma y, por tanto, prohíbe a cualquier persona su divulgación.

El Decreto establece tres niveles de protección:

- *Muy secreto-defensa*: se aplica a las materias que definen la política de defensa y cuya divulgación puede comprometer la defensa nacional. Corresponde al Primer Ministro establecer qué informaciones están protegidas por este nivel de secreto.

- *Secreto-defensa*: se aplica a las informaciones cuya divulgación puede afectar a la defensa nacional o la seguridad del Estado. Corresponde a cada Ministro definir los criterios de protección de cada información.

- *Confidencial-defensa*: se aplica a las informaciones que no tienen, ellas mismas, un carácter secreto, pero cuyo conocimiento, reunión o explotación pueden conducir a la divulgación de un secreto que afecte a la defensa nacional o a la seguridad del Estado. En éste caso también corresponde a los Ministros correspondientes determinar estas materias.

En la práctica, el Gobierno sólo comunica al Parlamento las materias clasificadas de “confidencial-defensa”; a grupos muy reducidos de parlamentarios con autorización de cada ministro, las materias “secreto-defensa”; y, sólo al Presidente de la Asamblea, con autorización del Primer Ministro, los calificados de “muy secreto-defensa”.

Pero, en general, el Parlamento tiene poco control sobre los documentos y sobre los actos del Gobierno que se refieren a la política de defensa, incluso el

⁷⁷ Vid. DESANDRE, J.: “Les Commissions d’enquête ou de contrôle en droit français”, *Notes et études documentaires*, La Documentation française, Paris, 1976.

Gobierno suele informar de forma tardía y *a posteriori* los actos relacionados con la política de defensa amparándose en la declaración de “secreto”.

V. LA OBTENCIÓN DE INFORMACIÓN Y LAS CATEGORÍAS CONSTITUCIONALES.

La función de los servicios de inteligencia es la obtención de información. Con frecuencia el acceso a la misma no va a necesitar restricción de derecho alguno: se consigue en las bibliotecas y centros de investigación, la proporcionan los confidentes, etc. Pero hay veces en que la restricción de derechos constitucionales, incluso fundamentales, es imprescindible. Es justo en ese momento cuando, al intentar conseguirla, se activan las garantías constitucionales.

La información se encuentra en las comunicaciones (derecho al secreto de las comunicaciones, art. 18.3 CE), en los domicilios (derecho a la inviolabilidad domiciliaria, art. 18.2 CE), en los ordenadores (derecho a la autodeterminación informativa en el uso de la informática, art. 18.4 CE), en el conocimiento de las personas (garantías del detenido, artículo 17; o incluso derecho a la integridad física y moral, si es el caso, art. 15 CE), en el interior de objetos como vehículos, bolsos, maletas, etc. (derecho a la intimidad, artículo 18 CE), en historiales médicos (art. 18.1 CE, en otras de sus vertientes), en conversaciones o mensajes amparados por el secreto profesional (arts. 20.1.d) y 24.2 CE), en archivos y registros públicos (art. 105.b), etc.

1 . Protección y límites de los derechos fundamentales

Los derechos fundamentales son la piedra angular en la construcción del Estado constitucional porque expresan el orden supremo de la convivencia .El Estado de Derecho, para serlo, debe garantizar los derechos fundamentales, que, a su vez, sólo alcanzan sentido pleno en un Estado de Derecho.

Sabemos que la actuación de los servicios de inteligencia es, básicamente, la de conseguir información oculta, lo que significa que, en

muchas ocasiones, deben moverse en los límites de la intimidad de las personas, del secreto profesional, del secreto de las comunicaciones, de la libertad domiciliaria... etc. Deben preservar su eficacia como instrumento de información y ayuda a la acción de gobierno y de salvaguarda del propio sistema democrático, dentro del respeto escrupuloso a las libertades y derechos fundamentales. De otro lado, hemos dicho que la pauta para actuar por parte de los poderes públicos, cuando limitan el ejercicio libre y pleno de los derechos fundamentales, debe ser la exigencia de riesgos evidentes que afecten a otros bienes jurídicos constitucionales, sin que la actuación de los servicios de inteligencia tenga que estar vinculada a la existencia de un procedimiento penal.

Pero hay derechos fundamentales que eventualmente pueden verse involucrados en la actuación de los servicios de inteligencia: derecho a la vida y a la integridad física y moral, derecho a la libertad y la seguridad, derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, derecho a la inviolabilidad del domicilio, derecho al secreto de las comunicaciones, libertad de circulación, libertad de información, derecho a la presunción de inocencia, derecho de defensa.

Lo que vamos a tratar ahora son, precisamente, los límites que la Constitución y las leyes han establecido para salvaguardar tales derechos; se trata por tanto de determinar hasta dónde pueden llegar los servicios secretos dentro de los parámetros constitucionales.

No son pocos los marcadores constitucionales que hemos de tener en cuenta: el control de legalidad, las garantías judiciales, el principio de intervención indiciaria, el principio de proporcionalidad, etc.

Será en epígrafes posteriores cuando tratemos las garantías específicas que el ordenamiento jurídico hace valer frente a la actuación de los servicios de inteligencia.

De forma general, se alude a los límites de los derechos para aludir a cualquier acción jurídica que restrinja las facultades que constituyen su contenido⁷⁸. Pero es un concepto genérico, porque las limitaciones tendrán que

⁷⁸ Sobre los límites de los derechos fundamentales, *vid.* AGUIAR DE LUQUE, L.: “Los límites de los derechos fundamentales”, *Revista del Centro de Estudios*

ver con el diverso contenido de los distintos derechos, ya sean de libertad, de igualdad o de prestación y, además, comprenden acciones jurídicas diferentes (como “restricciones”, “límites”, “suspensión”, “configuración legal”...).

Es decir, los derechos fundamentales, se encuentran sometidos a límites, que derivan esencialmente del respeto a los derechos de los demás. Pero en un sistema constitucional se encuentran limitados por la propia Constitución y, más allá de ésta, por la ley, previa habilitación constitucional.

Los límites constitucionales (son límites en sentido estricto) los podemos encontrar en el propio precepto que garantiza el derecho, o en cualquier otro. Se denominan también límites intrínsecos al propio derecho porque derivan de su conformación constitucional como derechos. Actúan de modo inmediato y sin necesidad de intervención legislativa.

En cuanto a los límites legales, debemos partir de lo siguiente:

“El desarrollo legislativo de un derecho proclamado en abstracto en la Constitución consiste en la determinación de su alcance y límites” (STC 140/1986).

“No existen derechos ilimitados. Todo derecho tiene sus límites, que como señala este Tribunal en sentencia de 8 de abril de 1981, en relación a los derechos fundamentales, establece la Constitución por sí misma en algunas ocasiones, mientras en otras el límite deriva de una manera mediata o indirecta de tal norma, en cuanto ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionalmente protegidos”⁷⁹ (STC 2/1982).

Constitucionales, núm. 14, enero-abril, 1993; MARTÍN RETORTILLO, L. y DE OTTO, I.: *Derechos fundamentales y Constitución*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1992; PRIETO SANCHÍS, L.: *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990.

⁷⁹ La intervención del legislador puede tener un carácter constitutivo o un carácter declarativo (determinación de los límites contenidos en la Constitución o en cualquier otra norma habilitada para ello, o, declaración del contenido constitucionalmente protegido). En ambos casos hay intervención legislativa que se sujeta a dos límites, porque el legislador no puede manejar los derechos fundamentales fuera del marco constitucional, ni existe una carta en blanco en favor del legislador. El Tribunal Constitucional llegó a admitir la existencia de límites intrínsecos (límites implícitos en la noción misma del derecho fundamental afectado que derivan de la incorporación del derecho al ordenamiento, pero que operan en el interior del derecho), teoría que sustituyó por la de los límites inmanentes (se refiere a lo irremediable de la limitación, consecuencia de la incorporación al ordenamiento jurídico; puede afectar al derecho desde el exterior mediante límites externos

al contenido del derecho).

“El límite del derecho deriva de la Constitución sólo de una manera mediata, en cuanto ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionalmente protegidos”(STC 11/1981).

“Todo bien o valor constitucionalmente reconocido puede representar, en caso de conflicto, un límite para otros bienes o valores; en principio, la ley efectúa la ponderación necesaria para armonizar los diferentes bienes e intereses constitucionalmente relevantes, y a este Tribunal compete corregir, en su caso, los errores que pudiera cometer el legislador al efectuarla”. (STC 375/1983).

Estamos ante la llamada *Teoría de la limitabilidad general de los derechos* que, en base a los llamados límites inmanentes, pretende hacer frente al ejercicio arbitrario de los derechos y libertades. La mayoría, por no decir todos, podría interpretarse en sentido contrario. Los límites son inmanentes al reconocimiento mismo del derecho, de forma que también cuando se reconocen sin reserva de limitación específica pueden ser limitados por el legislador (siempre que existan otros bienes constitucionales que lo justifiquen). Por tanto, el criterio que usa el legislador es el de la ponderación de los bienes y, en todo caso, el respeto al contenido esencial, que es un límite no traspasable.⁸⁰

La regulación del ejercicio de un derecho puede entrañar dos supuestos:

1º) la concretización legislativa del derecho. El legislador tiene el límite del contenido esencial. El apoderamiento general se consagraría en el artículo 53.1 CE.

2º) el establecimiento de límites en algunos elementos del derecho: límites establecidos por el legislador ajustándose al contenido constitucional. El juez, al interpretar la Constitución, precisa la constitucionalidad de los límites.

⁸⁰ Sobre los límites inmanentes de los derechos fundamentales, DE OTTO, I.: *Derechos fundamentales y Constitución, op. Cit.*; PRIETO SANCHÍS, L.: *Estudios sobre derechos fundamentales, op. Cit.*

En el caso de la actuación de los servicios de inteligencia, la Ley Orgánica que acompaña a la ley de regulación del CNI establece la intervención judicial a la hora de limitar determinados derechos. Pero, en este caso, la limitación parte del juez que tendrá que ponderar la proporcionalidad de la medida y, por supuesto, la justificación de la limitación. Pero hay otros derechos a los que nos hemos referido y que no son objeto de atención por el juez, y que pueden verse afectados por las investigaciones del Centro Nacional de Inteligencia. En estos casos tenemos los límites genéricos y habrá que ponderar si la intervención de estos servicios justifica esa limitación. Es decir, nos movemos en dos supuestos diferentes: de un lado, lo que afecta a la inviolabilidad del domicilio y al secreto de las comunicaciones; de otro, los demás derechos que pueden verse limitados y que se someten a una habilitación genérica. Pero, a su vez, esa limitación genérica supone que los derechos fundamentales, y el respeto al contenido de los derechos - en cuanto límite del mismo-, pueden actuar como límite a la actuación del CNI.

2 . Indicadores de inconstitucionalidad en las actuaciones de los servicios de inteligencia. El principio de proporcionalidad. El ámbito de aplicación del principio de intervención indiciaria.

Hemos dicho que los servicios de inteligencia no investigan delitos, ni persiguen la obtención de pruebas sobre conductas ilícitas. El ordenamiento jurídico atribuye estas funciones a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado⁸¹

“Las fuerzas y Cuerpos de seguridad, bajo la dependencia del Gobierno, tendrán como misión proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana” (artículo 104 CE).

⁸¹ Sobre las funciones constitucionales de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, *vid.* BARCELONA LLOP, J.: *Policía y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1997.

En cambio, el Centro Nacional de Inteligencia 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 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. Para ello, la ley atribuye a los servicios de inteligencia, unas funciones concretas:

“Obtener, evaluar e interpretar información y difundir la inteligencia necesaria para proteger y promover los intereses políticos, económicos, industriales, comerciales y estratégicos de España”.

Desde este punto de vista, el principio de intervención indiciaria no sería de aplicación a las actuaciones típicas de los servicios de inteligencia. El principio constitucional de intervención indiciaria adquiere su verdadero significado frente a los actos de investigación de los poderes públicos dirigidos a la depuración de las conductas ilícitas que tienen lugar en un Estado de Derecho⁸².

El juicio de proporcionalidad sí tiene, en cambio, una importancia decisiva al enjuiciar la constitucionalidad de los límites de los derechos. Este juicio se estructura en tres elementos:

a) adecuación entre la restricción impuesta al derecho y la finalidad constitucional perseguida con la misma.

b) necesidad de la restricción, teniendo en cuenta que no hay otros medios menos agresivos para lograr el fin perseguido.

c) proporcionalidad en sentido estricto, ponderando la gravedad de la intervención en el derecho y los motivos que la justifican. Habrá que valorar entonces la gravedad de la amenaza percibida y la restricción del derecho.

⁸² Vid. MARTÍN MORALES, R.: “El principio constitucional de intervención indiciaria”, *Revista de la facultad de Derecho, Univ. de Granada*, núm. 2, 1999, p. 398, también en : (Coord.), *El principio constitucional de intervención indiciaria*, Grupo Editorial Universitaria, Granada, 2000, p. 10.

Por tanto, en atención al principio de proporcionalidad, las intervenciones del CNI han de ser proporcionadas en lo temporal y en lo espacial.

La ley en estos casos, también se constituye como una garantía para el intervenido⁸³; es necesario que exista una regulación cierta que proporcione el suficiente nivel de garantías; la ley se convierte en una garantía de los derechos; es decir, la ley debe ser lo suficientemente clara como para que los ciudadanos conozcan los supuestos en los que se pueden limitar sus derechos, aunque, como es lógico, el grado de precisión de la ley dependerá también de la materia de que se trate. Con la Ley 11/2002 y la Ley Orgánica 2/2002, ya podemos hablar por fin de la existencia de una base legal. La discusión se centra ahora en la suficiencia o insuficiencia de la misma⁸⁴.

3 . Las distintas categorías constitucionales .

3 .1 . El derecho a la vida y a la integridad física y moral

La sección primera del capítulo segundo del título primero de la Constitución, *De los derechos fundamentales y libertades públicas*, se inicia precisamente con el reconocimiento del derecho a la vida, como un “derecho esencial y troncal” sin el cual “los restantes derechos no tendrían existencia posible” (STC 53/1985).

El artículo 15 CE es un precepto de contenido amplio y complejo que, junto al reconocimiento del derecho a la vida, incluye el derecho a la integridad física y a la integridad moral, además de prohibir expresamente la pena de muerte, la tortura y los tratos inhumanos o degradantes. Precisamente, la

⁸³ Cfr: JIMÉNEZ CAMPO, J.: “La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones”, *Revista española de Derecho Constitucional*, núm. 20, 1987.

⁸⁴ Sobre la exigencia de interposición del legislador como garantía Cfr: MARTÍN MORALES, R.: “La *interpositio legislatoris* en los supuestos de limitación de derechos fundamentales a través de remisión constitucional expresa al juzgador”, en *Estudios de Derecho Público. Homenaje a Juan José Ruiz-Rico*, I, Tecnos, Madrid, 1997. También en “Los derechos fundamentales y su dogmática. Una reflexión sobre el devenir y los nuevos desarrollos de nuestras categorías jurídicas”, del mismo autor, epígrafe 17, en prensa.

actuación de los servicios de inteligencia encuentra en este derecho un límite claro. Hay que dar por descartada la prohibición absoluta de la tortura o de los tratos inhumanos o degradantes para la obtención de información. Pero el reconocimiento a la integridad moral como derecho fundamental supone también la existencia de límites que es preciso determinar por la extrema imprecisión del concepto que ha dificultado seriamente su interpretación tanto por parte de la doctrina como del propio Tribunal Constitucional.

La integridad moral tiende a identificarse con la dignidad humana (artículo 10 CE), como presupuesto y principio guía de todos los derechos y valor inherente a la persona. Lo que el legislador quiso garantizar en el artículo 15, al reconocer el derecho a la integridad física y moral, fue el derecho a la integridad personal que comprende una pluralidad de derechos: derecho a la integridad física, derecho a la salud física y mental, derecho al bienestar corporal y psíquico. Desde otra perspectiva, ha sido definido como “el derecho de la persona a no ser sometida contra su voluntad a tratamientos susceptibles de anular, modificar o herir su voluntad, ideas, pensamientos o sentimientos”⁸⁵, o como “una de las expresiones de la dignidad humana, en el sentido de configurar, de forma voluntaria, los pensamientos, las ideas o los sentimientos sin que nadie pueda alterar dicha configuración utilizando métodos o procedimientos contrarios a esa voluntad, entre los cuales, como forma más grave, podríamos incluir la tortura u otros tratos inhumanos o degradantes”⁸⁶.

Se puede decir que en los primeros años de interpretación constitucional no existió una teoría clara de lo que hay que entender por integridad moral, puesto que el Tribunal Constitucional no delimitó positivamente el contenido esencial del derecho. Se encuentran sólo algunas referencias a ciertos modos de

⁸⁵ Vid. GARCÍA MORILLO, J. y otros: *Régimen constitucional español*, Barcelona, 1980.

⁸⁶ Vid. DÍAZ PITA, M. : “El bien jurídico protegido en los nuevos delitos de tortura y atentado contra la integridad moral”, *Estudios penales y criminológicos*, XX, 1997, pp. 34 y ss.

actuación que son lesivos y a determinados valores o derechos con los que está estrechamente relacionado⁸⁷.

