



## Intromisión en la intimidad y Centro Nacional de Inteligencia. Crítica al modelo español de control judicial previo



José L. González Cussac

Universidad de Valencia

**RESUMEN:** La ausencia de regulación legal respecto a la intromisión en la intimidad por el Centro Nacional de Inteligencia (CNI) fue remediada por la LO 2/2002. En dicha ley se fija un sistema de control judicial previo que, tras ser comparado con el fijado en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pone de manifiesto que el control al que se somete al CNI en esta materia no es tanto un control judicial efectivo, sino un control judicial previo limitado exclusivamente a los derechos al secreto de las comunicaciones y a la inviolabilidad del domicilio. Dicho sistema presenta carencias que requieren de una labor legislativa y plantea cuestiones problemáticas merecedoras de una mayor reflexión y debate, dada la relevancia que los servicios de inteligencia desempeñan en nuestro Estado democrático.

**PALABRAS CLAVE:** Servicios de inteligencia, secreto de las comunicaciones, inviolabilidad del domicilio, control judicial.

**ABSTRACT:** The absence of a legal framework on invasion of citizen's privacy by the National Intelligence Centre was remedied by Act No 2/2002, that establishes a system of preliminary judicial control. When it is compared with the one envisaged by the Criminal Procedure Act, it becomes clear that the control the Centre is subject to is not that much an effective judicial control, but a preliminary control by the court that remains limited exclusively to the rights of privacy of communications and inviolability of the home. The system previously mentioned presents certain shortcomings that require legislative work and raises problematic issues that deserve a further reflection and debate, given the relevance of intelligence services in our democratic system.

**KEY WORDS:** Intelligence services, privacy of communications, inviolability of the home, judicial control,

**SUMARIO:** 1. Planteamiento. 2. La LO 2/2002, del 6 de mayo, reguladora del control judicial previo del CNI. 3. Críticas al procedimiento establecido en la LO 2/2002. 4. ¿Es suficiente el control judicial previo? 5. Conclusiones.

## 1. Planteamiento

El desarrollo de las actividades que constitucionalmente tienen asignadas los servicios de inteligencia del Estado, puede comportar una limitación, restricción o afectación de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Los recientes escándalos internacionales, particularmente las revelaciones de Eduard Snowden, acerca del hipotético abuso de algunos servicios de inteligencia, han vuelto a situar esta materia en el centro de la discusión jurídica, si bien constituyen un tema clásico de discusión.<sup>1</sup>

En este trabajo me detendré en el análisis, en el marco jurídico español, de las actividades de inteligencia que pueden suponer una intromisión en el derecho a la intimidad, y más concretamente en los derechos reconocidos en el art. 18.2º y 3º de la Constitución Española (CE). Es decir, me propongo plantear algunas reflexiones sobre el contenido de la LO 2/2002, del 6 de mayo, reguladora del control judicial previo del Centro Nacional de Inteligencia (CNI), que directamente se refiere a estos dos derechos.

## 2. La LO 2/2002, del 6 de mayo, reguladora del control judicial previo del CNI

En este apartado voy a tratar de describir sucintamente el régimen establecido en esta norma, para después, en los siguientes apartados, introducir algunas reflexiones al hilo de nuestro modelo constitucional y legal, tomando como parámetro esencial la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), del Tribunal Constitucional (TC) y del Tribunal Supremo (TS).

Ya en el art. 12 de la Ley 11/2002 se incluye la referencia al control judicial previo al que deberán someterse las actuaciones del Centro Nacional de Inteligencia que afecten a los derechos promulgados en los apartados 2 y 3 del artículo 18 CE. De modo que conforme a esta remisión, la LO 2/2002 desarrolla la regulación del citado control judicial previo.

Pues bien, la citada LO 2/2002 se estructura en un único artículo en el que se disciplina, de manera conjunta y unitaria, el control judicial previo al que han de someterse todas las actuaciones del CNI referidas a los derechos tutelados en el art. 18.2º y 3º CE.<sup>2</sup>

La necesidad de esta regulación legal expresa se debe, como afirma la propia Exposición de Motivos de la LO 2/2002, a que el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) exige la previsión legal de tales medidas, al igual que también lo exige el art. 18 CE. Al respecto, no debe olvidarse que el TEDH ha condenado en dos ocasiones a España, precisamente por los defectos que nuestra regulación ordinaria presentaba en relación con esta cuestión. Pero íntimamente unido a esta circunstancia, hay que tomar también en consideración que, hasta la entrada en vigor de esta norma en 2002, no se cumplía esta exigencia en nuestro ordenamiento jurídico. Y no se satisfacía este requerimiento porque, por una parte, no se aplicaba la normativa ordinaria contenida en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim) respecto a la actuación de los servicios de inteligencia, principalmente por la diferente naturaleza atribuible a las funciones desempeñadas por éstos en relación con las que constitucional y legalmente corresponde a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado;<sup>3</sup> y de otra, porque no existía una normativa específica al respecto.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> Por ejemplo, recientemente en España puede consultarse Ruiz Miguel, C., “Problemas actuales del Derecho de los servicios de inteligencia”, *Inteligencia y Seguridad. Revista de Análisis y Prospectiva*, núm. 2, junio de 2007; y Marsal Muntalá, J., “Seguridad versus libertad”, *Arbor: Ciencia, Pensamiento y Cultura*, núm. 709, enero de 2005, pp. 219-226; (<http://arbor.revistas.csic.es/index.php/arbor/article/view/504/505>) <http://arbor.revistas.csic.es/index.php/arbor/issue/view/34>

<sup>2</sup> La primera distancia entre ambos textos consiste en que la LO 2/2002 prevé un control unitario y único, sin establecer especificaciones propias derivadas de los distintos derechos afectados ni tampoco de los objetos materiales sobre los que recae la actuación del CNI. Por el contrario, en el régimen ordinario o genérico establecido en la LECrim, sí se trazan requisitos diferentes en consideración a los derechos y objetos afectados. Así, en los arts. 545 a 578 se regulan la entrada y registro en lugar cerrado, y el de libros y papeles; mientras que en los arts. 579 a 588 se hace lo propio con las intervenciones de las comunicaciones.

<sup>3</sup> Sin embargo, las diferencias entre las funciones atribuidas a servicios de inteligencia y a los policiales no puede confundirse con la coincidencia en enfrentar fenómenos comunes, como el terrorismo o el crimen organizado, que presentan una doble dimensión: por una parte constituyen amenazas a la seguridad nacional y a la vez delitos graves. Esta coincidencia no debe servir de confusión entre ambas clases de agencias estatales, ni obviamente contribuir a la relajación del control de sus actividades en estas materias. Cfr. Sánchez Barrilao, J.F., “Prevención e inteligencia: Centro Nacional de Inteligencia y comunidad de inteligencia ante el terrorismo, la criminalidad organizada y la inmigración ilegal”, *Revista Ejército de Tierra Español*, núm. 846, septiembre de 2011, p. 61.

<sup>4</sup> González Cussac, J.L., Larriba Hinojar, B. y Fernández Hernández, A., “Derecho”, en González Cussac, J.L. (coord.), *Inteligencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 345 y 346.

El objeto y ámbito de aplicación viene referido en la Exposición de Motivos, aunque no coinciden exactamente con los reseñados en el título que da nombre a la norma. En efecto, pues, como se expone en aquella, lo que se regula en la misma no es un control judicial propiamente dicho, sino más exactamente un régimen de autorización previo que, aunque puede ser considerado como tal —ése es precisamente uno de los puntos a debatir—, no agota el contenido que comúnmente se asigna a la función del control judicial y que, por otra parte, es la que se establece en la legislación procesal ordinaria. Cuestión distinta es, también, la conveniencia o no del sometimiento de la labor de los servicios de inteligencia a un control judicial, o si por el contrario, dada su especial naturaleza, se presenta como más adecuado otro tipo de controles. No obstante, constituye éste un debate que no debe ser abordado aquí por dos motivos: en primer lugar, porque constituye una materia de una relevancia y complejidad que no puede ser abordada en el presente trabajo. Y en segundo lugar, porque aquí se persigue un análisis mucho más concreto ceñido a lo dispuesto en el Derecho positivo español referido.

Así pues, como punto de partida puede afirmarse que desde 2002 nuestro ordenamiento contiene una normativa específica, la LO 2/2002, que a su vez se complementa con lo dispuesto en la Ley 11/2002, que establece de forma exclusiva el régimen de autorización judicial de las actividades que el CNI debe observar en el desarrollo de sus funciones, que afecten a los derechos fundamentales contenidos en los arts. 18.2 y 3 CE. Pero, como he apuntado antes, se trata de una autorización judicial previa, pero no de un control judicial propiamente dicho. Esta diferencia sustancial se aprecia claramente en la literalidad de la norma, ya que, por ejemplo, el control del resultado de tales actuaciones se otorga al secretario de Estado director del CNI, y no a un órgano jurisdiccional. No en vano, la LO 2/2002, en su Disposición Adicional (en la que se modifican los arts. 127 y 342 bis de la LOPJ), hace referencia al “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”, y no atribuye en ningún caso al magistrado encargado, el *control* (completo, esto es posterior) de las actividades del CNI que afecten a los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 18.2 y 3 de la Constitución.

En consideración a la especial función que en un Estado de Derecho está llamado a cumplir un servicio de inteligencia, la LO 2/2002 establece un doble procedimiento: primero, el que ha de seguirse para designar a la autoridad judicial a la que se le atribuye la función de autorización de tales medidas; y, segundo, aquel a través del cual el servicio de inteligencia, representado en la figura de su director, ha de solicitar dicha autorización, y del que le será o no concedida la misma, pero que en ningún caso se establezca obligación alguna de rendir cuentas del resultado obtenido. Seguramente la justificación de esta especialidad apunta a que las actividades de inteligencia no están orientadas nunca a obtener pruebas de hechos criminales, ni a ser empleadas en un proceso judicial, ni por tanto a enervar la presunción de inocencia en el mismo, sino a otros objetivos igualmente legítimos, pero completamente diversos de aquéllos.

Decía que el sistema de control fijado en la LO 2/2002 no es completo. Ello es así por cuanto el control al que las diligencias de entrada y registro en lugar cerrado y de intervención de las comunicaciones va referido, en su régimen ordinario, se extiende a todas las fases por las que las mismas se desarrollan: *a)* desde la autorización de su práctica; *b)* hasta su incorporación al proceso judicial como medio de prueba; *c)* pasando por su ejecución, y *d)* llegando hasta los resultados obtenidos con ellas. Así, pues, conviene examinar comparativamente este procedimiento singular con el genérico establecido en la LECrim, para poder efectuar un análisis riguroso del mismo.