En la década de los noventa, el Tribunal Constitucional ha realizado los pronunciamientos más significativos sobre el derecho a la integridad moral. La STC 120/1990, de 27 de junio, señala que el artículo 15 “garantiza el derecho a la integridad física y moral, mediante el cual se protege la inviolabilidad de la persona, no sólo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezcan del consentimiento de su titular”; los tratos inhumanos o degradantes y la tortura “son, en su significado jurídico, nociones graduadas de una misma escala que, en todos sus tramos, denotan la causación, sean cuales fueren los fines, de padecimientos físicos o psíquicos ilícitos e infligidos de modo vejatorio para quien los sufre y con esa propia intención de vejar y doblegar la voluntad del sujeto paciente”. Por tanto, los atentados contra la integridad moral hay que reservarlos para aquellos tratos que impliquen padecimientos físicos y psíquicos ilícitos e infligidos de modo vejatorio para quien los sufre.

En general, el Tribunal Constitucional ha asumido la jurisprudencia establecida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que establece la distinción entre los conceptos de tortura, trato inhumano y trato degradante, en la intensidad del sufrimiento causado. De manera que estas categorías integran una escala gradual, cuyo último nivel estaría constituido por el trato degradante, considerándose tal aquel que provoca en la víctima sentimientos de temor, angustia e inferioridad susceptible de humillarla, envilecerla y, eventualmente, de quebrantar su resistencia física o moral. Es necesario que dicho trato supere el nivel mínimo de severidad, lo que debería ser valorado en última instancia, atendiendo a las circunstancias del caso concreto. A pesar de ello, sí se pueden establecer criterios de valoración general: así, no puede ser determinante la

⁸⁷ Así, la STC 2/1982, de 29 de enero: “ni la libertad de pensamiento ni el derecho de reunión y manifestación comprenden la posibilidad de ejercer sobre terceros una violencia moral de alcance intimidatorio, porque ello es contrario a bienes constitucionalmente protegidos como la dignidad de la persona y su derecho a la integridad moral (artículo 10 y 15 de la Constitución) que han de respetar no sólo los poderes públicos, sino también los ciudadanos”. No define la integridad moral, pero señala que puede ser lesionada por actos violentos o intimidatorios conexos al ejercicio de otros derechos.

mayor o menor bondad o legitimidad de la finalidad pretendida con la medida, sino que hay que atender al medio utilizado para conseguir tal fin.

La jurisprudencia del TEDH cuando interpreta el artículo 3 del Convenio Europeo de 1950, establece que se trata de tres conceptos distintos, estrechamente relacionados, pero que dan lugar a tres prohibiciones independientes. El principal criterio delimitador de los conceptos en cuestión es el de la gravedad de los hechos, aunque en realidad se convierte en el criterio casi exclusivo para graduar los dos comportamientos más graves (tortura y trato inhumano), y es un requisito necesario para medir el trato degradante. Éste puede ser considerado como concepto más autónomo y fácil de definir, en cuanto que el Tribunal ha establecido una doble exigencia para que incida en el ámbito de la prohibición del artículo 3 del Convenio: se requiere un mínimo de gravedad que cree en las víctimas un sentimiento de temor, angustia e inferioridad, susceptible de humillarles, de envilecerle y de quebrantar, en su caso, su resistencia física o moral.

En cambio, en lo que se refiere a la tortura y tratos inhumanos, la delimitación es más compleja: el criterio empleado por el Tribunal es el de la intensidad del sufrimiento causado, de manera que se hablaría de tortura cuando concurren las notas de crueldad y gravedad extrema.

El criterio de apreciación del TEDH opera sobre dos parámetros: uno interno y otro externo. Primero se toma en consideración el contexto circunstancial, es decir, los datos y circunstancias concurrentes en el asunto. Así, la gravedad del sufrimiento se determina en base a factores como la naturaleza del maltrato, duración, efectos físicos y psíquicos, edad, sexo, etc. En segundo lugar, se atiende al contexto sociopolítico en el que se enmarca el asunto. De esta manera se relativiza el concepto de tortura en función de la propia naturaleza del Estado en la que se pone en práctica, sobre todo cuando este tipo de actos son el medio empleado para hacer frente al terrorismo, lo que permite establecer distintos niveles de exigencia sobre la tortura en función de que la misma sea practicada en un Estado dictatorial o en un Estado democrático. Sin embargo, “no es posible ninguna excepción ni la alegación de ninguna causa de justificación para practicarla, ya fueren éstas la lucha contra el terrorismo, la

existencia de un estado de guerra o el cumplimiento de órdenes de un superior o cualquier otra que pudiera imaginarse”⁸⁸.

3 . 2 . El derecho a la información

3 . 2 .1. El derecho a informar y recibir información

La libertad de información es otro de los derechos que se puede ver afectado por la actividad de los servicios de inteligencia y que guarda una importante conexión con la clasificación de las materias que se refieren a la defensa y seguridad nacional como secretas. Tiene esta libertad una vertiente activa (derecho a comunicar información) y otra pasiva (derecho a recibirla)⁸⁹.

El acceso a la información está garantizado por el artículo 20.1.d) de la Constitución. Los ciudadanos tienen derecho a “comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión”. Este derecho tiene su límite en los demás derechos fundamentales reconocidos en la Constitución “y especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y la infancia” (artículo 20.4 CE).

El acceso a esa información está limitado en todos los ordenamientos jurídicos (hemos visto que incluso es difícil proceder a un control adecuado por parte del Parlamento); pero aun así no puede limitarse absolutamente toda la información sobre la actividad de los servicios de inteligencia, porque iría en contra del más elemental principio democrático de control de los poderes públicos; por eso la ley regula el acceso a dicha información de los ciudadanos y su difusión por los medios de comunicación.

“toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o

⁸⁸ Vid. CÁMARA VILLAR, G.: *Derecho Constitucional, Vol. II*. Tecnos, Madrid, p. 87.

⁸⁹ Cfr. RODRÍGUEZ VERGARA, A.: “La libertad de expresión”, en BALAGUER CALLEJÓN, F (Coord.): *Derecho Constitucional, Op. cit.* Vol. II, pp. 142 y ss.

de comunicar informaciones o ideas, sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras” (...). “El ejercicio de estas libertades, que entrañen deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito” (art. 10 CEDH).

Se proclama pues a la libertad de expresión, que a su vez comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o comunicar información, estableciéndose la limitación del derecho en el caso de que “constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática”⁹⁰.

En el ordenamiento jurídico español, la libertad de información comprende el derecho de todo ciudadano a estar informado, recogido en el artículo 20 de nuestra Norma Fundamental. El derecho a estar informado se realiza a través de un doble procedimiento: de un lado, a través de la información general que difunden los medios de comunicación y, de otro, mediante la información que proporciona la Administración pública a solicitud de los ciudadanos. El derecho a estar informado sobre la actividad de los poderes públicos es un requisito imprescindible para dar cumplimiento al mandato constitucional del artículo 9.2 que supone la participación de los ciudadanos en “la vida política, económica, cultural y social” y para poder participar en los asuntos públicos (artículo 23.1 CE).

3. 2. 2. El acceso a la información que obra en los archivos y registros públicos

EL acceso a la información que obra en poder de la Administración es un derecho reconocido en la Constitución y concretado en el artículo 33 de la LPA:

⁹⁰ Un estudio sobre este artículo de la Convención se puede encontrar en FERNÁNDEZ SEGADO, F.: “La libertad de expresión en la doctrina del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 70, 1990.

“En todo Departamento ministerial, organismo autónomo o gran unidad administrativa de carácter civil, se informará al público acerca de los fines, competencias y funcionamiento de sus distintos órganos y servicios, mediante oficinas de información, publicaciones ilustrativas sobre tramitación de expedientes, diagramas de procedimientos... y cualquier otro medio adecuado”.

Como vemos, la obtención de información sobre asuntos concretos puede encontrar su límite en el deber de guardar secreto por parte de quien posee esa información⁹¹. Esto es lo que ocurre con la información declarada “clasificada” o “secreta”:

“los documentos que afecten a materias clasificadas de acuerdo con la Ley de Secretos Oficiales y aquellos que no deban ser públicamente conocidos por disposición expresa de la Ley o porque su contenido pueda entrañar riesgos para la seguridad y la defensa del Estado o para la averiguación de los delitos, quedan excluidos de la libre consulta pública”.

Cabe, sin embargo, solicitar autorización administrativa para tener acceso a los documentos excluidos de consulta pública; dicha solicitud deberá recabarse de la autoridad que declaró el secreto. En este sentido, el artículo 8.a) de la Ley de Secretos del Estado establece que:

“solamente podrán tener conocimiento de las “materias clasificadas” los órganos y las personas debidamente facultadas

⁹¹ El derecho de los ciudadanos a acceder a la información está sujeto a determinadas reglas según la situación de los asuntos que se desee conocer: a) asuntos en tramitación, b) asuntos incorporados a registros públicos, c) asuntos terminados y archivados (se regulan por la Ley 16/1985, artículo 49.2: “forman parte del Patrimonio Documental los documentos de cualquier época generados, conservados o reunidos en el ejercicio de su función por cualquier organismo o entidad de carácter público, por las personas jurídicas en cuyo capital participe mayoritariamente el Estado u otras entidades públicas y por las personas privadas, físicas o jurídicas, gestoras de servicios públicos, en lo relacionado con la gestión de dichos servicios”). Sobre el derecho en cuestión, cfr. POMED SÁNCHEZ, L. A.: *El derecho de acceso a los ciudadanos a los archivos y registros administrativos*, Madrid, 1989; GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ: *Derecho Administrativo*, Tecnos, Madrid.

para ello y con las formalidades y limitaciones que en cada caso se determinen”.

Las limitaciones no sólo se refieren al acceso, sino también a la difusión de esos datos reservados:

“Las actividades reservadas por declaración de Ley y las “materias clasificadas” no podrán ser comunicadas, difundidas, ni publicadas, ni utilizado su contenido, fuera de los límites establecidos por esta Ley. El incumplimiento de esta limitación será sancionado conforme a las leyes penales, si procediere; por vía disciplinaria, en su caso y mediante aplicación de las sanciones administrativas que corresponda” (art. 13 LSE)

Y en el Derecho extranjero, ¿cómo se encuentra regulada esta materia?

Nos vamos a centrar en dos casos particularmente emblemáticos representantes del Derecho Anglosajón: el caso estadounidense y el caso británico. En ambos supuestos, la actividad de los servicios de información escapa del control ciudadano, pero el ordenamiento jurídico mantiene en el derecho a la información la columna vertebral del sistema democrático. Por eso, en la actividad de los servicios secretos chocan el derecho a la información con la defensa nacional y, por eso, la ley ha regulado este derecho de forma exhaustiva.

En EE.UU el derecho a la información está garantizado por la *Freedom of Information Act* de 1966. La Ley garantiza el derecho a solicitar información y obliga al gobierno a concederla con los límites que atañen a la privacidad o a la seguridad nacional.

A comienzos de 1975, el FBI comenzó a desclasificar materias clasificadas como secretas a consecuencia de una multitud de peticiones. Aunque la Ley sobre Libertad de Información entró en vigor en 1967, no se aplicó a los archivos de investigaciones del servicio de inteligencia hasta 1975. Hasta ese momento las enmiendas que se habían presentado a la ley, para impedir el acceso público a los archivos secretos del FBI, habían limitado esa información.

La regla general es que la información se desclasifica por petición tanto de particulares como de organizaciones y con autorización del gobierno federal⁹².

⁹² Con esta ley, se ha dicho que se han terminado los secretos de Estado en Estados Unidos. En la era Clinton, por ejemplo, se desclasificaron más de 400 millones de páginas.

El procedimiento es relativamente sencillo: cuando se recibe una petición se registra y se comprueba si el FBI tiene expedientes sobre el tema y se identifica. Una vez identificado, se copia y esta copia es examinada por un analista que determina si hay alguna parte del expediente que no pueda desclasificarse y justifica esa decisión. De esta forma, la copia que se proporciona puede ir censurada en algunas partes por el “método de la pluma y el marcador”⁹³.

La información disponible para el ciudadano norteamericano es realmente muy amplia⁹⁴. Por la Freedom Information Act, los ciudadanos tienen acceso a cualquier información clasificada, siempre que no afecte a la vida privada de personas o a la seguridad nacional. Por tanto, el ciudadano puede saber a qué se dedican sus servicios de inteligencia⁹⁵.

⁹³ Las informaciones que se censuran se tachan con un rotulador que al fotocopiarlo presenta una mancha negra, pero que permite seguir viendo el original. En la era de la informática se está cuestionando este procedimiento y se está sustituyendo por un proceso automatizado de los documentos que permitirá su difusión en formato electrónico.

⁹⁴ El Gobierno americano está desclasificando cientos de expedientes a los que incluso se puede acceder por Internet, donde se encuentran documentos de la Fuerza Aérea, del FBI, o de la CIA. Esta circunstancia ha hecho que se plantee si, en la era de internet, siguen existiendo secretos. Esta cantidad de información desclasificada por iniciativa del Gobierno, ha inundado la red de demasiada información y ha llevado al Ministerio de Defensa a retirar multitud de documentos.

⁹⁵ El más importante debate sobre la actuación de los servicios de inteligencia interior americanos, vino de la mano del escándalo *Watergate* en la década de los 70. Se han desclasificado centenares de expedientes en los que se comprueba que la Administración Nixon no se limitó a espiar a sus contrincantes del Partido Demócrata, sino que grabó cientos de conversaciones en su propio entorno de la Casa Blanca. Muchas de esas horas de conversación se pueden escuchar en la Web (www.webcorp.com/sounds/nixonarchive.htm). También están las conversaciones entre Nixon y Nikita Kruschchev que pasaron a la historia como “diálogo en la cocina”. Esas informaciones demuestran también que el Presidente mandó investigar, en 1971, a los judíos ricos que apoyaban a los demócratas. Pero, aún hay más: los servicios de inteligencia se han dedicado a investigar fenómenos paranormales como lo prueban los llamados “X-Files” (evidentemente no vamos a comentar esto, pero damos algunas direcciones: <http://foia.fbi.gov/unusual.htm>; <http://foia.fbi.gov/ufo.htm>). La cantidad de información disponible a partir de la Freedom of Information Act, ha propiciado que ONGs hayan creado archivos que ponen a disposición de los ciudadanos y facilitan importantes actuaciones de los particulares; así, por ejemplo, la publicación de los nombres de los judíos víctimas del nazismo ha permitido a los herederos reclamar el importe económico de los bienes incautados. En 1998 los bancos suizos acordaron indemnizar a los judíos. Esto fue posible porque a todos los judíos se les pidió completar una detallada declaración de sus riquezas, incluyendo cuentas bancarias, pólizas de seguros, propiedades y obras de arte, y esas declaraciones se encuentran archivadas y desclasificadas. Otras

informaciones, sin embargo, sólo sirven para alimentar la novela negra, encontrando datos sobre la figura de Ernest Hemingway que comenzó a colaborar con el FBI en 1942 en Cuba, aportando información a los admiradores de Marilyn Monroe, o descubriendo detalles inesperados sobre Rita Hayworth, James Stewart, Frank Sinatra, o Elvis Presley. *Sic.*

En Gran Bretaña la Ley de 2000 sobre Libertad de Información (*Freedom of Information Act*) establece un derecho general de acceso a la información manejada por autoridades públicas sujeto a determinadas limitaciones.

Esta Ley fue aprobada por la Cámara de los Lores el 13 de noviembre de 2001, pero el derecho a la información no tendrá plena efectividad hasta enero de 2005, porque la información irá siendo desclasificada por sectores de forma progresiva. Hasta entonces, el acceso público continuará rigiéndose por la Ley de Informes Públicos de 1958 (*Public Records Act*). Esta ley fue reformada de forma importante en 1967 y, de forma parcial, en numerosas ocasiones a través de reglamentos que introducían cambios menores relacionados con la lista de organismos cuyos informes se sujetan a esta Ley. En el 2000, la ley sobre libertad de información introdujo importantes modificaciones.

Al amparo de la Ley de Informes Públicos, se creó una Oficina de Informes Públicos bajo la dirección del Lord Chancelot que es responsable de la ejecución de la Ley y de la custodia de los informes públicos. Cuenta con un Consejo Asesor sobre la emisión de informes pedidos por particulares y debe presentar un Informe anual ante ambas Cámaras del Parlamento acerca de la actividad de la Oficina.

Los informes sobre las secciones de inteligencia que pueden consultarse en la Oficina de Información Pública están concentrados en los archivos de cada ministerio, porque esos informes se regulan por reglamentos de cada Departamento del que dependan. Por eso, la sección tercera de la ley de 1958 determina que estos archivos no están abiertos al público.

Los distintos departamentos pueden liberar materias clasificadas, sin que dependa de la petición de un ciudadano, sino por iniciativa del propio Ministerio. Aun así, la Ley establece que los documentos mantienen el secreto durante 30 años. La mayoría son desclasificadas el primero de enero 30 años después de la última fecha del último documento del archivo. Ocasionalmente, es posible que algunos permanezcan clasificados por un tiempo mayor de 30 años, (estos se conocen como “*extened clousures*”) y pueden estarlo hasta los 50 o los 75 años.

Las desclasificaciones anuales de informes públicos se conocen como “*new years openings*”.⁹⁶

Un reglamento del Gobierno permite que determinados archivos se puedan desclasificar antes de los 30 años con aprobación del Lord Chancelot. Estos documentos se pueden desclasificar mensualmente.

Pero volvamos de nuevo a España. La Ley de Secretos Oficiales sólo autoriza al Gobierno y a la Junta de Jefes de Estado Mayor a declarar como materias clasificadas “los asuntos, actos, documentos, informaciones, datos y objetos cuyo conocimiento por personas no autorizadas pueda dañar o poner en riesgo la seguridad y defensa del Estado”. La ley especifica que el Gobierno puede negarse a desclasificar documentos aunque sea a petición del TS.

Contiene restricciones a la libertad de información. Si un medio publica algo relativo a un secreto oficial procedente de referencias orales, terceras personas, o bien porque se haya accedido físicamente al documento, la responsabilidad recae directamente sobre la persona. En el caso de que, además, haya entrega física de los documentos, la responsabilidad será de ambos.

El acceso a archivos y registros está regulado por la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas de 1992, que establece el derecho de acceso pero con numerosas restricciones y limitaciones. Así, estarán legitimados para acceder a los archivos públicos los ciudadanos en general, siempre que los expedientes que se consultan se encuentren concluidos. El procedimiento para acceder consiste en una petición individualizada sobre los documentos que se desean consultar, sin embargo no se permite hacer una petición sobre una materia genérica. La Administración puede denegar el acceso en los siguientes casos:

- cuando los documentos contengan datos referentes a la intimidad de las personas, si los documentos incluyen el nombre de éstas, sólo ellas podrán acceder, o bien terceras personas que acrediten un interés legítimo y directo.

⁹⁶ La última tuvo lugar en 2001 (1 de enero) cuando se desclasificaron archivos de 1970, 1950 y 1925.

- cuando los documentos contengan información sobre actos de los Gobiernos central y autonómicos o sobre materia relacionada con la defensa nacional o la seguridad del Estado
- cuando puedan poner en peligro la protección de los derechos y libertades de terceras personas en caso de investigación de delitos
- cuando se trate de documentos que hagan referencia a actuaciones administrativas derivadas de la política monetaria.

3. 2. 3. El secreto profesional

Es un derecho de todos los periodistas a no revelar las fuentes de su información, así como a mantener en secreto las cintas o material utilizado en la investigación. El periodista también puede invocar el derecho al secreto profesional con relación a otros aspectos colaterales, como la forma en que consiguió esa información. Existe un vacío legal porque todavía no se ha dictado ninguna ley orgánica que regule este derecho, a pesar de la previsión constitucional del artículo 20.1.d), : “la ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades”. Se considera que la futura ley que regule el derecho en cuestión debería, además de garantizar la privacidad de las informaciones del periodista, regular los registros judiciales en las sedes de los periódicos o en los domicilios particulares, así como determinar si el secreto profesional exime o no a los periodistas de la obligación que tiene cualquier persona de denunciar algún delito, ya que la no denuncia también es delito⁹⁷.

El secreto profesional a que se refiere el artículo 20 CE ampara el derecho a no revelar la identidad de sus fuentes ni los datos en los que se basa una determinada información. Es un derecho que protege la no revelación de

⁹⁷ Vid. , sobre estas cuestiones, *Debate sobre el secreto profesional de los periodistas*, Centro de Estudios Constitucionales, Colección *Cuadernos y Debates*, núm. 12, 1988.

datos y, en este sentido, se diferencia del derecho recogido en el artículo 24.2 CE:

“La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos”

El secreto profesional se protege, con carácter general, en el artículo 24 CE para toda clase de profesionales (abogados, médicos...), y, con carácter específico para los periodistas, en el artículo 20.2 CE. Tienen distinta naturaleza y protegen distintos bienes jurídicos, pero es destacable la voluntad de la Constitución de proteger singularizadamente el secreto profesional en los periodistas. En este caso, se protege específicamente el derecho a la información⁹⁸.

La Ley de secretos oficiales establece, por otro lado, la prohibición a los medios de comunicación de publicar datos sobre materias declaradas secretas, de manera que la publicación de esos datos, constanding su carácter de secreto, puede dar lugar a la comisión de un delito de revelación de secretos (de los contenidos en los artículos 598-600 CP)⁹⁹.

⁹⁸ El secreto del periodista otorga el derecho a no revelar las fuentes de información incluyendo los llamados “confidentes”, o personas que han proporcionado la información, y los materiales -grabaciones...- que soportan la información. El bien jurídico protegido es el derecho a la información. No se puede exigir la revelación de la fuente de información porque se inutilizarían sus fuentes futuras, se impediría la obtención de información basada en la confianza del confidente. Este derecho no exime de la obligación de denuncia de la existencia de un delito (artículo 262 LECrim); en este caso, el periodista es la propia fuente de información y no puede negarse a declarar ante el juez; si lo hace incurre en un delito de omisión del deber de impedir determinados delitos o de ponerlos en conocimiento de la autoridad (artículo 338 bis CP). El secreto profesional es un derecho fundamental que no puede amparar el encubrimiento de hechos delictivos. De la misma forma, el periodista podría ser llamado a declarar como testigo y, si se niega, incurriría en un delito de desobediencia, pero la constitucionalización del secreto periodístico exonera a éste de esa responsabilidad.

⁹⁹ Vid. CARRILLO, M.: *La cláusula de conciencia y el secreto profesional de los periodistas*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1993, p. 211.

Hay autores que han ubicado este comportamiento en el delito de traición¹⁰⁰, como una forma de espionaje. Realmente la definición del tipo se establecería por el bien jurídico que protege y el problema es, nuevamente, considerar el contenido “militar” del secreto de Estado y, por tanto, si afecta a la seguridad nacional, se consideraría un delito de traición, aunque en la mayoría de los casos la conducta sería subsumible en el delito de revelación de secretos oficiales.

En todo caso, el secreto de Estado es un límite al derecho a la información ante el que no se puede oponer el secreto profesional¹⁰¹, y no afecta a aquellos datos que hayan sido conocidos por la opinión pública por otros medios¹⁰².

3.3. Los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen

¹⁰⁰ Cfr. FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, A.: *El secreto profesional de los informadores*, Tecnos, Madrid, 1990, p. 142.

¹⁰¹ Salvo que de la información secreta difundida se deduzca la comisión de delitos. En este caso, el interés general debe hacer prevalecer la libertad de información sobre la obligación de respetar el secreto (STS de 4 de abril de 1997).

¹⁰² Se trata de una norma internacionalmente recogida que ampara a los periodistas frente a las actuaciones de los poderes públicos. En este sentido, las asociaciones de periodistas han denunciado, en numerosas ocasiones, la ingerencia de los poderes públicos en la labor periodística amparándose en el secreto de Estado. Últimamente, está siendo denunciado el caso del periodista Grigori Pasko, periodista ruso que fue condenado el 25 de diciembre de 2000 a una pena de cuatro años de prisión incondicional, por “alta traición”. El periodista fue encarcelado el 20 de noviembre de 1997, y permaneció detenido cerca de veinte meses acusado por el FSB (antigua KGB) de haber “averiguado secretos de Estado, con el objetivo de transmitirlos a organizaciones extranjeras”. El periodista, que entonces era corresponsal del diario *Boevaya Nakhta*, había filmado escenas de un vertido de residuos líquidos en el mar de Japón. Esas imágenes difundidas por la televisión japonesa sin permiso del periodista, originaron una serie de reacciones diplomáticas importantes, y puso al Gobierno ruso en una “situación incómoda”. El periodista consideró que las informaciones difundidas eran públicamente conocidas y no podían constituir secretos de Estado. Además, la ley rusa sobre los medios de comunicación establece que “cualquier periodista tiene derecho a buscar, solicitar, recibir y difundir información” (artículo 47). Según los artículos 41 y 47 de la Constitución rusa, puede ser motivo de denuncia la retención de información relativa al medio ambiente o a catástrofes que pongan en peligro vidas humanas. Cfr. Informaciones de *Reporteros sin Fronteras* (RSF), de 26 de diciembre de 2001. *Sitio*: <http://www.rsf.fr/esp>.

La Ley Orgánica de control previo del CNI se refiere a los derechos contenidos en el artículo 18.2 y 3, pero no al artículo 18.1, que recoge el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen ni al artículo 18.4, que limita el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos. Ni la Ley reguladora del CNI, ni la Ley orgánica que la acompaña se refieren, por ejemplo, a la protección de datos personales, a pesar de tratarse de ámbitos de libertad susceptibles de ser afectados por la actuación de los servicios de inteligencia. Su control judicial previo, en consecuencia, no ha sido considerado por el legislador.

Esto causa aún más perplejidad por cuanto, si de alguna manera se puede definir la actividad de “espíar”¹⁰³, es como lo hace el artículo 7 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, al describir las diferentes conductas sancionables:

“El emplazamiento en cualquier lugar de aparatos de escucha, de filmación, de dispositivos ópticos o de cualquier otro medio apto para grabar o reproducir la vida íntima de las personas”

“La utilización de aparatos de escucha, dispositivos ópticos, o de cualquier otro medio para el conocimiento de la vida íntima de las personas o de manifestaciones o cartas privadas no destinadas a quien haga uso de tales medios, así como su grabación, registro o reproducción”.

“La captación, reproducción o publicación por fotografía, filme, o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ella”.

¹⁰³ Para ser más precisos, el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define el término “espíar” como: “acechar, observar disimuladamente lo que se dice o se hace. Intentar conseguir informaciones secretas sobre un país o una empresa”.

Claro que en ningún lugar se reconoce, ni nadie dice, que la actividad del CNI sea la de espiar, sino la de “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 o fuera del territorio nacional”¹⁰⁴; es decir obtener información y elaborar inteligencia acerca de asuntos que afecten a la seguridad nacional o que ayuden al Gobierno en la toma de decisiones que, por supuesto, deben tener carácter reservado o secreto. Y, ¿cómo se hace esto, si no es “espiando”? Tal vez por esto, la Ley orgánica no menciona las intromisiones en la intimidad personal que deberían contar con la previa autorización judicial y deberían haberse incluido en ella, de acuerdo con el artículo 8 de la Ley 1/1982:

“No se reputarán, con carácter general, intromisiones ilegítimas de actuaciones autorizadas o acordadas por la Autoridad competente de acuerdo con la ley”.

¹⁰⁴ Cfr. Artículo 4.1.a) de la Ley reguladora del CNI.

La ley piensa en un concepto de privacidad en el que la persona mantenga una vida privada sin interferencias de otras personas, ni del Estado, y con la garantía de que éstos no puedan invadir los aspectos reservados a la vida privada de las personas. Es cierto que la intimidad también puede definirse como el derecho a no ser molestado¹⁰⁵ -lo que nos llevaría a otra serie de consideraciones que no debemos tratar en este lugar-, o como el derecho a guardar la conveniente reserva acerca de los datos de una persona que ésta no quiera divulgar, lo que nos llevaría directamente al artículo 18.4 CE: el derecho a la autodeterminación informativa, que faculta al individuo para decidir, él mismo, por principio, acerca de la entrega y utilización de sus datos personales, y que prohíbe tajantemente el que se puedan acumular datos en reserva para fines indeterminados o por determinar¹⁰⁶. Y no hay ninguna referencia a esto en la Ley.

Como la relación entre el espionaje y el derecho a la intimidad es tan intensa, es por lo que llama tanto la atención el olvido de la Ley Orgánica del Control judicial previo. La inviolabilidad del domicilio y el secreto de las comunicaciones gozan de autonomía dogmática con relación al derecho a la intimidad:

“El art. 18 CE dota de entidad propia y diferenciada a los derechos fundamentales a la intimidad personal y familiar (art. 18.1) y a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2)”, STC 119/2001, FJ 6.

Todo ello sin desconocer, por supuesto, la honda relación existente entre todas estas categorías jurídicas:

¹⁰⁵ Este fue precisamente el origen del reconocimiento del derecho a la intimidad, *the right to privacy*. Dos abogados de Boston, S. D. Warren y L. D. Brandeis, publican un artículo en 1890 (“The right to privacy”, en *Harvard Law Review*, 4, 1890-1891), en el que hablan de un derecho que más tarde sería recogido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo americano como el derecho *to be let alone*, a ser dejado sólo, en paz, a obtener la protección de su vida privada. Vid. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P.: “El derecho a la intimidad”, y FERNÁNDEZ SEGADO, F.: “La dinamización de los mecanismos de garantía de los derechos y de los intereses difusos en el Estado social”, ambos en *Estudios de Derecho Público. Homenaje a Juan José Ruiz-Rico*, vol. I, Op. Cit.

¹⁰⁶ Vid., sobre estos temas los estudios de LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P.: *El derecho a la autodeterminación informativa*, Tecnos, Madrid, 1990; “Informática y protección de datos personales”, *Cuadernos y Debates*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

“La protección constitucional del domicilio es una protección de carácter instrumental, que defiende los ámbitos en que se desarrolla la vida privada de la persona. Por ello existe un nexo de unión indisociable entre la norma que prohíbe la entrada y registro en el domicilio (artículo 18.2 de la Constitución) y la que impone la defensa del ámbito de la privacidad (artículo 18.1 de la Constitución)”, STC 22/1984, de 17 de febrero.

Aun siendo cierto que los actos públicos en lugares abiertos no entran en la esfera de la intimidad, caben plantearse supuestos de seguimientos reiterados a una persona que permiten conocer sus hábitos y costumbres y que pueden herir la privacidad de ésta; o la utilización de datos informáticos que, al cruzarlos, permiten conocer aspectos privados y protegidos constitucionalmente¹⁰⁷, por ejemplo, la instalación de una microcámara oculta dentro del vehículo privado de una persona, que afecta a su derecho a la intimidad (art. 18.1), pero no a su libertad domiciliaria (art. 18.2), etc. Permitir sin limitación alguna, los seguimientos reiterados durante larguísimo tiempo de una persona, que nos permitan conocer aspectos de su privacidad, nos convertiría a todos en sospechosos. Las actuaciones del CNI, en este sentido, se justifican por el criterio de “la seguridad del Estado” y el “cumplimiento de sus funciones”. Lo que ocurre es que esta circunstancia no es ponderada por ningún órgano judicial que permita controlar la proporcionalidad de la actuación, por lo que debería determinarse, en cada caso, si el derecho fundamental puede ceder ante la actuación del CNI¹⁰⁸.

¹⁰⁷ Sobre las conexiones entre el derecho a la intimidad y el secreto de las comunicaciones, *vid.* MARTÍN MORALES, R.: *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*, cit.

¹⁰⁸ Hay otras actividades que la ley regula y que pueden afectar al derecho a la intimidad, como pueden ser la de los detectives privados que, lógicamente utilizan para sus investigaciones datos informáticos, o indagaciones sobre las actividades de las personas fuera de sus domicilios, pero nosotros estamos fuera de los casos de investigaciones por detectives privados. Esta actividad se encuentra regulada en nuestro país desde 1951. En la actualidad se rige por la Ley 23/1992, de 30 de julio de Seguridad Privada, desarrollada por otras normas reglamentarias: Real Decreto 2364/1994, de 9 de diciembre por el que se aprueba el Reglamento de Seguridad Privada; la Orden de 7 de Julio de 1995 sobre personal; la Orden de 16 de enero de 1996 por la que se delegan determinadas atribuciones en materia

Sobre las labores de seguimiento y observación de personas sospechosas, el Tribunal Supremo ha dicho lo siguiente:

de seguridad privada en los Directores Generales de la Policía y la Guardia Civil. La ley detalla las funciones de los detectives privados en los artículos 19 y 20. Los detectives privados, a solicitud de personas físicas o jurídicas, se encargarán: a) de obtener y aportar información y pruebas sobre conductas o hechos privados; b) de la investigación de delitos perseguibles sólo a instancia de parte por encargo de los legitimados en el proceso penal. A los efectos de la ley, se consideran conductas o hechos privados los que afectan al ámbito económico, laboral, mercantil, financiero y, en general, a la vida personal, familiar o social, exceptuada la que se desarrolla en los domicilios o lugares reservados. Los detectives privados no pueden realizar investigaciones sobre delitos perseguibles de oficio, debiendo denunciar inmediatamente ante la autoridad competente cualquier hecho de esta naturaleza que llegara a su conocimiento, poniendo a su disposición toda la información y los instrumentos que pudieran haber obtenido relacionados con dichos delitos. Desde luego, en ningún caso, podrán utilizar para sus investigaciones medios técnicos que atenten contra el honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen, o al secreto de las comunicaciones.

“mediante la percepción visual y directa de las acciones que realizan en la vía pública o en cualquier otro espacio abierto (...) la captación de imágenes se encuentra autorizada por la ley en el curso de una investigación criminal siempre que se limite a la grabación de lo que ocurre en espacios públicos fuera del recinto inviolable donde tiene lugar el ejercicio de la intimidad. Por ello, cuando el emplazamiento de aparatos de filmación o de escucha invada el espacio restringido reservado para la intimidad de las personas, sólo puede ser acordado en virtud de mandamiento judicial que constituye un instrumento habilitante para la intromisión en un derecho fundamental. No estarían autorizados sin el oportuno placet judicial, aquellos medios de captación de la imagen o del sonido que filmaran escenas en el interior del domicilio, prevaleciendo de los adelantos y posibilidades técnicas de estos aparatos grabadores, aun cuando la captación tuviera lugar desde emplazamientos alejados del recinto domiciliario” (STS -Sala 2ª- de 6 de mayo de 1993¹⁰⁹).

Pero aunque el Tribunal Supremo supedita la legitimidad de la actuación a que no se trate de una captación “domiciliaria”, existen otros tipos de captaciones derivadas de seguimientos intensivos susceptibles de violar el apartado 1º del artículo 18 CE. No se trata, obviamente, de que no se puedan practicar seguimientos, sino de que, cuando éstos son muy intensos y, sobre todo, muy prolongados en el tiempo, deberían contar con autorización judicial.