**A)** En cuanto a la **autorización**: conviene comenzar advirtiendo que la LO 2/2002 modifica los artículos 125, 127 y 135 y añade un 342 bis a la LOPJ para posibilitar la designación de un *juez ad hoc* competente en exclusiva para el desempeño de la función de autorización. El nombramiento deberá recaer en un magistrado de la Sala Segunda o Tercera de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de entre los que cuenten con tres años de servicio en la categoría, por un periodo de cinco años, a propuesta del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, de entre las propuestas de nombramiento presentadas por el presidente del CGPJ.

Sin embargo, como ya adelantaba, en realidad la propia LO 2/2002 concede una amplia función controladora al secretario de Estado director del Centro Nacional de Inteligencia porque, en primer lugar, es el único habilitado para solicitar autorización al

magistrado del Tribunal Supremo, de manera que cualquiera de las actividades limitadoras de los derechos fundamentales que los servicios de inteligencia civiles (CNI) o militares (CIFAS) estimen oportuno realizar, habrán de dirigirse al secretario de Estado director del CNI. El cual solicitará la autorización, lo que implica que, al menos en teoría, tiene la facultad de negarse a realizar dicha solicitud, con lo que a él corresponde el primer filtro de control, con independencia de que la decisión final esté en manos del magistrado, siempre que el secretario de Estado director del CNI acceda a iniciar el procedimiento. Facultad que se extiende, como no podía ser de otro modo, a la hora de solicitar eventuales prórrogas. Las cuales, innecesario es decirlo, deberán pasar también por el mismo tamiz. No resultando ilógico pensar que para ello deberán ponerse en conocimiento del secretario de Estado director del CNI, al igual que del magistrado, los resultados obtenidos —así al menos ocurre en el régimen general—, a fin de justificar la solicitud de continuidad de la medida.<sup>5</sup>

En cualquier caso, parece obvio que la autorización de estas actividades relativas a los derechos fundamentales de los artículos 18.2 y 3 CE requieren un “auto”, pues ésta es una de las resoluciones judiciales, junto con las sentencias, que requieren motivación. Motivación que resulta también, en estos casos, al igual que como ocurre en el régimen ordinario, inexcusable. El citado “auto” debe proceder de dicho magistrado y podría ser denegatorio en caso de estimarse que la medida solicitada resulta innecesaria, desproporcionada o injustificada. De modo que, entonces, se deduce que el “auto”, para que pueda estar debidamente motivado, ha de estar precedido de una solicitud que ilustre suficientemente al magistrado, para que éste pueda efectivamente ejercer su función. Este extremo resulta de gran interés.

En efecto, pues, desde luego la solicitud deberá exponer al menos la necesidad de adoptar la medida, como así ocurre en los supuestos comunes. Más difusa se presenta la necesidad de que la solicitud concrete o detalle el objetivo finalmente perseguido, aunque la letra a) del apartado número 2 del art. único de la LO 2/2002 establece que en la solicitud deberán

constar los hechos en que la misma se apoye, los fines que la motivan y las razones que aconsejan su adopción. Si ello es así, puede hablarse, en lo que a este aspecto se refiere, de un control judicial efectivo.

Ahora bien, también en este extremo surgen ciertas particularidades dignas de reseñarse. Como de sobra es conocido, el Tribunal Constitucional ha insistido en que la necesidad de fundamentación de las resoluciones judiciales obedece al propósito de facilitar el conocimiento a los afectados y a terceros de las razones que llevaron al órgano jurisdiccional a adoptar tal medida, posibilitando con ello un posterior control de las mismas. El fundamento mismo de dicho requisito exige, en consecuencia, una publicidad de la resolución. Publicidad que, cuando menos, se extiende a las partes en el proceso (con todas las salvedades que, dependiendo de los casos, puedan hacerse). Sin embargo, el inciso último del apartado 3 del artículo único de la LO 2/2002 dispone que las actuaciones del magistrado competente tendrán la clasificación de secreto, lo que implica, según establece el artículo 8 de la Ley 9/1968, de 5 de abril, reguladora de Secretos Oficiales, que sólo “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”. Entre estas personas no se encuentran, por razones de pura lógica y efectividad de la medida, los afectados por las mismas. De ello se deriva que, dado que el “auto”, con independencia de su sentido, es irrecurrible, y que el ciudadano afectado por la actividad autorizada en el mismo no va a tener conocimiento de su realización, la exigencia de motivación queda realmente disminuida, y sin apenas posibilidad de posterior revisión. Ello abre el debate acerca de su sentido y utilidad efectivos.<sup>6</sup>

En el marco de esta discusión, tal vez sea pertinente apuntar que quizás su única justificación sea posibilitar un potencial control posterior del Parlamento y del propio gobierno, únicos —excepto, claro, las investigaciones ordinarias en la jurisdicción penal—, al que el mismo se puede ver sometido en nuestro actual modelo, y que, en cualquier caso, se llevaría a cabo en términos completamente extraños a los que rigen un procedimiento jurisdiccional. De ello cabe inferir,

<sup>5</sup> Aunque no necesariamente deba ser así, pues, en principio, podría ser suficiente con manifestar simplemente que no se ha logrado el resultado obtenido, estimando necesaria la continuidad de la actuación.

<sup>6</sup> La existencia de ciertas áreas difusas se incrementa en ciertos casos, como por ejemplo el relativo a la interceptación del listado de las llamadas telefónicas o *conteo*. Cfr. Caballero Sánchez-Izquierdo, José M<sup>a</sup>, “Supuestos particulares que pueden comprometer el derecho al secreto de las comunicaciones”, *Diario La Ley*, núm. 7573, Sección Tribuna, 21 de febrero de 2011.

pues, que la motivación que se exige a tales resoluciones autorizantes no es, o al menos por congruencia con el sistema no debiera serlo, igual que las del resto de resoluciones jurisdiccionales de esta naturaleza dictadas en el procedimiento ordinario. De hecho, la LO 2/2002 fija con cierto detalle el contenido de la solicitud, no así, sin embargo, el del “auto”. De nuevo aquí brota otra cuestión compleja, pues cabría entonces entender que le podrían ser aplicables las disposiciones genéricas establecidas en la LECrim (arts. 558 y 579).

**B) Respecto a la incorporación al proceso judicial como medio de prueba** de los datos obtenidos en la actividad del servicio de inteligencia, es claro que nada dice la LO 2/2002, pues no es de su competencia ni persigue estas finalidades. No obstante esta obviedad, también aquí surge el problema de si es posible trasladar las informaciones sobrantes a la policía, si ello ha de estar formalizado, qué efectos provocaría esta práctica y, en definitiva, determinar la validez y eficacia de la llamada “prueba de inteligencia”, que a su vez conecta con la problemática de las denuncias anónimas, con el secreto de las fuentes, y con la explicación suficiente del hallazgo de indicios.<sup>7</sup>

**C) Control de la ejecución de la medida.** Como es conocido, la LECrim establece en su artículo 569 que para la entrada y registro en lugar cerrado, y en su artículo 586 para la intervención de las comunicaciones postales, es necesaria la intervención directa del juez instructor –y/o del secretario judicial–, lo que supone un control judicial pleno de la diligencia. Por el contrario, ninguna facultad se le atribuye al magistrado del Tribunal Supremo competente para autorizar la actuación de los servicios de inteligencia respecto de la ejecución de tales actividades, con lo que no puede afirmarse que en relación con la misma se haya establecido control judicial alguno.

En efecto, afirmado lo anterior, procede exponer con mayor detalle las diferencias existentes entre el régimen jurídico de investigación contenido en la LECrim y el de las actividades de los servicios de inteligencia. Y conviene hacerlo por separado en consideración de cada uno de los derechos y objetos de tutela afectados por la intromisión.

**a) En cuanto a la entrada y registro en lugar cerrado,** cabe recordar que por entrada debe entenderse

“toda resolución judicial por la que se limita el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio”. Derecho que, según el artículo 545 LECrim, puede ser limitado “en los casos y forma previstos en las leyes”, lo que da cabida a la posibilidad de excepcionar, por medio de una ley, los requisitos genéricos que se exigen a la misma. Pero como acto indirecto de investigación que es, debe acordarse en el seno de un procedimiento judicial. Así, pues, la diligencia de entrada, necesariamente ha de ser autorizada por el juez competente, o cuanto menos puesta en su conocimiento de forma inmediata cuando sea realizada, en los supuestos legalmente tasados, por agentes de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, conforme lo establece el art. 553 LECrim. Diligencia que ha de ser autorizada mediante resolución materialmente motivada, esto es, evidenciando el juicio de necesidad de la medida, y debiéndose notificar al interesado (art. 566 LECrim), es decir, al titular del derecho a la intimidad que se ve afectado, de forma simultánea a su realización, debiendo estar presente él mismo o persona que legítimamente le represente, así como la autoridad y el secretario judicial, so pena de riesgo de nulidad de la diligencia y su posterior valoración como medio de prueba (tanto en la entrada como en el registro). Diligencias que han de practicarse de día, requiriéndose el consentimiento del titular para su continuación durante la noche (arts. 546, 550, 567 y 570 LECrim).

Por el contrario, el régimen de las entradas y registros que los servicios de inteligencia pueden realizar en el cumplimiento de sus funciones es completamente distinto. Para comenzar, el objetivo que las justifica es la recopilación de información para con ella generar inteligencia, y no la detención (facultad ésta que además les está expresamente prohibida en la Ley 11/2002), ni la recogida de instrumentos o efectos de un presunto delito, y es así no sólo porque no investigan delitos, sino porque no actúan en el seno de un proceso judicial. Por lo tanto, la recopilación de datos u objetos con finalidad directa o indirecta de ser utilizados como pruebas por agentes de inteligencia, incluso podría comportar su invalidez para su posterior uso en un proceso judicial, al haber carecido su práctica de las garantías legales exigidas. Más aún, la finalidad perseguida por los servicios de inteligencia

<sup>7</sup> Sobre esta cuestión es fundamental la STS 921/2006, de 26 de septiembre (caso Perote).

al desarrollar la entrada en un lugar cerrado puede ser la de registrar –pero nunca recoger o aprehender material probatorio–, y también para colocar aparatos de vigilancia, con el objetivo siempre de prevenir amenazas a la seguridad nacional.<sup>8</sup>

En consecuencia, esta finalidad obliga, a fin de posibilitar la efectividad de la medida, no ya a enervar la presencia judicial, sino de manera principal a garantizar la falta de conocimiento por parte del afectado. Así, pues, la misma eficacia y finalidad de esta medida, cuando es desarrollada por los servicios de inteligencia, parece irremediablemente conducir, además de lo ya dicho sobre la ausencia de control judicial, a la necesaria ignorancia de las garantías legalmente establecidas. Garantías que en el marco de un proceso criminal no se dirigen sólo a asegurar el derecho a la intimidad sino también a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE). Proceso, como se ha dicho, inexistente en los supuestos de actuación de los servicios de inteligencia.

**b)** Por lo que se refiere a las **intervenciones de las comunicaciones**, cabe recordar que por las mismas han de entenderse las postales, telegráficas, telefónicas, así como las digitales. Y cada una de ellas tiene un régimen específico. Puesto que la LO 2/2002 hace una referencia genérica a los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 18.2 y 3 CE, y que dentro del último de ellos han de encuadrarse todas las comunicaciones, por cuanto que lo que se protege es “la comunicación y no lo comunicado”, todas ellas deben considerarse incluidas en el ámbito de aplicación de la citada Ley Orgánica 2/2002.

Pues bien, la intervención de las comunicaciones postales y telegráficas se encuentra regulada en los artículos 579.1 y 580 a 588 LECrim. Su régimen jurídico precisa de una resolución judicial motivada mediante la cual se ordena a agentes de la policía judicial o asimilados, la detención del soporte a través del cual se lleva a cabo una correspondencia postal o telegráfica del imputado para que, con las garantías de inmediación judicial y contradicción, se dé lectura a la misma a fin de convertir dicho acto de investigación, en su caso, en un acto de prueba preconstituida.

De este régimen se derivan los requisitos que la misma ha de revestir. Así, en primer lugar, ha de ser ordenada mediante auto motivado en el que se pondere el correspondiente juicio de proporcionalidad al que debe responder la medida, emitida en un proceso penal; se fijen las personas que pueden ejecutarlo; así como las formalidades y efectos del acto de lectura, que para posibilitar su conversión en prueba preconstituida requiere necesariamente que sea practicada por el juez de instrucción competente (art. 586 LECrim) en presencia del secretario judicial (arts. 586 y 588 LECrim) y la del imputado (arts. 584 y 585), conllevando la ausencia de cualquiera de los tres requisitos la nulidad de la diligencia. Ninguna de estas exigencias y requisitos se contemplan en la LO 2/2002, que sólo exige la previa autorización judicial.

Por su parte, las intervenciones telefónicas requieren como presupuesto su previsión legal,<sup>9</sup> y que su adopción sea decretada por un órgano jurisdiccional en el marco de un proceso judicial incoado para la investigación de un delito grave o delitos leves con trascendencia social, lo que supone el cumplimiento de los principios de jurisdicción, legalidad y proporcionalidad.

En el procedimiento ordinario, esta medida podrá tener una duración máxima de tres meses (art. 579.3 LECrim), prorrogables por periodos iguales; y puesto que no se fija limitación al número de prórrogas podrá extenderse durante tiempo indefinido. Teniendo en cuenta que la eficacia de esta medida requiere que se lleve a cabo inaudita parte, esto es, sin conocimiento previo del afectado, el juez de instrucción puede acordar el secreto instructor 1º, que no podrá tener un plazo superior a un mes (art. 302.2 LECrim), transcurrido el cual necesariamente habrá de darse a conocer a todas las partes procesales. Ello hace inoperantes e innecesarias no sólo la continuación de la diligencia inicialmente autorizada –siempre que hubiera sido concedida por un periodo superior a ese mes–, sino de las hipotéticas prórrogas que pudieran solicitarse. No entraré aquí a valorar el remedio empleado en la práctica, consistente en el recurso a las llamadas *diligencias indeterminadas*.

<sup>8</sup> Una exposición panorámica de las actividades de inteligencia en derechos y garantías puede verse en González Cussac, J.L., Larriba Hinojar, B., y Fernández Hernández, A., “Derecho”, en González Cussac (coord.), *Inteligencia, op. cit.*, pp. 323-333.

<sup>9</sup> Al respecto, recuérdense las dos condenas a España por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por este motivo: Valenzuela c. España (STEDH 1998/31 de 30 julio de 1998), y Prado Bugallo c. España (STEDH 2003/6 de 18 de febrero de 2003).

En síntesis, el procedimiento común discurre por las siguientes fases: por lo general, la medida ha de ser ordenada por el juez de instrucción objetiva y territorialmente competente, que mediante auto motivado ordenará a los funcionarios de policía judicial o empleados de la compañía telefónica la intervención y grabación de las escuchas durante el periodo de tiempo fijado en la resolución. Las grabaciones, una vez practicadas y fijadas en los oportunos soportes, han de ser íntegramente puestas a disposición del Juzgado para que, con la intervención de todas las partes en el proceso, sean transcritas en un acta bajo la fe del secretario.

Por su parte, en la LO 2/2002, inciso d) del apartado 2 de su artículo único, se fija el límite máximo de duración de esta medida también en tres meses. Plazo que también puede ser prorrogado por “sucesivos periodos iguales”, sin fijar límite alguno. Sin embargo, en este caso, el establecimiento de las prórrogas parece justificarse en la ausencia de una obligación, ni para el magistrado del Tribunal Supremo, ni para el secretario de Estado director del CNI, de poner en conocimiento del afectado la medida adoptada. Así pues, dichas prórrogas, mientras puedan considerarse necesarias y eficaces en la consecución del objetivo pretendido, no deben ser comunicadas al afectado ni siquiera después de alzarse, si con ello se pusiera en riesgo la finalidad perseguida, o la seguridad de las fuentes, métodos e identidades de los servicios de inteligencia.

**D)** Finalmente, en lo que al **control de los resultados** se refiere, procede poner de manifiesto la atribución del control al secretario de Estado director del CNI y no al magistrado del Tribunal Supremo competente. El apartado 4 del artículo único de la LO 2/2002 establece que “el secretario de Estado director del Centro Nacional ordenará la inmediata destrucción del material relativo a todas aquellas informaciones que, obtenidas mediante la autorización prevista en este artículo, no guarden relación con el objeto o fines de la misma”. Por consiguiente, es en realidad el secretario de Estado director del CNI quien posee las facultades legales para evaluar y usar la información a fin de satisfacer los fines perseguidos, esto es, el que decide qué es relevante y qué no lo es, y qué hacer con tales informaciones, antes de su preceptiva destrucción o borrado.

Las informaciones obtenidas por estos medios deben ser, a tenor del texto legal, inmediatamente

destruidas. Ahora bien, no se establece mecanismo judicial que garantice el cumplimiento de dicho deber. Lo anterior, sin embargo, no implica que tales actuaciones carezcan de control alguno, pues el art. 11 de la LO 11/2002 establece un control parlamentario al que debe someterse la actividad del CNI. En efecto, pues toda la actividad desarrollada por los servicios de inteligencia –no sólo la que afecte a los derechos de los artículos 18.2 y 3 CE– se encuentra sometida al control parlamentario y por supuesto al ejercido por el propio gobierno. Ello, con independencia de la mayor o menor efectividad que estos controles posteriores puedan revestir. Pero, en cualquier caso, no existe previsión de un control judicial específico.

De forma que, sólo en los casos en que se soliciten prórrogas puede afirmarse la posibilidad de un cierto control judicial de los resultados obtenidos. Y utilizo la expresión “cierto control”, porque, a diferencia de lo que ocurre con la solicitud, nada se especifica en la LO 2/2002 sobre los requisitos que las solicitudes de las prórrogas deben cumplir. Este silencio legal abre una doble vía interpretativa. Según la primera opción, las solicitudes de prórroga deberán cumplir con los requisitos exigidos para la solicitud inicial, en la que lógicamente nada se dice respecto de la obligación de expresar los resultados obtenidos, pues todavía no los hay. Y segunda alternativa, entender que es suficiente con reseñar que los fines para los cuales se solicitó todavía no se han alcanzado, en cuyo caso tampoco se controlan los resultados obtenidos, pues únicamente se dice lo que no se ha logrado. De modo que, en cualquier caso, queda a la discrecionalidad del secretario de Estado director del CNI hacer mención o no a los mismos en las solicitudes de prórroga. Así pues, parece establecerse un sistema de control cuya posibilidad de ejercicio se deja al criterio del controlado, esto es, una suerte de autocontrol.

Para finalizar este apartado debo subrayar un extremo sobradamente sabido: la CE garantiza el secreto de las comunicaciones, entre las que explícitamente cita las postales, telegráficas y telefónicas, pero ello ha de entenderse a título de ejemplo, esto es, como una técnica de *numerus apertus*. Es decir, el texto constitucional recoge los medios tradicionales de comunicación a distancia, pero la fórmula no agota cualquier otro modo de comunicación cerrada entre un emisor y un receptor. Así pues, en su contenido se incluyen también las comunicaciones telemáticas

y en particular *el correo electrónico*, a las que serán de aplicación las garantías y régimen de control establecido para los medios tradicionales.<sup>10</sup>

### 3. Críticas al procedimiento establecido en la LO 2/2002

Son varias las opiniones críticas expresadas a este procedimiento, pero aquí tomaré como referencia la formulada por Gimbernat Ordeig,<sup>11</sup> en consideración a su contundencia y a su abierta calificación de inconstitucionalidad.

En efecto, el citado autor comienza afirmando que la LO 2/2002 plasma un pacto entre los dos grandes partidos políticos que constituye un “vergonzoso fraude constitucional”. Para llegar a esta drástica conclusión, comienza por explicar los orígenes del art. 18.3 CE, deduciendo de los debates parlamentarios que culminaron con la aprobación de la Constitución de 1978, la auténtica “voluntad del legislador” pretendida con la redacción de este precepto:

que la intervención de las comunicaciones pudiera decretarse exclusiva y excluyentemente dentro del marco de los procedimientos criminales –siempre dirigidos por un juez– y que en ningún caso ni la policía, ni los servicios de inteligencia, pudieran emprender por su cuenta atentados contra la intimidad de las personas si no disponían previamente de una autorización judicial.

Es más, esta conclusión no se deriva sólo de la que efectivamente fue la voluntad del legislador constituyente, “sino de la más elemental lógica jurídica”, porque en 1978, al tiempo de redactarse la Constitución, el único procedimiento en el cual era jurídicamente posible que la autoridad judicial pudiera decretar el levantamiento del secreto de las comunicaciones era el regulado por la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Entonces, como no se establecía en ningún otro supuesto, sino que sólo en el marco de un proceso penal la CE prevé, excepcionalmente, que se pueda levantar judicialmente el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones y a la intimidad familiar y personal,

y de igual modo después. Ahora, ese marco exclusivo debe permanecer inalterable.

Según Gimbernat Ordeig, con ello la CE

garantizaba a los ciudadanos, en su art. 18, que si una persona no había cometido ningún delito o, al menos, no existían indicios firmes de que fuera a ejecutarlo, tenía la seguridad (jurídica) de que nadie –ni siquiera un juez– podía asaltar ni sus comunicaciones ni su intimidad (en este sentido, por todas, y tajantemente, las sentencias del TC 299/2000, de 11 de diciembre, y 165/2005, de 20 de junio).