El caso de *las escuchas del CESID* sobre la interceptación de comunicaciones de forma aleatoria, grabando y almacenando conversaciones, fue un caso paradigmático en nuestro país que ha dado lugar a la reforma de los servicios de inteligencia españoles, y en el que la jurisprudencia hizo el trabajo al legislador de la Ley reguladora del CNI al centrar la cuestión en el respeto a los derechos fundamentales y, en concreto, en el derecho a la intimidad. La

¹⁰⁹ Hasta el año 1988, la LECrim no se refería a la intervención de teléfonos pero sí autorizaba “la detención de la correspondencia privada, postal y telegráfica que el procesado remitiera o recibiera y su apertura y examen”. La Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo añadió varios apartados a la LeCrim; pero hasta ese momento se dio en España una situación de *reformatio in peius ex Constitutionen*, en materia de interceptación de conversaciones telefónicas. Esto hizo que tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo elaboraran una doctrina jurisprudencial relativa a la autorización judicial, a partir del valor normativo de la Constitución. Vid. RAVENGA SÁNCHEZ, M.: “Servicios de Inteligencia y derecho a la intimidad”, *op. Cit.* p. 72.

seguridad nacional nunca puede erigirse en causa de justificación que legitime conductas que vulneren derechos fundamentales.

Frente a las querellas presentadas por varios afectados por las escuchas, la sentencia de la Sección 15 de la Audiencia Provincial de Madrid (Sentencia de 26 de mayo de 1999), que condena a los encausados, basa su motivación, precisamente, en el sistema de garantías de los derechos establecido en la Constitución. Esta jurisprudencia pasa por encima de actitudes *contra constitutionem*, tanto de los órganos judiciales como de los propios agentes del CESID.

De los primeros, al revocar el Auto de sobreseimiento dictado por el Juzgado de Instrucción que tramitó las primeras diligencias (Auto del Juzgado de Instrucción núm. 43 de Madrid, de 6 de febrero de 1996, en las diligencias previas 4297/1995). Este Auto argumentaba que el carácter aleatorio e indiscriminado de las escuchas excluía el dolo necesario para la aplicación del tipo, y que entre las funciones de los servicios de inteligencia se encuentran la realización de ciertas actividades sin establecer cuales deben ser los medios a utilizar para su consecución (*sic*).

De los segundos, porque existía una convicción subjetiva entre los encausados de no estar actuando al margen de la ley¹¹⁰.

¹¹⁰ En el Acta del juicio seguido en la jurisdicción militar contra Juan Alberto P. P., y aportado a la defensa de éste como prueba documental, dentro de una declaración prestada por el agente del CESID Rafael M. D., se lee: “Una operación es una actividad demandada de un área, dependiente de una División, aprobada por el director, que para su ejecución necesita medios especiales. Preguntado (por la defensa del acusado) si estos medios especiales pueden ser vigilancias, penetraciones en domicilios, escuchas, contactos o secuestros, si son misiones o procedimientos dijo que son procedimientos específicos de la agrupación para conseguir la misión... esos procedimientos son los que están en la doctrina”. La Sentencia que condena a varios agentes del CESID como autores de un delito de interceptación ilegal de comunicaciones, de la Audiencia Provincial de Madrid, 227/1999, de 26 de mayo, entre los antecedentes de hecho recoge la siguiente consideración sobre la “doctrina”: “Ésta, claramente, refleja un estado de cultura, al menos en las materias que aquí interesan, caracterizado por un débil sentido de la legalidad, que tiene también elocuente expresión práctica en esa misma doctrina de la seguridad nacional o de la defensa del Estado que late en los argumentos del auto de archivo dictado en su día en esta causa por el Juez de Instrucción, en la singularidad de la acusación de la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en los razonamientos autojustificativos de los acusados y en algunos argumentos de las defensas. Estado de cultura acreditado por un consistente acervo probatorio y que deberá tomarse en consideración al valorar la relevancia que deba darse a la conciencia de actuar conforme a la legalidad, reiteradamente invocada por los acusados”.

El Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, de 10 de mayo de 1996, aclara que, aunque ningún derecho sea ilimitado, “una cosa es que el derecho a la intimidad no tenga el carácter de absoluto, y otra muy distinta que se le vacíe totalmente de contenido, que es la inaceptable conclusión que se acaba sentando en el Auto de Archivo impugnado (...) Parece desprenderse de la argumentación que el derecho a la intimidad colisiona con otros derechos fundamentales que no se especifican, pero que estarían implícitos en las misiones propias del CESID. En el Auto se hace referencia a “los intereses de la seguridad nacional”, a “los intereses constitucionalmente relevantes”, a “los potenciales enemigos del Estado” y a otras expresiones similares. No se cita, pues, ningún derecho fundamental en concreto. Las referencias se hacen a conceptos vagos y difusos, sin especificar indicios reales de peligro para derechos o bienes jurídicos fundamentales”.

Esta jurisprudencia hace referencias frecuentes a la doctrina del TEDH, en concreto a la sentencia de 6 de septiembre de 1978 (caso Klass) donde se afirma, por ejemplo, que:

“Las sociedades democráticas se encuentran amenazadas en nuestros días por formas muy complejas de espionaje y por 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”.

Pero, si se puede ser relativamente ambiguo en los conceptos de seguridad nacional, amenaza, necesidad, etc, en cambio hay que ser muy exigentes en cuanto a los controles y en cuanto a las medidas limitativas de derechos fundamentales. Por esta razón, en el supuesto que estamos contemplando, se puede alegar el derecho a la intimidad y a la propia imagen, y la Ley Orgánica 4/1997, de 4 de agosto, por la que se regula la utilización de cámaras de videovigilancia en lugares públicos por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (*Ley de videovigilancia*). El artículo 3 de esta ley sujeta la instalación de videocámaras en la vía pública a un régimen de autorización que corresponde

a un órgano colegiado presidido por Magistrado “y en cuya composición no serán mayoría los miembros de la administración autorizante”.

El artículo 6.5 prohíbe la utilización de videocámaras en relación con el interior de las viviendas o sus vestíbulos, salvo consentimiento del titular o autorización judicial, así como en lugares públicos cuando se afecte de forma directa y grave a la intimidad de las personas.

También la captación indiscriminada de imágenes en la vía pública es rechazable, porque pueden quedar al descubierto aspectos íntimos de las vidas de las personas, por lo que se puede afirmar que la vigilancia en lugares públicos no siempre es una actividad neutra, y, por eso, la Ley Orgánica 4/1997 establece garantías para la realización de esta actividad.

Las mismas garantías exigidas para las autorizaciones judiciales en el transcurso de un proceso penal o, como en este caso, fuera del proceso penal, deberían valer para las operaciones de inteligencia si no se quieren dejar resquicios que debiliten el sistema de protección de los derechos fundamentales.

3. 4. El derecho a la autodeterminación informativa con relación al uso de la informática

El artículo 18.4 CE encarga al legislador la regulación del uso de la informática de forma que quede garantizado el acceso a la autodeterminación informativa y a la intimidad.

“La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”.

La Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal ¹¹¹, fue derogada por la Ley

¹¹¹Sobre esta ley *vid.* LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P.: *Informática y protección de datos de carácter personal. (Estudio sobre la ley orgánica 5/1992, de 29 de octubre de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal)*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal¹¹², para adaptar la legislación española a la Directiva 95/46, de 24 de octubre, relativa a la protección de las personas físicas en lo que se refiere al tratamiento de datos personales y la circulación de los mismos¹¹³. A su vez, la Ley 15/1999, fue declarada parcialmente inconstitucional por la STC 292/2000, de 14 de diciembre.

¹¹² Vid. CASCAJO CASTRO, J. L.: “Motivos de inconstitucionalidad de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal”, en *Estudios de Derecho Público. Homenaje a Juan José Ruiz-Rico*, op. Cit .

¹¹³ DOCE L281/1995, de 23 de noviembre. La preocupación de los Estados europeos por la informática fue temprana y, sin embargo, esto no se tradujo en una legislación adecuada para proteger derechos fundamentales de las personas. Esta reticencia se trasladó al ámbito europeo e impidió que se elaborara una legislación uniforme a través de una Directiva. Por eso, hasta 1995 no se aprueba la Directiva 95/46/CE, de protección de datos como texto comunitario de mínimos. La Directiva establece un derecho imperativo para adaptar las legislaciones europeas, pero son normas que, en general habría que reforzar para garantizar la protección de derechos fundamentales en el tratamiento de datos. Así, contrariamente a lo que pudiera pensarse, la Directiva de protección de datos no aspira a limitar el tratamiento y cesión de los mismos, sino que pretende garantizar la libre circulación de los datos personales entre los Estados, por entender que sólo de esta forma se establecen las bases para la igualdad de los Estados y para el progreso económico y social. Y en cuanto a los derechos, se garantizan aquellos que constituyen el contenido esencial de la protección de datos; así, el derecho de información, el de acceso, el de oposición al tratamiento, los de rectificación, cancelación y bloqueo de datos. A la directiva se le ha criticado su indefinición, traducida en numerosas excepciones y limitaciones al ejercicio de los derechos, así como la utilización excesiva de conceptos jurídicos indeterminados. La Directiva es consciente de los problemas que suponen para los Estados el control de tecnologías que cada vez van más deprisa y a las que las técnicas jurídicas apenas pueden dar alcance. Por eso, consciente del imparable progreso tecnológico, hace una referencia importante al sector de las comunicaciones representados por Internet. Aunque a éste fenómeno nos referiremos a continuación, queremos resaltar aquí cómo a partir de la aparición de Internet, la protección de datos personales necesita de nuevos instrumentos jurídicos que permitan conciliar la protección de datos con la utilización por los ciudadanos de estas novedosas técnicas de relación y trabajo. Así, como una normativa sectorial complementaria de la Directiva 95/46/CE, se aprueba la Directiva 97/66/CE de protección de datos personales en el sector de las telecomunicaciones, que a su vez será adecuada a la realidad tecnológica europea mediante otra Directiva que adapte estas normas de protección de datos a los últimos y más novedosos avances en las comunicaciones electrónicas.

La protección frente a la informática se puede considerar que forma parte de la protección del derecho a la intimidad.¹¹⁴ La informática posibilita la transformación de informaciones dispersas en una información sistematizada (lo que ha hecho que se llegue a hablar de un poder social informático). Estas circunstancias han planteado en el mundo del Derecho una visión distinta del derecho a la intimidad. El mundo de la inteligencia artificial ha posibilitado la acumulación ilimitada de informaciones que pueden ser memorizadas o transmitidas; por eso, al poder social informático se ha contrapuesto la libertad informática. Esta no se entiende ya como el derecho a la intimidad como lo hemos definido, no es ya un derecho a negar la información sobre sí mismo, sino un derecho a pretenderla, de disponer de la información, de preservar la identidad informática, de consentir, controlar y rectificar los datos informáticos concernientes a la propia personalidad; el derecho a la autodeterminación informativa en relación al uso de la informática consiste “en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso. Estos poderes de disposición y control sobre los datos personales, que constituyen parte del contenido del derecho fundamental a la protección de datos se concretan jurídicamente en la facultad de consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos personales, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como su uso o usos posibles, por un tercero, sea el Estado o un particular. Y ese derecho a consentir el conocimiento y el tratamiento, informático o no, de los datos personales, requiere como complementos indispensables, por un lado, la facultad de saber en todo momento quién dispone de esos datos personales y a qué usos los está sometiendo, y, por otro lado, el poder oponerse a la posesión y usos”(STC 292/2000, FJ 6 y 7).

¹¹⁴ Sobre su consideración como derecho independiente, la doctrina es ya abundante, *vid.*, entre otros, LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P.: “El derecho a la intimidad”, *cit.*; *El derecho a la autodeterminación informativa*, *cit.*; FERNÁNDEZ SEGADO, F.: “La dinamización de los mecanismos de garantías de los derechos”, *cit.*

Pues bien, la L. O. 2/2002 tampoco incluye dentro de su ámbito de aplicación, y por tanto del control judicial en ella establecido, las actuaciones del CNI que pudiesen afectar al apartado cuarto del art. 18 CE.

Esto no quiere decir que este derecho no pueda sufrir modulaciones, en algunos de los ámbitos que protege, en relación a los servicios de inteligencia

“Lo dispuesto en los apartados 1 y 2 del artículo 5 no será aplicable a la recogida de datos cuando la información al afectado cuando afecte a la Defensa Nacional, a la seguridad pública o a la persecución de infracciones penales”(art. 24 de la Ley)¹¹⁵.

3. 5. El derecho al secreto de las comunicaciones

Lo anterior nos lleva a la consideración de que “si todo régimen jurídico es siempre lento y perezoso para adaptarse a las exigencias del objeto regulado, el de las comunicaciones y el de la protección del secreto de las mismas, se encuentra en un desfase cada vez más insalvable conforme el despliegue tecnológico va ensanchando el círculo del objeto y de los sujetos implicados”¹¹⁶.

En cierta forma los Estados se ven impotentes para hacer frente a determinados fenómenos de carácter global; sus instrumentos de control político, económico y cultural, sirven de poco en un mundo interconectado y sin fronteras. El Estado de Derecho, sometido al principio de legalidad (que impone procedimientos legislativos lentos en una sociedad que se mueve en *tiempo real*),

¹¹⁵ Éstos son los apartados a que se refiere el precepto:

“1. Los interesados a los que se soliciten datos personales deberán ser previamente informados de modo expreso, preciso e inequívoco: a) de la existencia de un fichero o tratamiento de datos de carácter personal, de la finalidad de la recogida de éstos y de los destinatarios de la información; b) del carácter obligatorio o facultativo de su respuesta a las preguntas que les sean planteadas; c) de las consecuencias de la obtención de datos o de la negativa a suministrarlos; d) de la posibilidad de ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición; e) de la identidad y dirección del responsable del tratamiento o, en su caso, de su representante.

2. Cuando se utilicen cuestionarios u otros impresos para la recogida, figurarán en los mismos, en forma claramente legible, las advertencias a que se refiere el apartado anterior”

¹¹⁶ Vid. BALAGUER CALLEJÓN, F.: *Prólogo*, a MARTÍN MORALES, R.: *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*, Civitas, Madrid, 1995.

es un mecanismo lento que no reacciona ante la realidad en constante cambio que el Derecho debe regular.

Desde 1998 se viene hablando de una inmensa y antigua red de espionaje electrónico montada por Estados Unidos y los países de la Commonwealth, en la que probablemente participen países europeos como Francia o Alemania, conocido con el nombre de *red Echelon*.

Esta red traería su origen en la inteligencia militar de la Segunda Guerra Mundial. Los aliados formaron una red de inteligencia denominada SIGNINT (Inteligencia de Señales) para interceptar señales alemanas y japonesas. Después de la guerra, la inteligencia militar se hizo necesaria para hacer frente al bloque del Este; EE.UU, Reino Unido, Canadá, Australia y Nueva Zelanda, en 1948, aprobaron el Tratado UKUSA (Reino Unido-USA). Por este Tratado se establecía una comunidad de inteligencia de las comunicaciones en las que se ponían en común las instalaciones y métodos de los distintos servicios de inteligencia.

La red Echelon intercepta señales de comunicación existente es el espacio radiofónico mediante grandes estaciones de radio y de una red propia de satélites de espionaje, que sirven para el rastreo de las comunicaciones que se produzcan por satélites, cables o antenas. Este tipo de sistemas de vigilancia se denomina “Inteligencia de las comunicaciones”.¹¹⁷

De los iniciales objetivos de ámbito estrictamente militar, se pasó a objetivos económicos y a intereses nacionales, sirviendo para adoptar posiciones estratégicas en las rondas de negociación de los acuerdos GATT sobre libre comercio, o para desbancar a competidores industriales europeos frente a las industrias de sus propios países. Los objetivos militares pasan a ser objetivos políticos.

¹¹⁷ La red Echelon está programada para alertar cuando en una comunicación se detectan palabras “peligrosas” para la seguridad nacional. Está preparada para interceptar en media hora hasta cerca de mil millones de mensajes, que luego son filtrados para extraer los datos de interés para cada país; la aparición de palabras como “terrorismo”, “bombas” o “antrax” es motivo de alarma.

Pero, aparte de la red Echelon, en Europa ha habido otros intentos de crear sistemas de inteligencia de las comunicaciones. El Informe del Parlamento europeo, sobre la utilización de redes de inteligencia electrónica, analiza el ámbito jurídico europeo acerca de si es compatible un sistema similar con la legislación europea y si los derechos fundamentales de los ciudadanos europeos están protegidos frente a las actividades de los servicios de inteligencia.¹¹⁸

A nivel comunitario no existen normas que regulen esta materia porque no se trata de competencias de las instituciones comunitarias. Las Directivas que hemos señalado más arriba sobre protección de datos personales y sobre intimidad de las comunicaciones¹¹⁹ excluyen expresamente su aplicación a este terreno.

¹¹⁸ El Parlamento europeo no se ha pronunciado de forma oficial sobre la red Echelon, pero sí lo ha estudiado y ha producido algunos documentos de trabajo, no oficiales. Algunos Parlamentos de Estados miembros han tratado el problema de las redes de espionaje (como el Parlamento de los Países Bajos, y recientemente el Senado español, con ocasión del debate de las leyes que estamos estudiando, *vid.* BOCG, 2 de abril de 2002). Otros, como el caso británico, negaron la existencia de la red desde el principio. En la actualidad parece que ya nadie la cuestiona, y lo cierto es que, a través de ella se conculcan derechos fundamentales aparte de que cualquier ciudadano puede ser considerado sospechoso de ser terrorista y sus faxes, conversaciones telefónicas y correos electrónicos controlados, desde los propios Estados democráticos. La Presidenta del Parlamento Europeo, Nicole Fontaine, se quejaba de esta actitud de los Estados en unas declaraciones al *The New York Times* (12 de febrero de 2000): “Tenemos todas las razones para estar *shoqueados* por el hecho de que esta forma de espionaje, que viene funcionando desde hace años, no ha impulsado ninguna protesta oficial”.

¹¹⁹ Directivas 95/46/CE, de 22 de octubre y 97/66/CE, de 15 de diciembre.

Por la misma razón el Tribunal de Justicia no puede pronunciarse sobre este tema al no tratarse de competencias contenidas en los Tratados, y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión europea de 7 de diciembre de 2000, que podría haber servido al Tribunal como base para proteger los derechos de los ciudadanos europeos, no cuenta con la suficiente fuerza jurídica porque insiste en su carácter político para servir exclusivamente de cimiento de la ciudadanía de la Unión¹²⁰. Tan sólo si estos sistemas de espionaje se dedicasen a objetivos económicos de información, para favorecer a industrias del propio país en detrimento de otras, el sistema caería en el ámbito comunitario, al no usarse con fines de seguridad nacional.

La interceptación de conversaciones telefónicas mantenidas en un domicilio puede requerir la colocación de dispositivos adecuados, por lo que habrá una previa restricción de la inviolabilidad domiciliaria. Y, por supuesto, la protección del derecho al secreto de las comunicaciones es independiente del cauce tecnológico por el que se haga¹²¹.

En materia de secreto de las comunicaciones, cuando se trata de enjuiciar la actuación de los servicios de inteligencia, la doctrina del TEDH ha sido determinante. En España, la doctrina del Tribunal Europeo ha sido profusamente utilizada en el ya referido caso de las escuchas del CESID sobre todo en lo que se refiere al concepto de seguridad nacional y limitación de derechos fundamentales, en especial, del derecho a la intimidad.

¹²⁰ Los artículos 52 y 53 de la Carta establecen que “en la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la protección de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su contenido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio. Esta disposición no impide que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa”, y, en cuanto a los niveles de protección, “ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho Internacional y los Convenios Internacionales de los que son parte la Unión, la Comunidad o los Estados miembros, y en particular el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como por las Constituciones de los Estados miembros”.

¹²¹ Cfr: STC 34/1996, de 11 de marzo; STS (Sala 2ª), de 8 de febrero de 1999.

El caso alemán es paradigmático, porque su Constitución ha sido reformada en dos ocasiones en relación, precisamente, a la intervención en los derechos al secreto de la correspondencia y las comunicaciones por los servicios secretos. La primera reforma fue en 1968. En Alemania, desde después de la Segunda Guerra Mundial, las fuerzas de ocupación interceptaban la correspondencia y las comunicaciones, hasta 1955, después de cesar la ocupación aliada ¹²². La última reforma, en este sentido, se realizó en 1998.

El artículo 10 de la Ley Fundamental antes de 1968 tenía la siguiente redacción:

“El secreto de la correspondencia y de las comunicaciones es inviolable. Las limitaciones a este derecho sólo podrán establecerse en virtud de una ley”.

La Ley de reforma de 24 de junio de 1968, modificó este artículo 10 en el siguiente sentido:

“El secreto de la correspondencia y de las comunicaciones es inviolable.

Las limitaciones a este derecho sólo podrán establecerse en virtud de una ley. En el caso de que la limitación tenga como finalidad la protección del orden fundamental liberal democrático o la garantía de la existencia de la Federación o de un Land, la ley podrá establecer que no se informe a los afectados y que el control por los tribunales sea remplazado por el efectuado por órganos creados al efecto por la representación popular”.

¹²² Según el Convenio de 28 de mayo de 1952, los derechos de las tres fuerzas de ocupación incluían el control de las comunicaciones como forma de proteger a las fuerzas armadas establecidas en el territorio alemán. Este control desaparecería cuando las autoridades alemanas competentes hubieran obtenido poderes similares en virtud de la legislación alemana, permitiéndoles tomar las medidas necesarias para proteger la seguridad de estas fuerzas. El 27 de mayo de 1968 las fuerzas de ocupación estimaron que la Ley de Reforma constitucional del artículo 10 de la Ley Fundamental, cumplía los requisitos del Convenio de 1952. *Vid.* GÓMEZ ORFANEL, G.: “Domicilio y escuchas. La reforma constitucional alemana de 1998”, en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 3, 1998.

Esta reforma tenía la intención de permitir las investigaciones telefónicas realizadas por los servicios de inteligencia con carácter preventivo y sin control judicial con el objetivo de defender el orden constitucional y la seguridad del Estado. Por tanto, los servicios de defensa de la Constitución de la Federación y de los Landers, y los servicios de información, podrían abrir la correspondencia y escuchar y grabar conversaciones, cuando existieran fundamentos objetivos para la sospecha de que alguien planeara cometer delitos de traición, de puesta en peligro del Estado de Derecho, o contra la Nación¹²³.

Los órganos de dirección de estos servicios debían solicitar autorización para realizar esta actividad al máximo dirigente del Land, o al Ministro de la Federación competente, por un período no superior a tres meses. La ley establecía expresamente que no sería necesario informar a la persona afectada de que había sido objeto de investigación, así como que no sería necesario el control judicial de la medida, ni en cuanto a la autorización, ni en cuanto al levantamiento de la misma¹²⁴.

En la década de los setenta esta regulación planteó los primeros problemas a raíz de las intervenciones de los servicios de inteligencia en algunos casos que tuvieron una repercusión pública importante y que dieron lugar a los principales pronunciamientos judiciales sobre este tema. Esta jurisprudencia vino precedida de una polémica doctrinal y social que se agravó con el tiempo por el desarrollo y sofisticación en los medios de escucha e investigación que obliga al Derecho a dar respuestas a estas situaciones, y porque la Ley de 1968 incidía en tres elementos esenciales para la garantía del derecho en cuestión: 1º) la exclusión de la vía judicial, 2º) la falta de comunicación a los afectados y 3º) el atentado al contenido esencial del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones por cuanto no existiría proporcionalidad en la medida adoptada. Todo ello, por no mencionar que se trataría de conductas cuya investigación podría corresponder a la policía. A estos problemas se añade aún otro más: la

¹²³ Ley de 13 de agosto de 1968, que desarrolló el artículo 10 de la Ley Fundamental.

¹²⁴ El único control que la ley preveía era el parlamentario ya que se establecía que el ministro competente informaría cada seis meses a una Comisión creada en el *Bundestag*.

consideración de que estas actuaciones no sólo afectarían a sospechosos de tales actividades, sino también a personas no sospechosas que no pueden reaccionar acudiendo a la vía judicial.

Frente a esta ley se interpuso recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional que se pronunciaría en la Sentencia de 15 de diciembre de 1970, conocida como *Sentencia de las escuchas*.

El Tribunal Constitucional no admitió la inconstitucionalidad de la ley. Consideró que la comisión parlamentaria reunía las condiciones necesarias por cuanto se exigían requisitos similares a los de un órgano jurisdiccional, ya que a su Presidente se le pedían las mismas condiciones que para ser juez, sus miembros no estaban sometidos a mandato y ejercían esta función por un período limitado de tiempo. Tres miembros del Tribunal emitieron un voto particular considerando que la reforma era inconstitucional por cuanto los principios del Estado de Derecho y de la división de poderes quedaban lesionados, se niega una protección jurídica que en el sistema de división de poderes corresponde al Poder Judicial, y las actuaciones previstas afectan no sólo a enemigos de la Constitución, sino también a personas no sospechosas y a terceros no participantes.

Varios de los particulares afectados por la sentencia recurrieron ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (entre ellos Gerhard Klass), alegando que la ley de reforma del artículo 10 de la Ley Fundamental y la ley de desarrollo, vulneraba los artículos 8, 13 y 6 del convenio de Roma. La sentencia del TEDH, adoptada por unanimidad, de 6 de septiembre de 1978 (caso Klass y otros), resolvió que no se habían vulnerado estos artículos del Convenio, pero incluye importantes consideraciones jurídicas. El Tribunal examina el secreto de las comunicaciones para definir los límites del derecho. Considerando legítimo el establecimiento de límites para salvaguardar una serie de bienes, entre los que se encuentra la seguridad nacional y la prevención del delito. Pero lo que nos interesa ahora es el pronunciamiento del Tribunal en relación a los controles: es preferible un control de naturaleza judicial a otros de naturaleza administrativa o política:

“Las injerencias del Poder Ejecutivo a los derechos individuales han de quedar sometidas a controles eficaces, cuya realización

debe ser confiada, al menos en último extremo, al Poder Judicial, pues es dicho Poder quien ofrece las mejores garantías de independencia, imparcialidad y procedimiento legal”.

De otro lado, en aras de la seguridad jurídica, el Tribunal se muestra muy exigente con la necesidad de que la medida limitadora venga establecida por la ley. El artículo 8 del Convenio establece 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 esta frase no es una simple remisión a una ley nacional, sino que se refiere a la calidad de la propia ley. “La ley debe ser lo suficientemente clara como para dar a los ciudadanos noticias suficientes de las circunstancias en que las autoridades quedan investidas de la facultad de recurrir a la interferencia secreta. El grado de precisión de la ley dependerá de las peculiaridades de la materia, pero sería contrario al principio del imperio de la ley equiparar la discrecionalidad a la ausencia de límites”.

Pero la polémica más importante se vivió en Alemania a raíz del caso *Traube*¹²⁵, que provocó finalmente la reforma de la Constitución, en 1998, la cual, si bien mantuvo la redacción del artículo 10, cuya constitucionalidad había quedado determinada, modificó profundamente el artículo 13 de la Ley Fundamental:

“Si determinados hechos fundasen la sospecha de que alguien hubiese cometido un delito especialmente grave previsto específicamente por la ley, podrán colocarse, para la persecución del delito y con autorización judicial, medios técnicos para la vigilancia acústica de los domicilios en que previsiblemente permanezca el inculpado, cuando la investigación de los hechos

¹²⁵ Al amparo de lo establecido en la ley de desarrollo del artículo 10 de la Constitución, los agentes del servicio de Defensa de la Constitución, habían sometido a vigilancia al científico nuclear Dr. Klaus Traube, penetrando en su domicilio, aprovechando su ausencia por vacaciones, fotografiando documentos personales y colocando micrófonos. Esta vigilancia se extendía sobre su correspondencia, su actividad laboral, sus ingresos, su familia, y sus amistades. Se alegaba que muchas de sus amistades eran simpatizantes de núcleos terroristas. En el fondo, lo que preocupaba era su actividad profesional y, en concreto, que pudiera entregar material nuclear o, incluso una bomba atómica. Pero no existía cobertura legal para las actividades que se estaban desarrollando, con independencia de la necesidad de las mismas. Deberían haber sido, en todo caso, conductas investigadas por la policía. Por eso la reforma de 1998 se centró en este artículo.

resultase de otro modo desproporcionadamente dificultosa o sin perspectivas de éxito. Tal medida habrá de someterse a un plazo. Corresponderá conceder la autorización a un Tribunal integrado por tres jueces. En caso de que la demora supusiera un riesgo podrá concederla un único juez.

Para hacer frente a situaciones urgentes de peligro para la seguridad pública, especialmente en casos de riesgos de orden general o para la vida de las personas, podrán colocarse medios técnicos de vigilancia de domicilios mediante únicamente autorización judicial. En caso de que la demora comportase un riesgo, podrá autorizarse tal medida por otro órgano previsto legalmente, debiendo obtenerse posteriormente una autorización judicial lo antes que sea posible.

Si los medios técnicos estuviesen dirigidos exclusivamente a la protección de las personas que participen en una intervención domiciliaria, la medida podrá adoptarse por un órgano legalmente previsto. Cualquier otra utilización de la información así obtenida sólo será admisible con vistas a la persecución del delito o para enfrentarse a las situaciones de peligro y siempre que previamente se haya declarado judicialmente la conformidad a Derecho de tal medida; en caso de urgencia, la autorización judicial habrá de obtenerse lo antes que sea posible.

El Gobierno federal informará anualmente al Bundestag sobre la colocación de medios técnicos efectuada conforme a lo dispuesto en el párrafo 3º, en el 4º en lo referente al ámbito competencial de la Federación y en el 5º en tanto en cuanto se hubiese precisado intervención judicial. Una Comisión elegida por el Bundestag efectuará el control parlamentario con base en tal información. Los Landers garantizarán un control parlamentario semejante”.

En el caso español, hasta la Ley Orgánica de control previo del CNI, la intervención de las comunicaciones venía contemplada siempre como un instrumento para el esclarecimiento de un delito y dentro de un proceso penal. Tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional han afirmado que no caben escuchas “predelictuales” o “de prospección” desligadas de la realización de un hecho delictivo (por ejemplo, ATS (2ª) de 18 de junio de 1992). Esto no significa que no pueda hacerse con anterioridad, siempre que éstas se unan sin solución de continuidad al procedimiento judicial, satisfaciendo así las exigencias de control del cese de la medida que, en otro supuesto, se

mantendría en un permanente y, por ello, constitucionalmente inaceptable secreto (STC 49/1999). Para el Tribunal Constitucional, el que la intervención de las comunicaciones sólo pueda producirse en el transcurso del proceso es lo que garantiza el adecuado control de la medida decretada por el juez; por parte del Ministerio Fiscal mientras el interesado desconoce la intervención, y por parte del propio interesado cuando la medida se alza, algo constitucionalmente necesario dentro de ciertos límites

Estas situaciones se clarificaron en las resoluciones judiciales que se produjeron a raíz del caso de las *escuchas del CESID*. En este caso, los equipos técnicos del CESID disponían de receptores y grabadoras con los que interceptaron y grabaron conversaciones que mantenían ciudadanos particulares utilizando sistemas de telefonía móvil, y, después, aunque la información careciera de interés desde el punto de vista operativo del CESID, se almacenaron y conservaron.

La Sentencia declara ilegal la conducta realizada pero no sólo porque no existiera una ley que autorizara esa actividad, ni autorización, ni control judicial, sino porque ninguna norma puede otorgar a los miembros del servicio de inteligencia la facultad de interceptar las comunicaciones de los ciudadanos si no existen indicios de que tengan relación con las misiones de éstos; en caso contrario, se estaría implantando “la razón de Estado” como causa general de justificación incompatible con el Estado de Derecho.

De otro lado, la interceptación de comunicaciones no estaba dirigida a persona determinada, sino a controlar el uso del espacio radioeléctrico por sujetos que pudieran desarrollar actividades potencialmente peligrosas para la seguridad del Estado (políticos, financieros, periodistas...que no comportaban amenaza para ésta).

Esta actitud se aparta considerablemente del principio de proporcionalidad puesto que se vulnera la intimidad de un amplio número de personas, sin que aparezcan indicios de una situación de grave peligro o emergencia para la seguridad nacional.

Estas consideraciones son las que ha tenido en cuenta el legislador de la Ley orgánica. El Director del CNI, deberá solicitar al Magistrado competente

autorización para la adopción de medidas que afecten a la inviolabilidad del domicilio y al secreto de las comunicaciones siempre que tales medidas resulten necesarias para el cumplimiento de las funciones del Centro. La solicitud deberá contener las medidas que se solicitan, los hechos en los que se apoya la petición, la duración de las mismas..., y el Magistrado deberá conceder o denegar la autorización. Esta autorización deberá ponderar las circunstancias que justifiquen la suspensión del derecho fundamental, la proporcionalidad de la medida y si existen otras vías por las que llegar al cumplimiento de las funciones propias del Centro. Tendrá que valorar si existen indicios de que peligran los intereses nacionales y, en segundo lugar, si existe proporcionalidad en la medida.

3. 6. El derecho a la inviolabilidad del domicilio

La inviolabilidad domiciliaria es otro de los derechos fundamentales proclives a verse involucrados en las actuaciones de los servicios de inteligencia. El acceso a la información que se encuentra escondida en los domicilios puede llegar a ser imprescindible para los altos intereses del Estado. Como en un Estado de Derecho el domicilio es inviolable, la garantía judicial, cuya problemática ya la hemos comentado en el epígrafe anterior y no vamos a reproducirla ahora, vuelve a ser el problema más relevante, sobre todo si tenemos en cuenta que el CNI puede necesitar acceder a un domicilio al margen de la previa existencia de un delito.

Pero el régimen peculiar de la garantía judicial, cuando contemplamos las actuaciones de los servicios de inteligencia, no es el único. De la Ley también desaparecen otras garantías específicas del morador. La presencia del interesado en el registro domiciliario, o en su defecto la de los testigos, o incluso la del Secretario Judicial -aunque se trate, esta última, de una mera exigencia de legalidad- también se han quedado por el camino.

3. 7. El derecho de defensa

El artículo 24 de la Constitución reconoce y protege un conjunto de derechos que se configuran como garantías procesales “tendente a hacer posible que todas las personas puedan acudir a la jurisdicción como instancia decisiva para la defensa y satisfacción de sus derechos e intereses legítimos, mediante el cumplimiento de las exigencias de los principios de constitucionalidad y de legalidad y, muy especialmente, del respeto a los derechos y libertades fundamentales”¹²⁶.

Una persona que desconoce que se están conculcando sus derechos fundamentales difícilmente puede reaccionar jurídicamente contra ello, y toda persona, por imperativo del artículo 24 CE, tiene la facultad de emplear todos los medios de defensa legalmente establecidos, desde el amparo ordinario al constitucional.