Pero a juicio de Gimbernat Ordeig, como los dos grandes partidos españoles querían seguir teniendo el deseo de escudriñar –por muy íntimo y secreto que ello fuera– en la vida de nosotros, se

inventan, mediante la LO 2/2002, un supuesto “procedimiento” y una desnaturalizada “resolución [judicial] motivada” para que el CNI pueda “proteger y promover los intereses políticos, económicos, industriales, comerciales y estratégicos de España” (éstos son, según el art. 4 de la Ley 11/2002, de 6 de mayo, reguladora del Centro Nacional de Inteligencia, y entre otros, las funciones y los objetivos de nuestros servicios secretos), con lo que, sobre esa base normativa, sería “legal” intervenir las conversaciones de, por ejemplo, empresarios, periodistas, intelectuales, políticos, abogados o magistrados –aunque no existiera el mínimo indicio de que hubieran podido cometer un delito o de que lo estuvieran preparando– para determinar, entre otros extremos, cuáles son sus vidas o sus orientaciones sexuales, o la de sus cónyuges, qué enfermedades padecen, si tienen o no hijos drogadictos, etcétera, pues, según los resultados a los que se llegara en esas invasiones “prospectivas” de la intimidad, podría alcanzarse la eventual conclusión de que son personas “chantajeables” por terceros y que ello puede poner en peligro los “intereses políticos, económicos, industriales, comerciales o estratégicos de España”.

En consideración a lo anterior, Gimbernat Ordeig concluye que la LO 2/2002 es inconstitucional por dos motivos.

<sup>10</sup> Por todos, recientemente, Guisasola Lerma: “Tutela penal del secreto de las comunicaciones. Estudio particular del supuesto de interceptación ilegal de telecomunicaciones por autoridad o funcionario público”, en Carbonell Mateu, González Cussac y Orts Berenger (dirs.), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 950.

<sup>11</sup> Gimbernat Ordeig, “*La vida de nosotros*”, *Estado de Derecho y Ley Penal*, La Ley, Madrid, 2009.

En primer lugar, porque está fuera de discusión, como ya se ha señalado, que el único procedimiento vigente en 1978 en el que era viable que un juez autorizara el levantamiento del secreto de las comunicaciones era el procedimiento criminal. En consecuencia,

no es constitucionalmente posible que la LO 2/2002 instaure ahora un “procedimiento” o “expediente” donde se puedan acordar igualmente escuchas telefónicas sin ninguna de las garantías preceptuadas para aquél. Así, y entre otras: que a lo largo del procedimiento penal –y aunque esté decretado el secreto de las actuaciones– se exige “la intervención del Ministerio Fiscal, garante de la legalidad y de los derechos de los ciudadanos por lo dispuesto en el art. 124.1 CE” (así, por todas, la sentencia del TC 165/2005, de 20 de junio); y que, una vez levantado ese secreto de las actuaciones, el propio interesado puede conocer e impugnar, junto al Ministerio Público –por ausencia o por defectos de motivación o por otros vicios–, la constitucionalidad de la medida, impugnación que pueden hacer valer tanto ante el juez instructor como ante la Audiencia Provincial, ante el Tribunal Supremo, o finalmente, ante el Tribunal Constitucional. En cambio, en el procedimiento o expediente de la LO 2/2002, el auto que acuerda invadir el secreto de las comunicaciones y la intimidad del interesado nunca podrá ser impugnado ni recurrido: ni por este último ni por el Ministerio Fiscal, ya que en ese expediente no tiene intervención alguna el Ministerio Público, y ya que el interesado –hasta que se muera– nunca va a tener conocimiento de que sus conversaciones han sido intervenidas.

En segundo lugar, en su opinión, la LO 2/2002 es inconstitucional, “porque constituye una tomadura de pelo el requisito que establece que el magistrado especial podrá acceder a la solicitud del CNI mediante resolución motivada”. Para sostener esta afirmación se apoya en la doctrina constitucional sobre los requisitos y garantías de la intervención telefónica.<sup>12</sup> Si bien Gimbernat Ordeig sugiere que la motivación

de la resolución judicial “no se exige por la motivación misma, sino porque sólo con esa motivación es posible alcanzar dos fines constitucionales”. Estos dos fines constitucionales son los que se encuentran descritos en la propia jurisprudencia del TC, y que el autor cita literalmente:

De un lado, exteriorizar las reflexiones que han conducido al fallo como factor de racionalidad en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, que paralelamente potencia el valor de la seguridad jurídica, de manera que sea posible lograr el convencimiento de las partes en el proceso respecto de la corrección y justicia de la decisión; de otro, garantizar la posibilidad de control por los tribunales superiores mediante los recursos que procedan, incluido este Tribunal a través del recurso de amparo (sentencia del TC 108/2001, de 23 de abril; véanse también, en el mismo sentido, y entre otras, las sentencias del TC 108/2001 y 165/2005).

La conclusión que extrae de lo anterior Gimbernat Ordeig es la siguiente:

A la vista de estas dos finalidades que justifican por qué la resolución debe de ser motivada, la que establece la LO 2/2002 es papel mojado y debe ser considerada, por ello, inconstitucional ya que, en primer lugar, no se pone en conocimiento del interesado ni del Ministerio Fiscal, por lo que es imposible que esa motivación pueda “lograr el convencimiento de las partes respecto de la corrección y justicia de la decisión”, siendo así que, por no poder personarse en el expediente, nunca sabrán si esa resolución existe ni, por consiguiente, y mucho menos aún, cuál es su contenido y ya que, en segundo lugar, tampoco se les garantiza ni al interesado ni al Ministerio Fiscal la posibilidad de controlar la corrección de la resolución ante tribunales superiores, no sólo porque, obviamente, no se puede recurrir lo que no se conoce, sino porque, además, la resolución del magistrado especial es irrecurrible y, por ello, no puede ser examinada por tribunal superior de clase alguna.<sup>13</sup>

<sup>12</sup> En concreto reproduce la siguiente cita: “la intervención de las comunicaciones telefónicas sólo puede considerarse constitucionalmente legítima cuando, además de estar legalmente prevista con suficiente previsión, se autoriza por la autoridad judicial en el curso de un procedimiento mediante una decisión suficientemente motivada y se ejecuta con observancia del principio de proporcionalidad” (sentencia del TC 184/2003, de 23 de octubre).

<sup>13</sup> Gimbernat Ordeig finaliza su trabajo con aseveración tremenda: “Quién de nosotros, que nunca ha cometido delito alguno, está siendo investigado en estos momentos en sus conversaciones y por qué motivo, qué secretos e intimidades nuestras conoce ya el Gobierno, es imposible de saber. El Estado puede entrar a saco en la vida de nosotros, pero, a diferencia de lo que sucedía antes de la entrada en vigor de la LO 2/2002, ya ni siquiera nos podemos defender”.

#### 4. ¿Es suficiente el control judicial previo?

Ante la rotunda y grave afirmación de inconstitucionalidad de la LO 2/2002, conviene introducir algunas reflexiones al respecto.

Desde luego, es evidente que la LO 2/2002 no contiene todas las garantías ordinarias previstas para la práctica de tales diligencias en el seno de un procedimiento criminal. Pero también es evidente que tales garantías se inscriben en el marco de un proceso penal, de suerte que además de la tutela del derecho al secreto de las comunicaciones y de la inviolabilidad del domicilio, su exigencia persigue la protección del derecho a un proceso con todas las garantías y, si se quiere, del derecho a la presunción de inocencia. Ahora bien, como las actuaciones de los servicios de inteligencia no van dirigidas a enervar válidamente la presunción de inocencia en un proceso judicial, esto es, a obtener pruebas incriminatorias, la LO 2/2002 limita sus efectos y los acomoda a las finalidades constitucionales y legales atribuidos a las agencias de inteligencia: prevenir y neutralizar amenazas a la defensa y seguridad nacional.

En mi opinión, esta idea, la diferente finalidad perseguida, permite modular la afirmación de inconstitucionalidad, y cuanto menos obliga a profundizar en la misma, abriendo un debate más amplio. En efecto, pues, la intromisión en la intimidad practicada por los servicios policiales se inscribe necesariamente en el marco de un proceso penal y está orientada al acopio de evidencias destinadas a la represión de hechos delictivos. De ahí que se exija su práctica conforme a unas estrictas garantías. Sin embargo, la intromisión en la intimidad provocada en el desarrollo de las actividades de los servicios de inteligencia –aun cuando comporten el mismo grado de afectación al contenido del derecho fundamental– nunca persigue obtener pruebas susceptibles de trasladarse a un proceso penal, sino exclusivamente obtener información para, después de analizarla, sea finalmente entregada al decisor político, dentro de las finalidades atribuidas relativas a la seguridad nacional.

Por tanto, el examen sobre la posible inconstitucionalidad de la LO 2/2002 debe hacerse partiendo de la diferente finalidad perseguida por los distintos servicios de investigación del Estado y, desde ahí, evaluar

si el singular objetivo de las agencias de inteligencia, justifica –en el marco de nuestra ley fundamental y de su desarrollo jurisprudencial– un régimen jurídico propio, autónomo y más flexible, que el establecido para las actuaciones enmarcadas en un proceso criminal. Ésta es a mi juicio la cuestión clave por debatir.

Pero antes de continuar en esta dirección, es menester apuntar tres cuestiones adyacentes. Las dos primeras únicamente las voy a enunciar: primera, la existencia de argumentos de Derecho comparado que permiten al menos albergar la presunción de constitucionalidad de la LO 2/2002, en la medida que en modelos constitucionales similares y armonizados por la jurisprudencia del TEDH se aplican regímenes menos exigentes formalmente que el nuestro.<sup>14</sup> Segundo, que desconozco, hasta la fecha, la interposición de recursos o cuestiones de constitucionalidad frente a la citada norma, así como la presentación de recursos de amparos por aplicación de la misma.

Y tercera cuestión, no comparto el argumento de Gimbernat Ordeig que podríamos denominar de “examen de foto fija”. Es decir, que como en el momento de promulgarse la Constitución en 1978 sólo estaba prevista legalmente la intromisión en la intimidad en el seno de un proceso penal, posteriormente el legislador quedaría vinculado a ese instante y, en consecuencia, no podría nunca ampliarlo a otros supuestos distintos. Una conocida frase de Thomas Jefferson desmonta este argumento: “No podemos entregar a los muertos el gobierno de los vivos”. Su significado se comprende por sí mismo. Y si esto se proclamaba respecto al inmovilismo de los textos constitucionales, con mayor medida debe hacerse en relación con los necesarios cambios de la legislación ordinaria. Es más, lo que Gimbernat Ordeig en realidad sostiene comporta una absoluta inversión de la jerarquía normativa, porque supone blindar constitucionalmente la ley procesal vigente en 1978, y sólo a ella. O lo que es más grave, conlleva condicionar la exégesis del art. 18 CE de acuerdo con el modelo legal procesal preconstitucional. Y en cualquier caso, su tesis supondría una intolerable limitación de la iniciativa legislativa y de la acción política. Por consiguiente, creo que este argumento no es válido para mantener categóricamente la inconstitucionalidad de la LO 2/2002, y muy al contrario, considero que es perfectamente posible

<sup>14</sup> Cfr. Ruiz Miguel, C., *Servicios de inteligencia y seguridad del Estado constitucional*, Tecnos, Madrid, 2002; y Pérez Villalobos, M.C. *Derechos fundamentales y servicios de inteligencia*, Granada, 2002.

el desarrollo de la legislación ordinaria sin más límites que el marco constitucional.

Por tanto, debemos centrarnos en si la singular finalidad atribuida a los servicios de inteligencia españoles permite, en nuestro sistema constitucional, un régimen diferente cuando en sus actividades resulta necesaria la intromisión en el derecho a la intimidad. Para este menester es esencial el cotejo de nuestra jurisprudencia.

Para comenzar debemos recordar que conforme a reiterada jurisprudencia constitucional, los derechos fundamentales no son absolutos, sino que están limitados por la concurrencia de otros derechos fundamentales de otros ciudadanos y por la tutela del Estado democrático de Derecho.<sup>15</sup>

A continuación debemos fijar exactamente el contenido de las normas a aplicar. En cuanto a la CE, como se sabe, en su artículo 18 proclama el derecho a la intimidad (apartado 1º); la inviolabilidad del domicilio, excepto si existe consentimiento del titular, resolución judicial o en caso de flagrante delito (apartado 2º); el derecho al secreto de las comunicaciones, “salvo resolución judicial” (apartado 3º); y la “libertad e intimidad informática” (apartado 4º). Por su parte la LO 2/2002 únicamente disciplina las afectaciones a los derechos contenidos en los apartados 2º y 3º, pero nada dispone sobre las relativas al derecho a la intimidad tutelado en el apartado 1º o a la más específica vinculada a la informática.<sup>16</sup>

El paso siguiente se centrará en el análisis de los criterios jurisprudenciales sentados en materia de intervención de las comunicaciones. Pueden resumirse

en dos grandes exigencias: cobertura legal suficiente (grado mínimo de protección legal) y garantías de la intervención (control judicial).

La primera exigencia es la **suficiencia normativa**, esto es, la necesidad de cobertura legal y la calidad de la previsión legislativa. Existen numerosos precedentes en la jurisprudencia del TEDH en los que se declara infringido el art. 8 del Convenio, justamente por la ausencia o insuficiencia de la regulación legal de las intervenciones de las comunicaciones en el marco de un proceso penal, al no determinarse con claridad y precisión el alcance o las modalidades de ejercicio de facultades discrecionales.<sup>17</sup> Y de sobra se conocen las dos resoluciones que condenan a España por insuficiencia en la previsión contenida en el anterior y en el actual art. 579 LECrim.<sup>18</sup>

En idéntico sentido se ha pronunciado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, insistiendo en la necesidad de que cualquier injerencia en los derechos fundamentales requiere una autorización legal que evite la arbitrariedad. De suerte que, ante la vaguedad e indeterminación de la legislación procesal española, en línea con la doctrina del TEDH y considerando las garantías de certeza y seguridad jurídica, ha suplido dichas insuficiencias con una interpretación constante desde la esencial STC 49/1999, de 5 de abril.<sup>19</sup>

Similar orientación ha seguido la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en la que se insiste en las carencias de la normativa procesal española y en la necesidad de ser corregidas mediante una restrictiva interpretación judicial.<sup>20</sup>

<sup>15</sup> Por todas, la clásica STC 25/1981, de 14 de julio (FJ 5). Véase Vives Antón, “*La libertad como pretexto*”, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, p. 399.

<sup>16</sup> Con este silencio parece que la LO 2/2002 se suma a la desidia legislativa general en materia de regulación de las intromisiones al derecho a la intimidad, en particular las relativas al uso de mecanismos o artificios de grabación del sonido o de la imagen por parte de terceros, salvo lo excepcionalmente dispuesto para supuestos de terrorismo en el art. 51.2º LOGP.

<sup>17</sup> De especial interés las SSTDH 12 de julio de 1988 (caso *Malone contra el Reino Unido*); 24 de abril de 1990 (caso *Kruslin contra Francia*); 24 de abril de 1990 (caso *Huvig contra Francia*); 12 de mayo de 2000 (caso *Khan contra Reino Unido*); 26 de septiembre de 2006 (caso *Abdulkadr Coban contra España*).

<sup>18</sup> SSTDH 30 de julio de 1998 (caso *Valenzuela Contreras contra España*), y 18 febrero 2003 (caso *Prado Bugallo contra España*).

<sup>19</sup> Ya antes había comenzado a perfilar las exigencias de las intervenciones en las SSTC 34/1996, de 11 de marzo; y 121/1998, de 15 de junio. Es a partir de la citada STC 49/1999 cuando se establece un canon de constitucionalidad más depurado y que han seguido, entre otras, las SSTC 123/2002, 184/2003 y 230/2007, de 5 de noviembre. En la doctrina, son de interés, entre otros, los siguientes trabajos: Gómez Colomer, J.L., “La intervención judicial de las comunicaciones telefónicas a la luz de la jurisprudencia”, *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 1, 1998; López Ortega, “Intimidad informática y Derecho penal (la protección penal de la intimidad frente a las nuevas tecnologías de la información y comunicación)”, *Derecho a la intimidad y nuevas tecnologías*, CDJ, 2004; Marchena Gómez, “Intimidad e informática: la protección jurisdiccional del *habeas data*”, *BIMJ*, 1996; Martín Morales, *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*, Madrid, 1995; Martínez Martínez, *Tecnologías de la información, policía y Constitución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001; Mata y Martín, “La protección penal de datos como tutela de la intimidad de las personas: intimidad y nuevas tecnologías”, *RP*, 2006; Morales Prats, “Servicios de información y espionaje del Estado y secreto de comunicaciones telefónicas”, *Actualidad Aranzadi*, 253, 1996; Parejo Alfonso, “El derecho fundamental a la intimidad y sus restricciones”, *CDJ*, Madrid, 1996; y VV.AA., *Acceso judicial a la obtención de datos*, núm. 25, CDJ, 1997.

<sup>20</sup> Por todas, ver las importantes SSTS 22 enero de 2003 y 26 de septiembre de 2006.

## Intromisión en la intimidad y Centro Nacional de Inteligencia. Crítica al modelo español

Pues bien, todas las anteriores consideraciones se han llevado a cabo a propósito de las intervenciones de las comunicaciones en sede procesal. Por ello, las mismas se especifican en las siguientes: definición de las personas susceptibles de ser sometidas a escucha judicial; naturaleza de las infracciones susceptibles de poder legitimar la intervención; la fijación de un límite a la duración de la ejecución; el procedimiento de transcripción de las conversaciones interceptadas; las precauciones a seguir para conservar intactas y completas las grabaciones, a fin de posibilitar el control por el juez y la defensa; circunstancias en las que puede o debe procederse a borrar o destruir las cintas, etcétera.

La cuestión entonces es determinar cuáles de estas exigencias de control de la calidad legislativa son trasladables a una legislación referida a intervenciones *extraprocesales, preventivas y prospectivas* como las que practican los servicios de inteligencia.

Desde luego, parece lógico renunciar a las previsiones legales relativas a establecer garantías procesales, es decir, las directamente vinculadas con el art. 24 CE, en la medida que las intervenciones operadas por los servicios de inteligencia no persiguen la obtención de pruebas. Ahora bien, ello no excluye la necesidad de que la cobertura legal, en este caso el artículo único de la LO 2/2002, satisfaga las exigencias de un grado mínimo de protección legal.<sup>21</sup> En este sentido, la citada norma establece como presupuesto habilitante de la solicitud al magistrado para que autorice esta clase de medidas, *su necesidad para el cumplimiento de las funciones* propias del CNI; funciones que vienen determinadas en la Ley 11/2002.<sup>22</sup>

En este contexto resulta pertinente recordar que no hay derechos fundamentales absolutos, y que por consiguiente éstos pueden limitarse, entre otras razones, en atención a la “tutela del Estado democrático”. De ahí que el AAP de Madrid de 10 de mayo de 1996 (caso *escuchas del CESID*),<sup>23</sup> si bien apelaba a la protección de intereses como la “seguridad nacional”, a “intereses constitucionalmente relevantes” y a “los potenciales enemigos del Estado”, advertiera que *“una cosa es que el derecho a la intimidad no tenga*

*el carácter de absoluto, y otra muy distinta que se le vacíe completamente de contenido”*. Pero, como se observa, el debate no se sitúa tanto en la aceptación de intereses colectivos que puedan justificar la intromisión, sino que se desplaza hasta la legitimidad, necesidad y proporcionalidad de su aplicación concreta. Al respecto, es igualmente ilustrativa la importante STEDH de 6 septiembre de 1978 (caso *Klass y otros contra Alemania*), que justamente en esta materia señala: “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 de combatir eficazmente estas amenazas, de vigilar en secreto a los elementos subversivos que operan en su territorio”.

De modo que, una vez justificada la necesidad de la medida para el desempeño de sus atribuciones legales, la segunda concreción se establece en referencia a la única autoridad competente en España para poder solicitarla: el secretario de Estado director del CNI. Y a continuación el precepto establece cuatro límites:

- a) especificación de las medidas que se solicitan; b) hechos en que se apoya la solicitud, fines que la motivan y razones que aconsejan la adopción de las medidas solicitadas; c) identificación de la persona o personas afectadas por las medidas, si fueren conocidas, y designación del lugar donde hayan de practicarse; d) duración de las medidas solicitadas, que no podrá exceder de veinticuatro horas en el caso de afección a la inviolabilidad del domicilio y tres meses para la intervención o interceptación de las comunicaciones postales, telegráficas, telefónicas o de cualquier otra índole, ambos plazos prorrogables por sucesivos períodos iguales en caso de necesidad.

Asimismo, el apartado 4 del mencionado artículo único dispone que: “El secretario de Estado director del Centro Nacional de Inteligencia ordenará la inmediata destrucción del material relativo a todas aquellas informaciones que, obtenidas mediante la autorización prevista en este artículo, no guarden relación con el objeto o fines de la misma”.

<sup>21</sup> Y desde luego, nada de ello impide la posibilidad de un control judicial en sede penal si existen indicios de criminalidad.

<sup>22</sup> Con esta previsión legal podrían evitarse en el futuro, siempre que además se practique con el resto de garantías fijadas, casos como el contenido en la SAP de Vitoria de 4 de abril de 2003, en la que se condenó a los máximos responsables del entonces CESID, por las grabaciones realizadas en la sede de HB en Vitoria.

<sup>23</sup> Sobre este trascendental asunto, véanse también las SSAP de Madrid de 26 mayo de 1999 (sección 15); 4 de marzo de 2005 (sección segunda) y la STS de 26 de septiembre de 2006.