Existe una exigencia constitucional de notificación que forma parte del derecho a la defensa. Cuando se intervienen las comunicaciones, esta notificación, como es lógico, debe producirse con posterioridad a la medida, para no frustrar su fin práctico. Hasta entonces la supervisión y el control de estas actuaciones corresponderá al Magistrado del Tribunal Supremo nombrado para conceder la autorización al Centro Nacional de Inteligencia.

La ley reguladora del CNI prescinde de este derecho que tiene el intervenido a conocer, siquiera sea a posteriori, las circunstancias de la intervención por si quiere recurrir y para defenderse. Es posible que haya informaciones que deban permanecer “enlatadas” durante mucho tiempo, pero en otros casos no tiene por qué ser así.

3. 8. La libertad personal y deambulatoria.

Al principio hemos mencionado otros derechos fundamentales que se pueden ver afectados por la actuación de los servicios de inteligencia, entre ellos los derechos a la libertad y a la seguridad personal (art. 17 CE) así como la libertad deambulatoria (art. 19 CE). El personal del Centro Nacional de

¹²⁶ Cfr. CÁMARA VILLAR, G.: “Derecho a la tutela judicial efectiva”, en BALAGUER CALLEJÓN, F, (Coord.): *Derecho Constitucional*, cit, p. 198.

Inteligencia no tiene la consideración de agentes de la autoridad, por tanto, no puede restringir estos derechos fundamentales amparándose en el cumplimiento de sus misiones. Deberá recabar, en tales supuestos, la colaboración de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, que procederán, si es el caso, a intervenir sobre los derechos mencionados, a partir de las informaciones obtenidas por el CNI.

VI. LA GARANTÍA JUDICIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

La Ley 11/2002 pone en marcha un control judicial previo de aquellas actuaciones que puedan interferir los derechos y libertades garantizados en los párrafos segundo y tercero del artículo 18 de la Constitución. Para las actividades que puedan afectar a la inviolabilidad del domicilio y al secreto de las comunicaciones, la Constitución exige autorización judicial, “y el artículo 8 del Convenio europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, exige que esta injerencia esté prevista en 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 la prevención del delito, la protección de la salud y de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”¹²⁷. Ese control se atribuye a los máximos órganos del Poder Judicial, de forma que es el Consejo General del Poder Judicial el que habrá de elegir al magistrado que se encargue de otorgar las autorizaciones o denegarlas. Este magistrado deberá formar parte del Tribunal Supremo, de la Sala segunda o tercera. La Ley Orgánica determina tanto la forma de nombramiento del magistrado encargado del control judicial de las actividades del Centro, como el procedimiento conforme al cual se acordará o no la autorización judicial necesaria para dichas actividades.

¹²⁷ *Vid. Exposición de Motivos* de la Ley Orgánica reguladora del control judicial previo del Centro Nacional de Inteligencia.

Hemos dicho que los Informes del Consejo de Estado y del Consejo General del Poder Judicial sobre estas dos leyes han destacado la plena constitucionalidad de ambas. La ley orgánica de control judicial previo ha introducido algunas recomendaciones del CGPJ adaptándola igualmente a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

El Dictamen del Consejo General del Poder Judicial señala cómo la Constitución y las leyes garantizan en qué circunstancias y bajo qué precisas condiciones es posible desvelar el secreto de los particulares o excluir del régimen de publicidad y transparencia algunos aspectos concretos de la acción de los poderes públicos. No es difícil encontrar -dice el CGPJ- fundamentos constitucionales que permitan dicho régimen excepcional y uno de ellos es el de la seguridad y defensa del Estado.

Estas consideraciones ponen de manifiesto la existencia de suficientes fundamentos en la Constitución para que las Cortes Generales puedan establecer, para salvaguardar bienes colectivos cuando así lo exija un interés público relevante, algunos regímenes diferenciados en el sistema de protección de los derechos y libertades fundamentales en la medida en que ello sea necesario para preservar tales bienes públicos. “La seguridad nacional aparece como título idóneo para justificar restricciones o modulaciones del ejercicio de algunos derechos fundamentales (y así se reconoce expresamente en el Convenio para la protección de los derechos humanos y libertades públicas de 1950)”. “El establecimiento de un control judicial específico para la autorización de las medidas que afectan a la inviolabilidad del domicilio y al secreto de las comunicaciones, cumple las previsiones del artículo 18.2 y 3 de la Constitución, ya que toda limitación de tales derechos fundamentales, precisa de habilitación legal”.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 49/1999 establece claramente la necesidad de que, en nuestro sistema constitucional garantista, se tengan requisitos muy precisos para limitar derechos fundamentales. Cualquier ley que habilite a la Administración para intervenir en el ámbito especialmente protegido de los derechos y libertades de los ciudadanos “debe expresar todos y cada uno de los presupuestos y condiciones de intervención” y “debe ser una ley con

singular precisión”. Por eso, en la solicitud que se formula por escrito habrá de figurar “la especificación de las medidas que se soliciten”, “los hechos en los que se apoya la solicitud, los fines que la motivan, las razones que aconsejan la adopción de las medidas solicitadas”, “la identificación de la persona o personas afectadas, si fueren conocidas, y la designación del lugar donde hayan de practicarse”, “la duración de las medidas solicitadas, que no podrá exceder de 24 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”(artículo único de la Ley Orgánica 2/2002, reguladora del control judicial previo).

El juez es el que va a hacer la lectura de todas las circunstancias y, por tanto, el que va a proteger y el que va a autorizar la interferencia eventual y excepcional en algunos derechos fundamentales.

La Ley Orgánica modifica la LOPJ (Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio) en lo que se refiere al nombramiento del Magistrado al que se le encomienda la vigilancia del CNI. Así, el artículo 125 LOPJ introduce una nueva competencia atribuida al Presidente del Consejo: “Someter al Pleno la propuesta de nombramiento del Magistrado del Tribunal Supremo a que se refiere el artículo 127,4) de esta ley. En caso de ausencia, vacancia o imposibilidad de dicho Magistrado, someter al Pleno la propuesta de nombramiento del Magistrado del Tribunal Supremo que le sustituya”. El artículo 127 de la Ley, modificado por la misma Ley Orgánica, atribuye a la competencia del Pleno “la propuesta de nombramiento del Magistrado de la Sala Segunda, de lo Penal, o tercera, de lo Contencioso-Administrativo, del Tribunal Supremo, competente para conocer de la autorización de las actividades del Centro Nacional de Inteligencia que afecten a los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 18.2 y 3 de la Constitución; o, en caso de vacancia, ausencia o imposibilidad de dicho Magistrado, la propuesta de nombramiento del Magistrado de la Sala segunda o tercera del Tribunal Supremo que le sustituya”.

La Ley modifica el artículo 135 de la LOPJ, y añade un nuevo artículo 342 bis. El primero de ellos determina que “corresponderá a la Comisión de

calificación informar, en todo caso, sobre los nombramientos de la competencia del Pleno, excepto el nombramiento del Magistrado del Tribunal Supremo previsto en el artículo 127,4) de esta Ley”. El segundo, que “el Magistrado del Tribunal Supremo competente para conocer de la autorización de las actividades del Centro Nacional de Inteligencia que afecten a los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 18, 2 y 3 de la Constitución, se nombrará por un período de cinco años, a propuesta del Consejo General del Poder Judicial, entre Magistrados de dicho Tribunal, que cuenten con tres años de servicios en la categoría”.

Una vez conocida la mecánica jurídica del control judicial previo que arbitra la Ley Orgánica 2/2002, y antes de terminar, conviene también recordar algunos de sus puntos más discutibles:

1. Es cierto que los servicios de inteligencia tienen una importante función constitucional (art. 1.1 CE) que cumplir y que una ley (que efectivamente debe ser orgánica) que regule los procedimientos y las garantías del intervenido era imprescindible. No obstante, y aunque algo se avanza, este precepto más parece preocupado por dotar de una vestidura o apariencia judicial a las intervenciones del CNI, que en consolidar el contenido de lo que debe ser una auténtica garantía judicial.

2. Tal vez se debería de haber previsto la creación de un órgano formado, al menos, por tres Magistrados, ya que de esta manera se puede asegurar mejor el control de las medidas que se soliciten. En los debates parlamentarios ya se hizo una crítica en este sentido, y se llegó a pedir la competencia de la Sala segunda en pleno¹²⁸.

3. La ley establece la competencia del Magistrado por un período de cinco años. El artículo 135 LOPJ dice que:

“Corresponderá a la comisión de calificación informar, en todo caso, sobre los nombramientos de la competencia del Pleno, excepto el nombramiento del Magistrado del Tribunal Supremo previsto en el artículo 127,4) de esta Ley”.

¹²⁸ Vid. BOCG, de 20 de diciembre de 2001, núm. 132.

Esta excepción no favorece la transparencia en el nombramiento del Magistrado que más parece un Magistrado que se especializa en los temas de los servicios de inteligencia. Es decir, se termina dando la impresión de que el CNI tuviera “su” propio magistrado en el sentido, no ya de Magistrado adscrito, sino de magistrado a la carta.

4. Hemos visto que la solicitud de la autorización deberá contener los elementos fundamentales que afecten a la medida. Es verdad que al juez se le han de proporcionar una serie de datos importantes como el derecho que se pretende restringir, la medida concreta que se solicita, los hechos en que se apoya la solicitud, los fines y razones que aconsejan la adopción de la medida, su tiempo de duración, etc; pero este contenido, aun con ser necesario, no es suficiente por cuanto el juez necesitaría tener un conocimiento más concreto, y la redacción del artículo permite que el Director del CNI aporte una mínima información al juez. Esto significa que el Magistrado no podrá ponderar adecuadamente la proporcionalidad, a pesar de que la Ley diga que “el Magistrado acordará, mediante resolución motivada en el plazo improrrogable de setenta y dos horas, la concesión o no de la medida”. El juez deberá rechazar aquellas propuestas que no estén plenamente justificadas, y la ley no es clara¹²⁹.

5. De otra parte, la duración de las medidas solicitadas no podrá exceder de 24 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. Esta regulación habría que matizarla porque no se establece ni cuántas prórrogas pueden concederse, ni por cuánto tiempo cada una, ni por qué se cree necesaria la prórroga, ni qué se ha encontrado y, en base a ello, qué se espera seguir encontrando.

¹²⁹ Una enmienda presentada por el Grupo Parlamentario de Izquierda Unida pretendía la inclusión de un párrafo con el siguiente texto: “El Magistrado tendrá en consideración en su decisión de autorizar o desautorizar las actuaciones del CNI el necesario equilibrio entre los valores seguridad y libertad en un Estado social y democrático de derecho, ponderando los riesgos para los intereses generales del Estado español y los peligros para los derechos fundamentales de los ciudadanos”. BOCG, 7 de febrero de 2002, Serie A. Núm. 58-5.

6. La ley atribuye a la competencia del Director del Centro Nacional de Inteligencia la destrucción del material relativo a todas aquellas informaciones que, obtenidas mediante esta autorización, no guarden relación con el objeto o fines de la misma.

Esta actividad no está supervisada por el Magistrado al que ni siquiera se le dan los instrumentos para comprobar que la autorización ha sido debidamente utilizada. Esto hace que el control se convierta en un acto meramente formal, y no en un control judicial real y efectivo.

Por último no se contempla la posibilidad de una reacción jurídica del ciudadano frente a una eventual actuación ilegítima del Centro Nacional de Inteligencia, porque la cobertura que proporciona la autorización judicial no es suficiente si no se controla posteriormente por el juez. La Sentencia del Tribunal Constitucional 49/1999 reconoce el derecho del titular de las libertades sacrificadas a conocer la actuación judicial y a reaccionar contra ella cuando la medida se alce. Por tanto, parece que es una exigencia constitucional irrenunciable que se deba informar de las actuaciones en la medida en que haya desaparecido la situación de peligro para la seguridad del Estado que hace imprescindible el mantenimiento del secreto. De nada sirve tener un sistema de protección de derechos si los sujetos intervenidos no pueden llegar a conocer, siquiera sea a posteriori, las intervenciones de que han sido objeto para poder reaccionar en defensa de sus derechos¹³⁰. Nos hemos referido a ello al tratar el derecho constitucional a la defensa.

El control de las actuaciones del Centro Nacional de Inteligencia se hace con carácter previo, efectivamente, pero nadie controla la legalidad de las actuaciones una vez que el juez autorizó la medida, porque son actuaciones declaradas secretas.

¹³⁰ También en este sentido, el Grupo de Izquierda Unida pretendió la inclusión de un nuevo apartado con el texto siguiente: “Las personas que hayan sido objeto de una medida ejecutada por el CNI y autorizada por el Poder Judicial que afecte a sus derechos constitucionales deberán ser informados cuando esta medida cese de la existencia, contenido y duración de la misma a los efectos de proceder, si lo estiman oportuno, a la puesta en marcha de los procedimientos judiciales y constitucionales de protección de los derechos fundamentales, así como cualesquiera otras acciones judiciales que el ciudadano considere oportunas”. BOCG, 7 de febrero de 2002, Serie A. Núm. 58-5.

VII. LA GARANTÍA PENAL

1. Introducción

De todas las garantías que el ordenamiento jurídico puede arbitrar para proteger los derechos de los ciudadanos, es sin duda la garantía penal la que goza de mayor fuerza por el carácter punitivo de la sanción penal.

Nosotros nos vamos a referir a los delitos cometidos por los miembros de los servicios de inteligencia. Fuera de las autorizaciones judiciales que prevé la Ley Orgánica de acompañamiento de la Ley reguladora del CNI sobre la entrada en domicilio y el secreto de las comunicaciones, ninguna otra actuación se permite a los servicios de inteligencia fuera de la ley. Los servicios de inteligencia no tienen “licencia para delinquir” y pueden incurrir en actitudes delictivas porque suelen moverse en “el filo de la legalidad”. Lógicamente, les es de aplicación el Código Penal. La ley no ha especificado cual será el régimen jurídico de los miembros del CNI, sólo recoge su consideración de no agentes, aunque serán portadores de armas de acuerdo con la legislación vigente.

Únicamente hay una parte del Código Penal que se puede considerar por su especialidad aplicable a las actuaciones del servicio de inteligencia, pero se circunscribe a la protección de la defensa nacional como bien jurídico protegido, y a la revelación de secretos oficiales como conducta tipificada. Fuera de esta “especialidad”, las actuaciones contrarias a la vida o integridad de las personas, a la intimidad, a la inviolabilidad del domicilio o al secreto de las comunicaciones, se rigen por el régimen general.

2. El delito de espionaje

La Ley Reguladora del Centro Nacional de Inteligencia en ningún momento regula una actividad parecida al espionaje; las actividades que desarrollan los “agentes” del Centro están destinadas a facilitar al Gobierno la información que necesita para dirigir la política interior y exterior del Estado; sus actividades son de investigación porque espionar supone estar fuera de la ley y

violentar derechos fundamentales especialmente protegidos por la Constitución. La actividad del espionaje, sin embargo, sí está contemplada en el ordenamiento jurídico como tal, pero, eso sí, referido a aquellas actividades realizadas por españoles que atenten contra la seguridad nacional y nunca empleando el término “espía”, si no es para referirse a las actividades de un extranjero en España, en cuyo caso el sujeto sí es considerado “espía”. El español es considerado “traidor”, el extranjero es considerado “espía”:

“El extranjero que, en tiempos de guerra, se procurare, difundiera, falseare o inutilizare información clasificada o de interés militar susceptible de perjudicar a la seguridad nacional o a la defensa nacional, o de los medios técnicos o sistemas empleados por las Fuerzas Armadas o las industrias de interés militar, o la revelase a potencia extranjera, asociación u organismo internacional, será castigado como espía”¹³¹.

“El español que en tiempos de guerra realizare actos de espionaje militar, conforme a lo previsto en el capítulo siguiente, será considerado traidor”¹³².

La regulación que el ordenamiento jurídico español hace de las actividades es absolutamente confusa porque se intenta distinguir el espionaje común del espionaje militar dependiendo de la persona que lleva a cabo la acción y de la materia sobre la que recae, de manera que esta se refiera o no a materias que afecten a la seguridad nacional o a la Defensa Nacional. Pero tanto el Código Penal, como el Código Penal Militar confunden los conceptos y las conductas.

¹³¹ *Vid.* Artículo 52 del Código Penal Militar.

¹³² *Vid.* Artículo 50 del Código Penal Militar.

El Título XXIII del Libro II del Código Penal de 1995 comprende los artículos 581 a 604 bajo la rúbrica “*De los delitos de traición y contra la paz o la independencia del Estado y relativos a la Defensa Nacional*”, y se divide en tres Capítulos: Capítulo I, delitos de traición; Capítulo II, delitos que comprometen la paz o independencia del Estado; y, Capítulo III, delitos relativos a la Defensa Nacional, dividido en dos Secciones, la primera de ellas sobre descubrimiento y revelación de secretos e informaciones relativas a la Defensa Nacional¹³³.

Bajo la rúbrica de “Delitos de traición” se configuran cuatro tipos delictivos: la inducción a la guerra, el favorecimiento al enemigo, el espionaje, y la declaración de guerra o firma de paz indebida.

Del delito de espionaje, el artículo 584 del Código Penal dice que:

“el español que, con el propósito de favorecer a una potencia extranjera, asociación u organización internacional, se *procure, falsee, inutilice o revele* información clasificada como reservada o secreta, susceptible de perjudicar la seguridad nacional, será castigado, como traidor, con la pena de prisión de seis a doce años”.

Es decir, de la actividad de “espíar”, el ordenamiento jurídico deduce el delito de “traición” que, además, separa del espionaje militar; así, el ordenamiento jurídico ha distinguido el espionaje militar del común, y el espionaje en tiempos de paz y en tiempos de guerra¹³⁴.