La ley, en cuanto establece límites al ejercicio de un derecho fundamental, ha de ser suficientemente *accesible y previsible*. En otras palabras, la norma no sólo debe ser respetuosa con el contenido material del derecho al secreto de las comunicaciones, permitiendo su levantamiento exclusivamente en supuestos legítimos, sino que la ley en sí misma ha de proporcionar al ciudadano la suficiente certeza acerca de cuál va a ser la actuación del Estado en este ámbito. Es decir, la norma debe contener los fines, de entre los que persiguen los servicios de inteligencia, que justifican su pretensión de intromisión en la intimidad.<sup>24</sup> Ahora bien, las exigencias de seguridad jurídica no impiden que esta enumeración de las finalidades legítimas se formule en un sentido genérico o amplio, pero sí lo suficientemente preciso como para permitir identificar una finalidad constitucionalmente relevante y legítima.

La previsión legal pudiera aceptarse como suficiente a tenor de las exigencias sentadas por la jurisprudencia analizada (autoridad competente, clase de medida, requisitos, plazos, identificación de sujetos, destrucción de datos), si bien presenta una carencia en cuanto a la delimitación del presupuesto habilitante, lo cual, a su vez, se trasmite también al deslinde del círculo de potenciales sujetos afectados. Pero probablemente esta falta de concreción resulta consustancial a la misma actividad de los servicios de inteligencia, en la que al no perseguir hechos delictivos, sino prevenir amenazas y riesgos, reduce notablemente las posibilidades legales de concretar más exactamente ambos extremos. Así pues, parece que debemos contentarnos con la expresión de finalidades tales como la seguridad nacional, la defensa del Estado, la prevención de acciones terroristas y de organizaciones criminales, la contrainteligencia para evitar penetraciones de servicios extranjeros, etcétera.

**Garantías de la intervención.** El segundo nivel de referencia está vinculado, en particular, al efectivo control judicial. En efecto, partimos de la exigencia constitucional de una *preceptiva y previa intervención judicial* a la interceptación. Pero si la exigencia constitucional en el modelo español llega *sólo* a la

autorización judicial previa, parece claro que la LO 2/2002 lo cumple satisfactoriamente. Y lo hace porque establece un modelo de *juez ad hoc*, que tanto por razón de la materia –intromisiones que no pretenden la averiguación de delitos– como por razón del sujeto –pretensiones a instancia de los servicios de inteligencia– tiene atribuidas las competencias. Pero, en cualquier caso, aunque resulte discutible el sistema o, cuanto menos, mejorable, se trata de un magistrado integrante del Poder Judicial.

Por tanto, la cuestión es evaluar si con ella existe un control judicial suficiente, y si este control posterior debe extenderse a las actividades de los servicios de inteligencia. De nuevo hay que insistir en que su finalidad no es la averiguación e investigación de delitos propia del proceso penal, sino la investigación preventiva y prospectiva.<sup>25</sup>

Para avanzar en esta dirección, es oportuno recordar la esencial diferenciación efectuada por la STC 121/1998, de 15 de junio, en la que se distinguen los requisitos del control judicial en relación con el derecho al secreto de las comunicaciones; y de otra parte, el control judicial en relación con las garantías de incorporación de los resultados de la interceptación al proceso penal, esto es, las garantías y derechos contenidos en el art. 24 CE, en especial la presunción de inocencia y el derecho de defensa. Aceptando esta diferenciación, parece claro que sólo las primeras son susceptibles de aplicación a las intromisiones practicadas por los servicios de inteligencia, pero no las segundas, en la medida que su finalidad no persigue la incorporación al proceso penal.

Así pues, la autorización judicial previa contenida en la LO 2/2002 deberá aplicar los requisitos explicitados por la jurisprudencia europea y española citada en relación con el primer nivel de control, y en particular tendrá que abarcar el siguiente contenido. Principio de proporcionalidad estricta, que exige que la práctica de esta medida debe limitarse a las que se hallen dirigidas a un fin constitucionalmente legítimo. Pero, además, justificar que no exista otro medio menos gravoso y por tanto que el sacrificio del Derecho resulta estrictamente necesario para conseguirlo y

<sup>24</sup> Sánchez Yllera, “Escuchas telefónicas y CESID”, Madrid, inédito, 1999.

<sup>25</sup> A este respecto cabe recordar que aunque jurisprudencia y doctrina rechazan de plano la validez de las escuchas “preventivas”, exploratorias o de prospección, lo hacen cuando su finalidad es la búsqueda indeterminada de algún hecho delictivo. En cualquier caso, véase la STC 85/1994 sobre la captación de listados de llamadas. Cfr. igualmente Aranda Álvarez, “El marco constitucional de los servicios de inteligencia”, en Esteban Navarro M.A. y Navarro Bonilla, D. (coords.), *Gestión del conocimiento y servicios de inteligencia*, Madrid, 2004.

## Intromisión en la intimidad y Centro Nacional de Inteligencia. Crítica al modelo español

que sea proporcionado a ese sacrificio. De igual manera, habrá de motivar suficientemente la intervención recogiendo los anteriores extremos. Por último, la constatación de datos fácticos e indicios, es decir, algo más que sospechas, conjeturas o meras suposiciones, debe modularse en atención de las finalidades perseguidas, que no son en este caso la averiguación de hechos criminales.<sup>26</sup>

Si se admite que la regulación contenida en la LO 2/2003 satisface el mínimo constitucionalmente exigible, consistente en un efectivo control judicial previo, la cuestión se reduce ya en determinar si éste es suficiente, esto es, si el resto de requisitos requeridos por la jurisprudencia son imprescindibles. Este segundo nivel de evaluación se proyecta principalmente sobre tres extremos: control judicial durante *el mantenimiento de la medida*,<sup>27</sup> necesidad de intervención del Ministerio Público, y derecho de los afectados al conocimiento posterior de la intervención. Porque, como ya se ha expuesto, ninguna de estas exigencias se contempla en la legislación española.

Las polémicas y soluciones aplicadas en otros ordenamientos de nuestro entorno quizás pueda ayudar a despejar estas incógnitas.<sup>28</sup> Muy sucintamente, haré mención a la interesante experiencia alemana, precisamente en razón de las actividades de las agencias de inteligencia en esta materia. El debate comenzó con las previsiones contenidas en la ley de 24 de junio de 1968 de reforma de la Ley Fundamental en su art. 10, y su desarrollo posterior en la ley de 13 de agosto del mismo año, cuestionada constitucionalmente, en lo que aquí interesa, por tres causas: exclusión del control judicial; falta de comunicación a los afectados; y lesión del derecho al secreto de las comunicaciones al no existir criterios de proporcionalidad. El Tribunal Constitucional alemán, en su sentencia de 15 de diciembre de 1970, avaló la constitucionalidad de esta normativa al considerar suficiente el control parlamentario posterior, por cuanto exigía requisitos similares a los de un órgano jurisdiccional. No obstante, se formularon tres votos particulares en los que se discrepaba de la opinión mayoritaria, estimando lesionado el principio de separación de poderes al

ignorar el control judicial y porque las actuaciones podían afectar no sólo a enemigos del Estado sino también a personas no sospechosas y a terceros no intervinientes.<sup>29</sup>

Sin embargo, varios ciudadanos afectados por la aplicación de esta ley recurrieron ante el TEDH, dando lugar a la ya citada STEDH de 6 de septiembre de 1978 (caso *Klass y otros contra Alemania*), que desestimó el recurso considerando no infringidos los arts. 6, 8 y 13 del Convenio. No obstante, resulta pertinente reseñar algunos de sus pronunciamientos. Por ejemplo, al destacar que

las injerencias del Poder Ejecutivo en los derechos individuales han de quedar sometidas a un control eficaz, que debe normalmente asegurar, al menos como último recurso, el Poder Judicial, pues ofrece las mejores garantías de independencia, imparcialidad y regularidad en el procedimiento.

De acuerdo con su doctrina, se sostiene que es preferible el control judicial a otros de naturaleza administrativa o política, pero donde verdaderamente se muestra exigente es, como ya hemos comprobado, en la calidad de la previsión legal.<sup>30</sup>

La trascendencia de la citada resolución, justamente en el ámbito que nos ocupa, obliga a detenernos en sus pronunciamientos. Así, siempre en relación con el sistema alemán, en el que se excluía completamente al Poder Judicial, atribuyendo el control a una comisión parlamentaria y a la llamada Comisión G-10, de naturaleza político-administrativa, se declara que:

El Tribunal considera en principio deseable que el control sea confiado a un juez en un campo donde los abusos son potencialmente propiciados en casos individuales y podrían entrañar consecuencias perjudiciales para la sociedad democrática en su conjunto.

El Tribunal constata, vista la naturaleza del control y de las otras salvaguardas previstas por la G-10, que la exclusión del control judicial no transgrede los límites que han de predominar necesariamente en una sociedad democrática. El Comité de cinco parlamentarios y la

<sup>26</sup> Por todas, véase STC 49/1999, de 5 de abril.

<sup>27</sup> Cfr., entre otras, las SSTC 166/1999; y 171/1999; el ATS de 18 junio de 1992 (caso *Naseiro*), y las SSTs 1758/1999 y 1813/2000.

<sup>28</sup> Extensamente en Ruiz Miguel, C., *Servicios de inteligencia y seguridad del Estado constitucional*, Tecnos, Madrid, 2002.

<sup>29</sup> Ampliamente, Pérez Villalobos, M.C., *Derechos fundamentales y servicios de inteligencia*, Granada, 2002, pp. 108 y s.

<sup>30</sup> La polémica continuó en Alemania a raíz del llamado caso *Traube*, que volvió a provocar una nueva reforma constitucional en 1998, esta vez de su art. 13, relativo a los controles, a las medidas de instalación, de mecanismos de escucha y grabación en domicilios.

Comisión G-10 son independientes de las autoridades que desarrollan la vigilancia, están investidas de poderes y atribuciones suficientes para ejercer un control eficaz y permanente.

Como se puede observar, el TEDH convalida el modelo alemán, porque aunque excluye absolutamente al Poder Judicial de un control previo a la intromisión en la intimidad, considera salvaguardado el Convenio, al articularse otros mecanismos externos pero equivalentes al control judicial. Por consiguiente, en este punto, el procedimiento español de autorización judicial previo resulta más fiel a las garantías exigidas en el Convenio.

Otro extremo capital es el relativo al “control *a posteriori*” de la medida practicada. Aquí entran en consideración varios elementos. De una parte, se plantea la necesidad de un control judicial con participación del individuo afectado, lo que crearía la obligación de notificación posterior, tras el cese de la medida de vigilancia, si no ha sido informado previamente, para garantizar la expectativa de imposición de un recurso ante los tribunales (indefensión y tutela judicial efectiva). Pero desde otra perspectiva, se alega la posibilidad de otros mecanismos de control alternativos *a posteriori*, la existencia de los medios de jurídicos de impugnación genéricos; y que la eficacia misma de la vigilancia exige, tanto al final como al principio, que las informaciones obtenidas no sean divulgadas si la finalidad perseguida en la investigación pudiera ser contrarrestada.

El conflicto arriba planteado es resuelto en la citada resolución en los siguientes términos, que por su importancia, transcribo literalmente:

La actividad o el peligro que un conjunto de medidas de vigilancia tienden a combatir puede subsistir durante años, quizá decenios, antes de su cese. Una notificación posterior a cada individuo afectado por una medida más tarde podría comprometer a largo plazo el objetivo que motiva en un principio la vigilancia. Por otra parte, el Tribunal Constitucional Federal lo ha señalado correctamente, esta notificación correría el riesgo de contribuir a revelar los métodos de trabajo de los servicios de información, sus campos de observación e, incluso, la identidad de sus agentes. Desde el punto de vista del Tribunal, aunque la “injerencia” resultante de la legislación discutida se justifique en principio de acuerdo con el artículo 8.2 (apartado 48 *supra*), no podría ser incompatible con

esta disposición de no informar al interesado en casos de la vigilancia, pues es precisamente esta abstención la que asegura la eficacia de la “injerencia”. Conviene, por otra parte, decir que en virtud de la Sentencia de 15 de diciembre de 1970 del Tribunal Constitucional Federal, el interesado debe ser informado tras el cese de las medidas de vigilancia siempre que la notificación pueda hacerse sin comprometer la finalidad de la restricción (apartados 11 y 19 *supra*).

59. De una manera general, y a propósito del problema de la notificación posterior, los demandantes han invocado constantemente el peligro de abuso para fundamentar su tesis según la cual la legislación impugnada por ellos no responde a las exigencias del artículo 8.2 del Convenio. Aunque no se pueda nunca, cualquiera que sea el sistema, excluir completamente la eventualidad de la acción irregular de un funcionario deshonesto, negligente o con demasiado celo, son la probabilidad de una acción como esa y las garantías establecidas para protegerse contra ella, las que importan a los fines de control del Tribunal en este caso.

El Tribunal ha examinado más arriba (apartados 51-58 *supra*) la legislación incriminada a la luz, entre otras, de estas consideraciones. Subraya, en particular, que la G-10 contiene diversas cláusulas destinadas a limitar a un mínimo inevitable el efecto de las medidas de vigilancia y asegurar que aquéllas sean ejecutadas con plena conformidad a la ley. En ausencia de prueba o indicio que demuestre que la práctica realmente seguida fue diferente, el Tribunal debe presumir que en la sociedad democrática de la República Federal de Alemania las autoridades competentes aplican correctamente la legislación en causa.

De acuerdo con la Comisión, **el Tribunal juzga inherente al sistema del Convenio una cierta forma de conciliación entre los imperativos de la defensa de la sociedad democrática y aquellos otros de la salvaguarda de los derechos individuales** (cf., *mutatis mutandis*, la Sentencia de 23 julio de 1968 en el asunto “Lingüístico belga”, serie A, núm. 6, p. 32, ap. 5). Así lo declara el preámbulo del Convenio, “el mantenimiento (de las libertades fundamentales) reposa esencialmente en un régimen político verdaderamente democrático, por una parte, y, por otra, invocan una concepción y un respeto comunes de los derechos humanos que (los Estados contratantes) invocan”. En el contexto del artículo 8 esto significa que **hay que buscar un equilibrio entre el ejercicio por el individuo del derecho que le garantiza el párrafo 1 y la necesidad, según el párrafo 2,**

## Intromisión en la intimidad y Centro Nacional de Inteligencia. Crítica al modelo español

**de imponer una vigilancia secreta para proteger a la sociedad democrática en su conjunto.**

La claridad del texto exonera de cualquier comentario. Lo determinante en nuestro caso es si la legislación española también satisface esa mínima exigencia de equilibrio entre los intereses en conflicto. A mi juicio los criterios decisivos son, a tenor de esta resolución, los siguientes:

a) que la finalidad de defensa de la seguridad nacional justifica que *no siempre* existirá la obligación de comunicar al afectado que ha sido objeto de investigación, teniendo que modularse esta decisión conforme a la eficacia misma del objetivo perseguido, junto a la intención de evitar desvelar métodos, fuentes e identidades de inteligencia (que los fines que justifican la autorización de la interceptación corren un serio peligro mediante la notificación);

b) que el ordenamiento jurídico español contempla mecanismos eficaces de control judicial, y en este sentido es obvio que no hay áreas *per se* excluidas de investigación judicial por la presunta comisión de hechos delictivos, y además, porque existen otros instrumentos de tutela jurídica a través del proceso civil y del recurso de amparo;<sup>31</sup>

c) que también el Derecho español prevé instrumentos de control externo de la actividad desplegada por los servicios de inteligencia, tanto por parte del propio gobierno<sup>32</sup> como a través del Congreso de los Diputados.<sup>33</sup> Y en este sentido, la sentencia citada vuelve a reiterar que: “En opinión del Tribunal, la ‘instancia’ de la que habla el artículo 13 puede no ser obligatoriamente, en todos los casos, una institución judicial en sentido estricto”. De suerte que, conforme a la doctrina del TEDH, lo definitivo es que el afectado disponga, contra las eventuales vulneraciones de sus derechos, de varios posibles recursos e instancias de revisión.

Después de las anteriores consideraciones, no parece posible afirmar categóricamente que la LO 2/2003 es inconstitucional ni que viola el Convenio

Europeo de Derechos Humanos. Incluso podría sostenerse lo contrario, es decir, que goza de una apariencia de legitimidad. Pero ello no impide, en cualquier caso, formular una serie de dudas, interrogantes y observaciones.

Sobre la conservación, acceso y destrucción del material interceptado, se ciernen ciertas dudas en el procedimiento diseñado para su custodia, así como respecto a la autoridad competente para decidirlo, y el eventual acceso de los afectados y su posible revisión por órganos externos. Estrechamente unido a lo anterior, surge la duda acerca del mantenimiento, acceso y destrucción del expediente judicial que autoriza o deniega la intervención.

En segundo lugar aparece el dilema de si lo que se llega a conocer mediante la interceptación de las comunicaciones es constitutivo de delito, de lo cual existirá obligación de destruirlo siempre y en todo caso con prohibición absoluta de usarlo procesalmente, o por el contrario subsisten supuestos, y entonces determinar cuáles, en los que habrán de ponerse en conocimiento de la autoridad competente para iniciar un procedimiento criminal. Resulta obvio que mientras los datos sean útiles a los fines de actuación de los servicios de inteligencia, no deberán transferirse, pero la duda subsiste cuando dejen de ser LO.

Aunque esta cuestión no determine, en mi opinión, la inconstitucionalidad de la LO 2/2002, no acabo de entender la razón para excluir la intervención del Ministerio Fiscal, tanto a la vista de su función constitucional (art. 124.1º CE) como por el régimen contenido en su Estatuto.

Por último, me suscita alguna duda la función que va a desarrollar el magistrado competente para autorizar previamente las medidas de intervención, en concreto si su actuación ha de guiarse por la *lógica de la legalidad* (“seguir una regla”), que es la propia de un juez; o en atención a la especial materia enjuiciada, esto es, decisiones atinentes a la seguridad nacional –que constituyen las finalidades del servicio de inteligencia y que justifican la adopción de la

<sup>31</sup> En torno a esta posibilidad puede consultarse González Cussac, J.L., “El secreto de Estado en el proceso penal: entre la denegación de auxilio y el delito de revelación”, *Inteligencia y Seguridad: Revista de Análisis y Prospectiva*, núm. 12, 2012, pp. 141 y ss.

<sup>32</sup> Véanse al respecto las competencias y funciones de la Comisión Delegada de Inteligencia del Estado (art. 6, Ley 11/2002).

<sup>33</sup> Además de la competencia universal que la Ley Fundamental otorga a las Cortes Generales para conocer de los asuntos gestionados por el Gobierno y la Administración (art. 66.1º CE), el art. 11 de la Ley 11/2002 se refiere a la “Comisión de Secretos Oficiales” conforme a la designación contenida en la Resolución de la Presidencia del Congreso de los Diputados de 2 de junio de 1992. De interés también, los arts. 109, 110 y 111 CE, el art. 7 del Reglamento del Congreso y el art. 25 del Reglamento del Senado. En relación con esta cuestión y su adecuación al art. 23.2º CE, véase la STC 161/188.

medida—, deberán guiarse por la *lógica de análisis de las consecuencias* (necesidad y oportunidad). Si la respuesta es la segunda, bien en su sentido estricto, o bien entendida como un uso complementario a la *lógica de la legalidad*, el problema es que entonces el magistrado pierde hasta cierto punto su legitimidad constitucional, es decir, su actuación como juez, y a la vez aparece como una persona escasamente preparada técnicamente para esa clase de decisiones y carente de competencias jurídicas en materia de seguridad y defensa nacional.<sup>34</sup>

El sistema diseñado, no muy diferente de otros modelos europeos e incluso formalmente más garantista, comporta el pago de un alto precio a costa del derecho a la intimidad en favor de nuestra seguridad, tanto en cuanto a *qué somos* (el Estado español enmarcado en una comunidad internacional) como en cuanto a *cómo somos* (un Estado democrático de Derecho).<sup>35</sup> Posiblemente no haya más remedio que satisfacer este precio, pero ello no nos debe hacer olvidar ni desatender la natural e imprescindible desconfianza del ciudadano acerca del ejercicio de cualquier poder público y de sus recurrentes abusos.

## 5. Conclusiones

La primera conclusión es elemental: el secreto de las comunicaciones es un derecho fundamental que coexiste en un sistema de derechos fundamentales y otros intereses legítimos del Estado. Por consiguiente, cualquier limitación a este derecho pretendida por el Estado debe reunir tres requisitos, conforme a jurisprudencia constante tanto española como europea: estar dirigida a satisfacer una finalidad legítima; debe hallarse prevista en la ley, y ha de ser necesaria en un Es-

tado democrático de Derecho. A estas tres exigencias nuestro texto constitucional añade la garantía judicial.