¹³³ El Código penal de 1995 prescinde de la sistemática del anterior de 1973 que se fundamentaba en el binomio *seguridad exterior-seguridad interior*, pero aún así el contenido del Título I del Libro II del Código derogado - referente a los delitos contra la seguridad exterior-, se incorpora en su mayor parte dentro de los Títulos XXIII y XXIV del Libro II - con algunas excepciones como el delito de piratería que se suprime, o los ultrajes a la Nación española o al sentimiento de su unidad, al Estado o su forma política, así como a sus símbolos y emblemas que cambian su ubicación sistemática y amplía su ámbito de protección a las Comunidades Autónomas entre los delitos contra la Constitución-.

¹³⁴ El artículo 50 del Código Penal Militar establece que: “El español que en tiempo de guerra realizare actos de espionaje militar, conforme a lo previsto en el capítulo siguiente, será considerado traidor”; “el militar que realizare dichos actos en tiempo de paz será condenado a la pena de diez a veinticinco años de prisión”.

Las conductas que se recogen como delito de traición son las de *procurar* (desarrollar cualquier actividad destinada a la obtención de información clasificada como reservada o secreta, que perjudique la seguridad o defensa nacional), *falsear* (cambiar la información obtenida modificando el verdadero sentido de la información, es decir, la información puede haberse obtenido de forma lícita, pero su falsificación debe comprometer la seguridad o defensa nacional), *inutilizar* (destrucción del contenido de la información) y *revelar* (transmitir y dar a conocer la información clasificada). Esta última conducta es la que constituye propiamente el delito de espionaje. La conducta punitiva exige la transmisión de la información, de manera que no existiría si la información no se transmite, aunque, en lo que a nosotros nos importa, es posible que para conseguir la información sí se hayan violado derechos fundamentales. Si el sujeto se apropia y revela información realiza dos actividades punibles. Así mismo es preciso que la información sea susceptible de perjudicar la seguridad y defensa nacional aunque no precisa que llegue a causar un perjuicio efectivo, basta con que se trate de materias clasificadas como reservadas o secretas según la Ley de Secretos Oficiales.

Por otro lado, el Código Penal recoge otra serie de conductas que se relacionan con actividades de inteligencia que ya no se nombran como de espionaje, pero que mantiene abiertos los conceptos; en este caso, el artículo 592 regula el delito de inteligencia o relación con el extranjero:

“Serán castigados con la pena de prisión de cuatro a ocho años los que, con el fin de perjudicar la autoridad del Estado o comprometer la dignidad o los intereses vitales comprometa la dignidad o los intereses vitales de España, mantuvieren inteligencia o relación de cualquier género con gobiernos extranjeros, con sus agentes o con grupos, organismos o asociaciones internacionales o extranjeras”.

Mantener “inteligencia o relación”, constituye la acción típica que se caracteriza por ser permanente, pero no ostenta la cualidad del espionaje porque se trata de una actividad manifiesta, evidente y sostenible, y, acaso, no oculta como en el supuesto del espionaje. En cualquier caso, tanto en el delito de traición como en los delitos de inteligencia o relación con el extranjero, aparecen

una serie de conceptos jurídicos cuya determinación correspondería al juzgador, tales como “susceptibles de perjudicar la seguridad y defensa nacional”, “perjudicar la autoridad del Estado”, o “la dignidad e intereses vitales de España”. En cualquier caso, lo que se desprende de los distintos tipos penales es que, lo realmente importante es el propósito de causar perjuicio.

El Código Penal en estos tipos se refiere a la seguridad y defensa nacional, pero sin embargo, el Capítulo III está dedicado exclusivamente a los delitos relativos a la Defensa Nacional, y entre estos aparecen otras formas de espionaje:

“El que sin propósito de favorecer a una potencia extranjera, se procurare, revelare, falseare o inutilizare información legalmente calificada como reservada o secreta, relacionada con la seguridad nacional o la defensa nacional o relativa a los medios técnicos o sistemas empleados por las Fuerzas Armadas o las industrias de interés militar, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años”.

Este artículo se corresponde con el artículo 53 del Código Penal Militar solo que aquí la conducta no está presidida por el propósito de favorecer a una potencia extranjera, y se refiere a un sujeto activo determinado:

“El militar que, sin propósito de favorecer a una potencia extranjera, asociación u organismo internacional, se procurare, revelare, falseare o inutilizare información legalmente clasificada relativa a la seguridad nacional o defensa nacional, a los medios técnicos o sistemas empleados por las Fuerzas Armadas o relativa a industrias de interés militar, será castigado con la pena de tres a diez años de prisión”.

El párrafo segundo de este artículo se entiende aún menos:

“Si la información no estuviere legalmente clasificada se impondrá la pena de uno a seis años de prisión”

Es decir, la información no tiene que referirse a materias reservadas o secretas, no tiene que haber sido revelada, porque puede haber sido “procurada”, “falseada” o “inutilizada”, y, ni siquiera es necesario que se haya dañado la

seguridad nacional o se tenga intención de hacerlo, entonces, ¿sólo basta con que el militar haya obtenido esa información?

En definitiva, lo que estos tipos penales tratan de proteger es la información en sí misma y, por tanto, la imposibilidad de divulgarla o conocerla por quienes no deban manejar esa información, y, lo que es lo mismo, la obligación de guardar secreto tanto del personal del CNI como del personal militar¹³⁵. Es lo que el artículo 600 del Código Penal tipifica como *espionaje inindiciario*:

¹³⁵ Las obligaciones, normas de conducta, deberes y derechos específicos de los miembros de las Fuerzas Armadas, así como el régimen de vida y disciplina de las unidades, se determinan en las Reales Ordenanzas, “regla moral de la institución militar” (art. 26 de la Ley Orgánica 6/1980, de 1 de julio, modificada por LO 1/1984 que regula los criterios básicos de la defensa nacional y la organización militar). Las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas, aprobadas por ley 85/1978, de 23 de diciembre y desarrolladas para el Ejército de Tierra por RD 2945/1983, para el ejército del Aire por RD 494/1984, y para la Marina, por RD 1024/1984, contienen la regulación del derecho-deber del secreto de los militares. El militar necesita autorización previa para el ejercicio del derecho a la libertad de expresión cuando trate de cuestiones que pudieran perjudicar a la debida protección de la seguridad nacional o utilice datos que sólo pueda conocer por razón de su destino o cargo en las Fuerzas Armadas (art. 178, de la ley 85/1978). Por tanto, el militar está obligado a respetar el sigilo profesional y los secretos oficiales. Esta obligación se establece con carácter general en las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas y se reitera en las Reales Ordenanzas de cada Ejército. 1. Con carácter general, se incluye entre las reglas que ha de observar todo militar, las siguientes: el militar guardará “discreción sobre todos los asuntos relativos al servicio. Observará con el mayor celo las medidas vigentes sobre secretos oficiales. En ningún caso podrá alegar el empleo que ostente como única razón para tener acceso a lugares o documentos reservados” (art. 45 de la Ley 85/1978). Además, el militar, en el ejercicio de la función de mando “por ningún motivo proporcionará a quien no debe, dato alguno que pueda servir de información al enemigo o dar pábulo al rumor. En su cometido son especialmente importantes la discreción y el secreto” (art. 114 de la Ley 85/1978). 2. Las Reales Ordenanzas de cada Ejército reiteran este deber. En el Ejército de Tierra, el mando “hará cumplir las normas sobre protección de la información y documentos clasificados, y dictará las instrucciones necesarias a fin de que sólo tengan acceso a los mismos quienes cuentan con la debida autorización” (art. 331 del RD 2945/1983). En el ejército del Aire, el mando tiene esas mismas competencias (art. 370 del RD 494/1984, de 22 de febrero). En la Marina, el mando, en cualquiera de sus escalones, inculcará a los subordinados la importancia de observar el secreto; resaltaré el peligro de las indiscreciones y los enterará de la obligación que tienen de comunicar oportunamente a sus superiores toda noticia, indicio o hecho que pueda afectar a la seguridad, así como la responsabilidad que la no observancia de lo anterior pueda derivarse” (art. 505 del RD 1024/1984).

El incumplimiento de los militares de las anteriores obligaciones constituye una falta grave, tipificada en estos términos:

“Divulgar información que pueda afectar a la debida protección de la seguridad o de la defensa nacional o publicar datos que sólo puedan ser conocidos en razón del destino o cargo en las Fuerzas Armadas, cuando

no constituya delito” (art. 9.9, de la Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, sobre “Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas”).

“1. El que sin autorización expresa reprodujere planos o documentación referente a zonas, instalaciones o materiales militares que sean de acceso restringido y cuyo conocimiento esté protegido y reservado por una información legalmente calificada como reservada o secreta, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años.

2. Con la misma pena será castigado el que tenga en su poder objetos o información legalmente calificada como reservada o secreta, relativos a la seguridad o a la defensa nacional, sin cumplir las disposiciones establecidas en la legislación vigente”.

Este artículo describe dos tipos de conductas: “reproducir” y “tener”. El delito se consuma con la sola reproducción, sin que la ley exija ninguna otra actividad por lo que el delito existiría aunque la reproducción quede guardada dentro de las instalaciones donde se encuentran archivadas como material de acceso reservado. Pero, igualmente el delito se consuma si la persona es sorprendida teniéndola en su poder¹³⁶.

3 . Delitos contra la integridad moral

El Código Penal de 1995 incluye un Título específico destinado a proteger el derecho fundamental a la integridad moral, el Título VII, del Libro II : “De las torturas y otros delitos contra la integridad moral”, artículos 173-177.

El artículo 173 regula un atentado genérico contra la integridad moral: “El que infligiere a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años”

¹³⁶ La Ley de Secretos Oficiales protege una conducta similar en el artículo 9:

“La persona a cuyo conocimiento o poder llegue cualquier “materia clasificada” conforme a esta Ley, siempre que le conste esta condición, está obligada a mantener el secreto y entregarla a la autoridad civil o militar más cercana y, si ello fuese posible, a poner en conocimiento de ésta su descubrimiento o hallazgo”.

El artículo 174 recoge el delito de tortura propiamente dicho que aparece como una modalidad agravada del anterior cuando es cometido por autoridad o funcionario público.

“Comete tortura la autoridad o funcionario público que, abusando de su cargo, y con el fin de obtener una confesión o información de cualquier persona o de castigarla por cualquier hecho que haya cometido o se sospeche que ha cometido, la sometiére a condiciones o procedimientos que por su naturaleza, duración u otras circunstancias, le supongan sufrimientos físicos o mentales, la supresión o disminución de sus facultades de conocimiento, discernimiento o decisión, o que de cualquier otro modo atenten contra su integridad moral”.

Sabemos que los miembros del CNI no tienen la consideración de autoridad ni son funcionarios públicos, por lo que el tipo que les sería de aplicación es el artículo 173 CP, para el caso de que la conducta que realicen suponga un trato degradante que atente contra la integridad moral de la persona.

Los miembros del CNI no son agentes públicos, pero actúan amparados en el paraguas de la defensa nacional, por eso es fácil confundir sus actuaciones en los supuestos en que éstos se extralimiten en sus funciones; no pueden detener, ni interrogar, ni retener a una persona, ni por supuesto, para obtener información, someter a una persona a condiciones o procedimientos que por su naturaleza suponga someterla a sufrimientos físico o mentales. En ningún caso tienen la cobertura del agente de autoridad, pero esta actitud podría tener la consideración de un delito de tortura. El problema es que la ley no regula de forma clara ni las acciones de los servicios de inteligencia, ni la condición de sus miembros, de manera que, al vincularseles con la seguridad nacional, se favorece que determinadas actuaciones que deberían realizarse por los cuerpos de la policía los realicen los servicios de inteligencia amparándose en el paraguas del secreto. El artículo 1 de la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura de 10 de diciembre de 1984, ampara esta consideración:

“Todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una

confesión, de castigarla por un acto que han cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público *u otras personas en el ejercicio de funciones públicas*, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia”.

Este artículo coincide sustancialmente con la regulación que hace el Código Penal. Ambas definiciones tienen en común tres exigencias fundamentales: Primero, se requiere someter a una persona a condiciones o procedimientos que causen dolores o sufrimientos físicos o psíquicos e, incluso, que supongan un menoscabo de la capacidad de conocimiento, discernimiento o decisión en la persona que los padece. Segundo, se exige que dichos actos sean realizados por una autoridad o funcionario público con abuso de su cargo. En tercer lugar, es necesario que actúen con la finalidad de conseguir una información o confesión.

Los delitos especiales de torturas están configurados como delitos independientes frente al delito común de trato degradante; la principal nota diferenciadora es el del abuso de poder del funcionario respecto a los ciudadanos.

Esto no empece, pues, para que cualquier actuación contraria a la integridad moral de las personas constituya un delito de los tipificados en el artículo 173 o 174 del Código Penal. En cualquier caso, el bien jurídico que se protege es un derecho fundamental recogido en la Constitución Española, artículo 15, para cuyo contenido nos remitimos a otro epígrafe de este estudio.

4 . Delitos contra la integridad física

Por lo que hemos visto hasta aquí, la integridad moral constituye un valor jurídico distinto e independiente de otros bienes jurídicos como la vida, la salud o el honor, por eso hemos distinguido entre las conductas que suponen una lesión

a la integridad moral y las que lesionan la integridad física o el honor. Pero esta distinción es la misma que, por otra parte, hace el propio Código Penal.¹³⁷

En cuanto a las primeras, las actuaciones que suponen un atentado a la integridad física, vienen constituidas por los delitos de lesiones que incluiría no sólo el daño físico sino también psíquico, siempre que afectara a la integridad y a la salud de la persona.

En estos delitos no existe especialización alguna ni, por supuesto se ampara ningún tipo de actuación ilegítima de los miembros de los servicios de inteligencia en el desempeño de sus funciones.

5 . Delitos contra el honor

La especialidad que tiene es que puede conectarse con los tratos inhumanos o degradantes de los que hemos hablado más arriba y constituir un atentado contra el derecho al honor. Del mismo modo, si las informaciones obtenidas se revelan públicamente, se puede hablar de un atentado contra el derecho al honor y a la propia imagen. En cualquier caso, el bien jurídico protegido en los delitos de injurias y calumnias, parten de un tronco común que es el de la dignidad de la persona, de tal manera que los ataques al honor son considerados como ataques a la dignidad de la personalidad humana, a la autoestima, a la fama o a la reputación social de cualquier persona¹³⁸.

¹³⁷ Ya hemos visto como el artículo 15 de la Constitución incluye los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física y moral. La integridad moral es manifestación de un derecho más amplio y complejo como es el derecho a la integridad personal que es lo que recoge el artículo 15 al reconocer el derecho a la integridad física y a la integridad moral.

¹³⁸ Desde esta perspectiva, el honor presenta dos aspectos fundamentales: un aspecto subjetivo, por el cual puede afirmarse que toda persona, por el hecho de serlo tiene honor y que se puede predicar de toda persona por igual. Un aspecto objetivo que consiste en el juicio que la sociedad proyecta sobre un sujeto concreto, lo que se conoce como “reputación social”.

Hemos visto cómo el derecho al honor actúa como límite tanto a la libertad de expresión como, en este caso, a la libertad de información estando obligado el CNI a guardar secreto sobre las informaciones obtenidas en relación a determinadas personas, que puedan afectar al honor de estas; por tanto, además de estar obligados por el secreto, lo estarían por la protección general penal¹³⁹.

6. La normativa sobre el agente infiltrado en la LECrim. Su inaplicación al agente secreto del CNI

La figura del agente infiltrado es una técnica de investigación prevista en la legislación para hacer frente a formas de delincuencia cada vez más habituales que utilizan medios y técnicas sofisticados; son los casos de la delincuencia organizada, mafias, organizaciones terroristas, etc. que cometen con frecuencia más de un delito: tráfico de drogas, trata de blancas, delitos de prostitución, tráfico de armas, falsificación de moneda, robo de vehículos.

Para la investigación de estas tramas delictivas, las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado utilizan distintas técnicas previstas en la ley. Entre éstas se encuentra el recurso a la infiltración de determinadas personas (normalmente agentes de policía) en las organizaciones criminales para tratar de obtener información sobre las actividades que realizan (art. 282-bis de la LeCrim). Por tanto, el agente infiltrado es una técnica de investigación cuyo ámbito es estrictamente el procesal penal, para ciertos delitos cometidos por la delincuencia organizada¹⁴⁰. Es una figura que se somete a la garantía judicial del juez instructor y que parte de la existencia de actos delictivos.

Esta figura procesal nada tiene que ver con el agente secreto del Centro Nacional de Inteligencia con el que lo único que comparte son las técnicas de investigación. Los miembros de los servicios de inteligencia no investigan

¹³⁹ Vid. MARTÍN MORALES, R.: *El derecho fundamental al honor en la actividad política*, Universidad de Granada, Granada, 1994, pp. 23 y ss.

¹⁴⁰ Vid. GASCÓN INCHAUSTI, F.: *Infiltración policial y "agente encubierto"*, Comares, Granada, 2001, p. 35.

delitos, aunque en el ejercicio de sus funciones puedan toparse con determinadas modalidades delictivas.