La segunda conclusión a la que podríamos llegar en relación con la materia analizada en este trabajo es que la LO 2/2002 establece, como su propio nombre indica, un control judicial previo, pero no un control judicial efectivo de las actuaciones del Centro Nacional de Inteligencia, que afecten los derechos fundamentales promulgados en los apartados 2 y 3 del artículo 18 de la Constitución Española.<sup>36</sup> En este sentido, no pueden obviarse las severas dificultades existentes para un efectivo control judicial de la información oficialmente clasificada, lo que desde luego no es una excepción del sistema español.<sup>37</sup>

La tercera conclusión es que tampoco en este ámbito existe, en el ordenamiento jurídico español, regulación legal acerca de la intromisión en el derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE), que, como tiene reconocida la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, goza de autonomía respecto de los derechos contenidos en los siguientes apartados del citado precepto (STC 119/2001 FJ 6). Por tanto, no existe procedimiento legal sobre prácticas de seguimiento a personas, cruce de datos informáticos, instalación de microcámaras o micrófonos en oficinas, domicilios o vehículos, etc.<sup>38</sup> La misma carencia, parcialmente en este caso, se percibe en relación con el derecho a la “intimidad y libertad informática” (art. 18.4º CE), por cuanto parece desprenderse del art. 5.1º Ley 11/2002, que los datos obrantes en el CNI son materia clasificada y por consiguiente pudiera derivarse que están *relativamente* exentos de todos los controles fijados en la LOTAD y en la LOPD. No obstante, aquí sólo puedo plantear el debate sin entrar a fondo sobre el grado de desvinculación o no sujeción a la normativa general.<sup>39</sup>

<sup>34</sup> Las competencias en materia de seguridad y defensa, entre otras, están atribuidas en exclusiva al gobierno (arts. 97 y 149 CE). Por otro lado, en este debate resurge siempre, aunque aquí indirectamente, la cuestión del sometimiento o no de los “actos políticos” al control jurisdiccional. En este contexto debe verse la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (art. 9) y la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno (art. 26.5). De gran interés, la STS de 4 de abril de 1997 (Sala 3ª), en relación con el llamado asunto de los *papeles del CESID*. Consultar sobre el debate, Wilkinson Morera de la Vall, H., *Secreto de Estado y Estado de Derecho: régimen jurídico de los secretos oficiales en España*, Atelier, Barcelona, 2006, pp. 199 y ss.; y Varela Castro, L., “¿Secreto de Estado o secreto contra el Estado?”, *Jueces para la Democracia*, núm. 2, 1991.

<sup>35</sup> Ampliamente sobre esta cuestión, Del Águila, R., *La senda del mal. Política y razón de Estado*, Taurus, Madrid, 2000.

<sup>36</sup> Como analiza Santaella Alonso, Manuel (“El principio de sometimiento al ordenamiento jurídico en la actuación interna del CNI: derechos fundamentales vs. información clasificada”, *Diario La Ley*, núm. 7895, Sección Doctrina, 5 de julio de 2012), esta cuestión es especialmente delicada en supuestos de sanciones disciplinarias impuestas a personal al servicio del CNI. Al respecto, véase STSJ Madrid, Sala Contencioso-Administrativa (Sección 6ª), de 13 de mayo de 2013, y la ya clásica STS (Sala 3ª) de 4 de abril de 1997.

<sup>37</sup> Al respecto, es de interés el debate analizado en la STS 1094/2010, de 10 de diciembre (caso *Flores*).

<sup>38</sup> Pérez Villalobos, M.C., *Derechos fundamentales y servicios de inteligencia*, Granada, 2002, p. 98; y STS 6 de mayo de 1993.

<sup>39</sup> Cfr. Aranda Álvarez, “El marco constitucional de los servicios de inteligencia”, en Esteban Navarro, M.E., y Navarro Bonilla, D. (coords.), *Gestión del conocimiento y servicios de inteligencia* Madrid, 2004, pp. 174 y ss.

## Intromisión en la intimidad y Centro Nacional de Inteligencia. Crítica al modelo español

Cobra particular relevancia la posibilidad y control de la cesión de datos personales, sobre todo en el marco de las comunicaciones electrónicas, al CNI, y las carencias de actualización legislativa en este campo.<sup>40</sup>

En cuarto lugar, la no intervención del Ministerio Público y la inexistencia de un procedimiento para que los afectados puedan cuando menos conocer que han sido investigados por el Estado mediante técnicas invasivas de su intimidad, debe ser corregida mediante el establecimiento de un control externo, que de preferencia, debe ejercerse en sede parlamentaria, con la finalidad de evitar abusos y extralimitaciones. Ello no impide afirmar el pleno sometimiento del CNI al ordenamiento jurídico y la imposibilidad de admitir ámbitos de apoderamiento a favor de cualquier órgano administrativo que permita la restricción de derechos fundamentales a su discreción.

## Bibliografía

- Aranda Álvarez, “El marco constitucional de los servicios de inteligencia”, en Esteban Navarro, M.E., y Navarro Bonilla, D. (coords.), *Gestión del conocimiento y servicios de inteligencia*, Madrid, 2004.
- Caballero Sánchez-Izquierdo, José M<sup>a</sup>, “Supuestos particulares que pueden comprometer el derecho al secreto de las comunicaciones”, *Diario La Ley*, núm. 7573, Sección Tribuna, 21 de febrero de 2011.
- Cobo del Rosal, “Un supuesto de intervenciones telefónicas como prueba ilícitamente obtenida”, *Libro Homenaje a J. Del Rosal*, Madrid, 1993.
- Cuadrado Ruiz, “Interceptaciones telefónicas y nuevas tecnologías”, *Cuadernos Jurídicos*, 1992.
- Del Águila, R., *La senda del mal. Política y razón de Estado*, Taurus, Madrid, 2000.
- De Vicente Remesal, F.J., “Descubrimiento y revelación de secretos mediante escuchas telefónicas”, *Poder Judicial*, 1990.
- Galán Muñoz, “Ataques contra sistemas informáticos”, *Boletín Información Ministerio de Justicia*, 2006.
- Gimbernat Ordeig, “La vida de nosotros”, *Estado de Derecho y Ley Penal*, La Ley, Madrid, 2009.
- Gómez Colomer, J. L., “La intervención judicial de las comunicaciones telefónicas a la luz de la jurisprudencia”, *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 1, 1998.
- González Cussac, “La conexión de antijuridicidad en la prueba prohibida”, en Gómez Colomer, J.L. (coord.), *Prueba y proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- \_\_\_\_\_, Larriba Hinojar, B., y Fernández Hernández, A., “Derecho”, en González Cussac, J.L. (coord.), *Inteligencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- González Cussac, J.L., “El secreto de Estado en el proceso penal: entre la denegación de auxilio y el delito de revelación”, *Inteligencia y seguridad: Revista de Análisis y Prospectiva*, núm. 12, 2012.
- González Guitián, “Algunas notas sobre la tipificación penal de las escuchas clandestinas”, *Poder Judicial* 6, 1987.
- Guisasola Lerma, “Tutela penal del secreto de las comunicaciones. Estudio particular del supuesto de interceptación ilegal de telecomunicaciones por autoridad o funcionario público”, en Carbonell Mateu, González Cussac y Orts Berenger (dirs.), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- Herrero-Tejedor, *Legislación y jurisprudencia constitucional sobre la vida privada y la libertad de expresión*, Madrid, 1998.
- Jiménez Campos, “La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones”, *Comentarios a la legislación penal*, t. VII, Edersa, Madrid, 1986.
- López Ortega, “La intimidad como bien jurídico protegido”, *Estudios sobre el Código Penal de 1995 (Parte Especial)*, CGPJ, Madrid, 1996.
- López Ortega, “Intimidad informática y Derecho penal (la protección penal de la intimidad frente a las nuevas tecnologías de la información y comunicación)”, *Derecho a la intimidad y nuevas tecnologías*, CDJ, 2004.
- Madrid Conesa, *Derecho a la intimidad informática y Estado de Derecho*, Valencia, 1984.
- Marchena Gómez, “Intimidad e informática: la protección jurisdiccional del *habeas data*”, *BIMJ*, 1996.
- Marroig Pol, L., “La seguridad nacional y el acceso a los datos de tráfico de las comunicaciones electrónicas”, *Diario La Ley*, núm. 5799, Sección Doctrina, 10 de junio de 2003.

<sup>40</sup> Marroig Pol, L., “La seguridad nacional y el acceso a los datos de tráfico de las comunicaciones electrónicas”, *Diario La Ley*, núm. 5799, Sección Doctrina, 10 de junio de 2003.

- Marsal Muntalá, J., “Seguridad versus libertad”, *Arbor: Ciencia, Pensamiento y Cultura*, núm. 709, enero de 2005, pp. 219-226 (<http://arbor.revistas.csic.es/index.php/arbor/article/view/504/505>).
- <http://arbor.revistas.csic.es/index.php/arbor/issue/view/34>
- Martín Morales, *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*, Madrid, 1995.
- Martínez Martínez, *Tecnologías de la información, policía y Constitución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- Mata y Martín, “La protección penal de datos como tutela de la intimidad de las personas: intimidad y nuevas tecnologías”, *RP*, 2006.
- Morales Prats, *La tutela penal de la intimidad: privacy e informática*, Madrid, 1984.
- \_\_\_\_\_, “Servicios de información y espionaje del Estado y secreto de comunicaciones telefónicas”, *Actualidad Aranzadi*, 253, 1996.
- Parejo Alfonso, L.J., “El derecho fundamental a la intimidad y sus restricciones”, *CDJ*, Madrid, 1996.
- Pérez Villalobos, M.C., *Derechos fundamentales y servicios de inteligencia*, Granada, 2002.
- Rodríguez Ruiz, B., *El secreto de las comunicaciones: tecnología e intimidad*, Madrid, 1998.
- Rueda Martín, M.A., *Protección penal de la intimidad personal e informática: los delitos de descubrimiento y revelación de secretos de los artículos 197 y 198 del Código Penal*, Atelier, Barcelona, 2004.
- Ruiz Miguel, C., *Servicios de inteligencia y seguridad del Estado constitucional*, Tecnos, Madrid, 2002.
- \_\_\_\_\_, “Problemas actuales del derecho de los servicios de inteligencia”, *Inteligencia y Seguridad. Revista de Análisis y Prospectiva*, núm. 2, junio de 2007.
- Sánchez Barrilao, J.F., “Prevención e inteligencia: Centro Nacional de Inteligencia y comunidad de inteligencia ante el terrorismo, la criminalidad organizada y la inmigración ilegal”, *Revista Ejército de Tierra Español*, núm. 846, septiembre de 2011.
- Sánchez Yllera, I., *Escuchas telefónicas y CESID (algunas cuestiones, a bote pronto sobre el Proyecto de Ley)*, Madrid, inédito, 1999.
- Santaella Alonso, Manuel, “El principio de sometimiento al ordenamiento jurídico en la actuación interna del CNI: derechos fundamentales vs. información clasificada”, *Diario La Ley*, núm. 7895, Sección Doctrina, 5 de julio de 2012.
- Soto Nieto, F., “La motivación, la proporcionalidad y el control en las intervenciones telefónicas”, *La Ley*, 1995.
- Varela Castro, L., “¿Secreto de Estado o secreto contra el Estado?”, *revista Jueces para la Democracia*, núm. 2, 1991.
- VV.AA., “Acceso judicial a la obtención de datos”, núm. 25, *CDJ*, 1997.
- Vives Antón, T.S., *La libertad como pretexto*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.
- \_\_\_\_\_, “Doctrina constitucional y reforma del proceso penal”, *Poder Judicial*, núm. especial II, 1998.
- Wilkinson Morera de la Vall, H., *Secreto de Estado y Estado de Derecho: régimen jurídico de los secretos oficiales en España*, Atelier, Barcelona, 2006.