VIII . CONCLUSIONES

1. *Antecedentes y características generales de la nueva legislación*

Recientemente se han aprobado dos leyes relativas a los servicios de inteligencia españoles, la Ley 11/2002, de 6 de mayo, reguladora del Centro Nacional de Inteligencia y la Ley Orgánica 2/2002, de 6 de mayo, de control previo de las actuaciones del Centro Nacional de Inteligencia. La primera crea el llamado *Centro Nacional de Inteligencia* en sustitución del *Centro Superior de Información de la Defensa (CESID)*; la segunda pretende dar cobertura legal a la actuación de estos servicios cuando se restringen los derechos fundamentales a la inviolabilidad del domicilio y al secreto de las comunicaciones.

Hasta ahora la regulación de los servicios de inteligencia se contenía en una normativa dispersa y de carácter reglamentario. Con el CESID se intentó adaptar estos servicios a la realidad democrática de nuestro país, pero faltaba una regulación legal que determinara las funciones de los servicios de inteligencia y los sometiera a los controles parlamentarios y judiciales que exige el Estado de Derecho.

Sin embargo, la nueva normativa tampoco está exenta de lagunas. La Ley 11/2002 no es clara a la hora de fijar las misiones, naturaleza, objetivos, organización y régimen jurídico-administrativo del Centro Nacional de Inteligencia. Por otra parte, las garantías que se establecen en la Ley Orgánica 2/2002, para los supuestos de restricción de la inviolabilidad del domicilio y de las comunicaciones, son bastante limitadas.

2. *Fundamento constitucional de los servicios de inteligencia*

La razón última de la existencia de estos servicios se encuentra en la propia supervivencia del modelo de Estado social y democrático de Derecho que los españoles nos hemos dado en el artículo 1.1 CE. Su fundamento constitucional no sólo reside, pues, en la defensa del Estado democrático de Derecho, sino también en los intereses nacionales anudados a la otra dimensión del artículo 1.1 CE, esto es, a los presupuestos del Estado social.

3. Centro Nacional de Inteligencia y Derecho comparado

Los servicios secretos franceses representan, orgánicamente hablando, el modelo más cercano al elegido por nuestro legislador. En lo atinente al control parlamentario, ese parangón habría que buscarlo en el sistema británico. Nuestro sistema de control judicial sí es más genuino. De todas formas, el nuevo Centro Nacional de Inteligencia es, sobre todo, heredero de su antecesor el Centro Superior de Investigación de la Defensa (CESID).

4. La configuración orgánica de los núcleos de inteligencia en la nueva legislación.

La configuración de tres núcleos de inteligencia (interior, exterior y militar), con un funcionamiento independiente y bien coordinado, quizá hubiese sido una mejor opción, como ocurre en otros países de nuestro entorno. Puede que ni siquiera sea prudente organizar un único servicio de inteligencia y hacerlo depender del Ministerio de la Defensa.

5. Derechos fundamentales involucrados en la actuación de los servicios de inteligencia

Fuera de las intervenciones en el domicilio y en las comunicaciones, previamente autorizadas por un Magistrado especial, ninguna otra restricción de derechos fundamentales queda permitida a los servicios de inteligencia en la Ley Orgánica 2/2002. El que sólo dos preceptos constitucionales resulten

contemplados -los artículos 18.2 y 18.3 CE- tiene naturalmente una lectura garantista. Pero también es posible hacer, desde un punto de vista operativo, otra lectura en negativo. La información que pueden necesitar los servicios de inteligencia no sólo se encuentra en los domicilios (artículo 18.2 CE) y en las comunicaciones (artículo 18.3 CE), sino también, por ejemplo, en un vehículo donde convenga colocar una microcámara para seguir visualmente las evoluciones de sus ocupantes (artículo 18.1 CE), o en un espacio privado no domiciliario (artículo 33 CE), o en un ordenador (artículo 18.4 CE), o en un documento protegido por el derecho al secreto profesional (artículo 20.1.d). No existe razón alguna para que en estos casos no proceda la restricción de tales derechos y en los otros sí. Claro que siempre sería posible argumentar, aunque muy forzosamente, que el que se haya ceñido la garantía judicial a sólo dos preceptos, no quiere decir que no quepa también la restricción de otros distintos, también previa autorización del Magistrado especial.

6. Los agentes del CNI y sus funciones. Relación entre las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y el Centro Nacional de Inteligencia

La función constitucional del Centro Nacional de Inteligencia no es la de investigar delitos, sino la de obtener información. Los miembros del CNI no tienen la consideración de agentes de la autoridad. No pueden detener ni retener a una persona, ni interrogarla, ni, por supuesto, someterla a condiciones o procedimientos que supongan sufrimiento físico o mental.

Si en el curso de sus investigaciones los servicios de inteligencia descubren la existencia de un delito, deberán ponerlo en conocimiento de la Justicia, lo que no significa que el Centro tenga necesariamente que inhibirse a partir de ese momento, siempre que siga actuando dentro las funciones que legalmente tiene encomendadas. Es posible, sin embargo, que se produzcan interferencias entre ambas líneas de investigación, de ahí la necesidad de una buena coordinación.

7. El control de los servicios de inteligencia. El control parlamentario

La nueva legislación establece un sistema de doble control, parlamentario y judicial. Se refuerza el control parlamentario de dos formas: de un lado, manteniendo el control de los fondos reservados y, de otro, ampliándolo al conocimiento de los objetivos anuales del Centro y a la fiscalización de los mismos. Pero este control tropieza con el problema de que estas materias son declaradas secretas y, por tanto, sometidas al régimen general de los secretos oficiales. Esto significa que el Parlamento sólo va a conocer los criterios globales que se incorporen a la Directiva anual, o aquellos aspectos concretos que sean requeridos por la Cámara de acuerdo con la legislación sobre secretos oficiales. Por tanto, los parlamentarios no van a conocer la dedicación real de los servicios de inteligencia españoles. Se debería haber aprovechado para crear un comité parlamentario, que con las reservas que requiere la materia, pueda controlar la acción del Gobierno a través de los servicios de inteligencia.

8. El control judicial previo

Es cierto que los servicios de inteligencia tienen una importante función constitucional que cumplir y que era necesaria una ley -efectivamente había de ser orgánica- que regulase los procedimientos y las garantías del intervenido frente a una eventual restricción de sus derechos fundamentales. No obstante, el artículo único de la Ley Orgánica 2/2002 más parece preocupado en dotar de apariencia judicial a las intervenciones del CNI, que en configurar legalmente una auténtica garantía judicial. Incluso, en la más extrema de las interpretaciones, podría pensarse que el legislador no ha tenido verdadera intención de someter la actuación de los servicios de inteligencia a un verdadero control.

La Ley prevé el nombramiento de un Magistrado único. Es cierto que de esta forma se garantiza la exigencia constitucional de un control judicial, pero podría haberse optado mejor por un órgano formado al menos por tres

Magistrados. La propuesta de nombramiento de este Magistrado único la realiza el Pleno del Consejo General del Poder Judicial, sin el informe de la Comisión de Calificación. Esta excepción poco favorece la transparencia en el nombramiento. Se termina dando la impresión de que el Magistrado del CNI no es un Magistrado adscrito, sino más bien un Magistrado a la carta.

No es seguro, por otra parte, que con los datos que el director del CNI proporciona a ese Magistrado único en la solicitud de intervención, éste se encuentre en disposición de ponderar adecuadamente la proporcionalidad.

9. El control judicial una vez concedida la autorización

Desde un punto de vista constitucional, la garantía judicial no sólo comprende la decisión inicial del juez en sentido estricto, sino también el posterior control judicial de la intervención material. No se arbitran mecanismos en la Ley Orgánica 2/2002 para que el Magistrado controle lo que es la intervención material propiamente dicha, ya sea en el domicilio o en las comunicaciones, esto es, para comprobar el uso que hace el Centro Nacional de Inteligencia de la autorización judicial.

10. Intervenciones domiciliarias y de las comunicaciones por razones económicas: el principio de proporcionalidad

Este tipo de intervenciones no estarían normalmente justificadas, pero cuando son llevadas a cabo por el Centro Nacional de Inteligencia, sí pueden llegar a estarlo cuando sean de tal envergadura que puedan afectar al interés nacional. El artículo 1 de la Ley 11/2002 debería ser, por ello, más explícito, pero eso no supone que estemos ante un posible motivo de inconstitucionalidad.

11. Desaparición de garantías específicas

Aunque la garantía judicial sea la más relevante en el tipo de intervenciones que analizamos, no es la única. Por ejemplo, la presencia del interesado en el registro domiciliario, o en su defecto la de los testigos, o incluso la del Secretario Judicial -aunque se trate, esta última, de una mera exigencia de legalidad- también se han quedado por el camino.

12. Duración de las medidas restrictivas

La duración de las medidas se establece en 24 horas para el caso de intervención en el domicilio, y en tres meses en caso de interceptación de comunicaciones. Se regula la posibilidad de prórrogas por períodos iguales y sucesivos, pero sin establecer ningún límite. Evidentemente en este punto hay que acogerse a la doctrina del Tribunal Constitucional que exige la limitación temporal de las medidas adoptadas.

13. Las actuaciones del Centro Nacional de Inteligencia y el derecho de defensa

La Ley no contempla el derecho a reaccionar del ciudadano afectado por una intervención domiciliaria o de sus comunicaciones, lo que puede suponer la vulneración de su derecho de defensa. Es verdad que si éste conoce que va a ser objeto de investigación, ésta se frustra, pero también es cierto que, si una vez desaparecida la situación que justifica el secreto, se le impide conocer que dicha intervención tuvo efectivamente lugar, las causas que la justificaron, la forma en que se desarrolló, etc., se vulnera el derecho de defensa. Es posible que haya informaciones que deban permanecer “enlatadas” durante mucho tiempo, pero en otros casos no tiene por qué ser así.

14. La conservación y destrucción de datos e informaciones que obran en poder del Centro Nacional de Inteligencia

Conviene distinguir, a estos efectos, dos clases de información: a) la información obtenida como consecuencia del acopio rutinario de información que, sin mediar restricción alguna de derechos, van realizando los servicios de inteligencia; b) la información derivada de una intervención domiciliaria o de las comunicaciones, previa autorización judicial. En el primer caso, el acopio de material no presenta problema adicional al de cualquier órgano administrativo que controle y maneje datos personales. En el segundo, hay que tener en cuenta que la garantía judicial, como acabamos de decir, no sólo debe extenderse a la decisión inicial del magistrado, sino también a la intervención material propiamente dicha y al control *a posteriori* de los materiales encontrados. Este control implica la determinación de cuáles son los materiales relacionados o no con el interés del Estado. Por ello, es posible ver un motivo de inconstitucionalidad en el artículo único de la Ley orgánica 2/2002. Aunque la Ley prevé la destrucción del material que no guarde relación con los fines de la investigación, atribuye al director del Centro, y no al Magistrado, la competencia de decidir qué material guarda o no esa relación.

Orientación Bibliográfica

- AGUIAR DE LUQUE, L.: “Los límites de los derechos fundamentales”, *Revista del CEC*, núm. 14, 1993.
- ARAGÓN REYES, M.: *Política exterior de defensa y control parlamentario*, CEC, Madrid, 1988.
 - “Información parlamentaria y función de control”, en *Instrumentos de información de las cámaras parlamentarias*, Cuadernos y Debates, núm. 52, 1994.
- ARENA, A.: “Il controllo del Parlamento sui servizi per le informazione e la sicurezza”, *Segreto di Stato e servizi per la informazione e la sicurezza*, Roma, 1978.
- BALAGUER CALLEJÓN, F. (Coord.): *Derecho Constitucional*, Tecnos, Madrid, 1999.
- BARCELONA LLOP, J.: *Policía y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1997.
- BONACCI, M.: “Un istituto penalistico da riesaminare: il segreto di Stato”, *Democrazia e diritto*, 1968.
- CÁMARA VILLAR, G.: “Derecho a la tutela judicial efectiva”, en BALAGUER CALLEJÓN, F. (Coord.): *Derecho Constitucional*, Tecnos, Madrid, 1999.
- CANO BUESO, J.: *El “derecho de acceso a la documentación” de los Diputados en el Ordenamiento Constitucional Español*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1996.
 - “Información parlamentaria y secretos oficiales”, en *Revista de las Cortes Generales*, núm. 42, 1997.
- COCCO, G.: *I servizi d'informazione e di sicurezza nell'ordinamento italiano*, Padua, 1980.

- CONSO, O.: “Segreto militare e prova liberatoria”, *Giurisprudenza italiana*, vol. IV, 1968.
- CARRILLO, M.: *La cláusula de conciencia y el secreto profesional de los periodistas*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1993.
- CASCAJO CASTRO, J. L.: “Motivos de inconstitucionalidad de la ley orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal”, en *Estudios de Derecho Público. Homenaje a Juan José Ruiz-Rico*, Tecnos, Madrid, 1997.
- DESANDRE, J.: “Les Commissions d’enquête ou de contrôle en droit français”, *Notes et études documentaires*, La Documentation française, Paris, 1976.
- DETTERBECK, D.: *Parlament und information*, 1972.
- DIEZ PICAZO, L. M.: “El secreto de Estado en el proceso penal. A propósito de la sentencia de Conflictos de Jurisdicción de 14 de diciembre de 1995”, *La Ley*, núm. 3952, 1996.
 - “Secretos oficiales: una propuesta de control”, en *Sobre Secretos Oficiales*, Civitas, Madrid, 1998.
- DÍAZ PITA M. M.: “El bien jurídico protegido en los nuevos delitos de tortura y atentado contra la integridad moral”, *Estudios penales y criminológicos*, 1997.
- FERNÁNDEZ DELGADO, C.: “El secreto de Estado en el ordenamiento jurídico-constitucional italiano” en *REP*, núm 99, 1998.
- FERNÁNDEZ-MIRANDA, A.: *El secreto profesional de los informadores*, Tecnos, Madrid, 1990.
- FERNÁNDEZ SEGADO, F.: “La libertad de expresión en la doctrina del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos”, *REP*, núm. 70, 1990.
 - “La dinamización de los mecanismos de garantía de los derechos y de los intereses difusos en el Estado social”, en *Estudios de Derecho Público. Homenaje a Juan José Ruiz-Rico*, Tecnos, Madrid, 1997.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R.: *Derecho Administrativo*, Tecnos, Madrid, 1985.

- GARCÍA MORILLO, J. y otros: *Régimen constitucional español*, Barcelona, 1980.
- GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E.: “Materias clasificadas y control parlamentario”, REDC, nº. 48, 1996.
- GREVI, L.: “Segreto di Stato e processo penale”, *Segreto di Stato e Giustizia penale*, Bolonia, 1978.
- GÓMEZ ORFANEL, G.: “Domicilio y escuchas. La reforma constitucional alemana de 1998”, en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 3, 1998.
- GUILLÉN LÓPEZ, E.: “Ciudadanos, Parlamento y control de la política de defensa del Estado”, en *Los derechos humanos. Libro homenaje al Excmo. Sr. D. Luis Portero García*, Universidad de Granada, Granada, 2001.
- LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P.: “El derecho a la intimidad”, *Estudios de Derecho Público. Homenaje a Juan José Ruiz-Rico*, Tecnos, Madrid, 1997.
 - *El derecho a la autodeterminación informativa*, Tecnos, Madrid, 1990.
 - “Informática y protección de datos personales”, Cuadernos y debates, CEC, Madrid, 1993.
 - *Informática y protección de datos de carácter personal (Estudios sobre la ley orgánica 5/1992, de 29 de octubre de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal)*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
- MARTÍN MORALES, R.: *El derecho fundamental al honor en la actividad política*, Universidad de Granada, Granada, 1994.
 - *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*, Civitas, Madrid, 1995.
 - “La *interpositio legislatoris* en los supuestos de limitación de derechos fundamentales a través de remisión constitucional expresa al juzgador”, en *Estudios de Derecho Público. Homenaje a Juan José Ruiz-Rico*, I, Tecnos, Madrid, 1997.
 - (Coord.), *El principio constitucional de intervención indiciaria*, Grupo Editorial Universitaria, Granada, 2000.

- MARTÍN RETORTILLO, L. y DE OTTO, I.: *Derechos fundamentales y Constitución*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1992.
- MARTINELLI, M.: *SIFAR, gli atti del processo De Lorenzo-L'Espresso*, Milán, 1968.
- PÉREZ LUÑO, A.: *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1988.
- PISA, C.: "Il segreto di Stato di fronte alla Corte Costituzionale: luci ed ombre in attesa della riforma", *Giurisprudenza costituzionale*, vol. I, 1977.
- *Segreto di Stato*, Milán, 1977.
- POMED SÁNCHEZ, L. A.: *El derecho de acceso a los ciudadanos a los archivos y registros administrativos*, Madrid, 1989.
- PRIETO SANCHÍS, L.: *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990.
- REVENGA SÁNCHEZ, M.: "Servicios de inteligencia y derecho a la intimidad", en *REDC*, núm. 61, 2001.
- REMIRO BROTONS, A.: *Política exterior de defensa y control parlamentario*, CEC, Madrid, 1988.
- RODRÍGUEZ, V.: "Segreto di Stato e servizi di sicurezza", *Diritto e società*, 1978.
- SÁINZ MORENO, F.: "secreto e información en el Derecho Público", en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Prof. García de Enterría III*, Civitas, Madrid, 1991.
- VIRGARA FORURIA, E.: "La forma de gobierno semiparlamentaria como alternativa a la presidencial y a la parlamentaria", en *REP*, núm. 89, 1995.
- "La nueva forma de gobierno israelí: creación y puesta en práctica", en *Cuadernos constitucionales de la cátedra Fadrique Furió*, núm. 20/21, 1997.
- VV. AA.: *Debate sobre el secreto profesional de los periodistas*, Cuadernos y Debates, CEC, núm. 12, 1988.