
ANA ABA CATOIRA
(Universidad de La Coruña)

El secreto de Estado y los servicios de inteligencia

Presentación. I. El Estado y el secreto en sus actuaciones. II. Publicidad y secreto en la Constitución: A) La publicidad en la actuación del Estado; B) Los derechos de información y la barrera del secreto en el ámbito estatal y en el ámbito de lo individual. III. El espionaje como actividad de los Estados: A) La regulación jurídica de los servicios de inteligencia: la Ley 11/2002, de 6 de mayo; B) Los servicios de información periféricos. IV. Sobre el control judicial de las actividades secretas del Estado: A) Desclasificación y control judicial; B) Centro Nacional de Inteligencia y control judicial.

PRESENTACIÓN

Los medios o técnicas de obtención de información con fines de seguridad o defensa son tan antiguos como el propio Estado y, por tanto, el secreto se constituye como un medio eficaz de protección estatal. Y ello tanto para asegurar que los demás Estados no puedan conocer sus intenciones políticas, como para protegerse frente a amenazas o peligros que provienen del interior del propio Estado. En este sentido, se manifiesta la relevancia de mantener en secreto, o lo que es lo mismo sin publicidad, los objetivos y las políticas de seguridad interna y externa del Estado.

No obstante lo anterior, acontecimientos, recientes en el tiempo y frescos en nuestra memoria, como los atentados terroristas en los Estados Unidos del 11 de septiembre de 2001, nos impiden olvidar que ahora la amenaza no reside tanto en ataques provenientes de otros Estados enemigos, como siempre ha sucedido, sino que el *enemigo* ahora es global y no tiene rostro. El terrorismo internacional y fanático pone en la primera plana de la actualidad a los servicios de inteligencia encargados de obtener conocimiento o inteligencia y convertirlo en seguridad nacional frente a dichas amenazas. Así, una vez más, el secreto se nos aparece como un arma fundamental para la defensa de la seguridad nacional.

El Estado y el secreto van unidos en el ejercicio del poder. Y es que el mayor poder es el que trae el conocimiento obtenido a través de la información. Por eso los gobiernos tienen la necesidad de actuar bajo secreto y por eso los gobernados se convierten en seres transparentes ante los gobernantes. Ya F. Bacon señaló que “las naturalezas y disposiciones del pueblo, sus condiciones y necesidades, sus divisiones y combinaciones, sus animosidades y descontentos, deberían ser, habida cuenta de los

Cuadernos Const. de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol nº 38/39. Valencia, 2002

diversos medios de información de que disponen [...] en gran parte claros y transparentes”¹.

La cantidad y calidad de las informaciones que obtienen los Estados, así como el saber quién o quiénes son los encargados de obtenerla, los métodos empleados para ello y la protección de los derechos fundamentales afectados, son indicadores del nivel democrático de dichos Estados. Por ello, resulta de vital importancia conocer, examinar y valorar, la regulación jurídica de los servicios de inteligencia como factor revelador del nivel democrático del funcionamiento estatal. Sirve el ejemplo de los Estados Unidos que tras los atentados del 11-S de 2001, ha afirmado sin tapujos su prioridad por la seguridad nacional a toda costa, incluso violando los derechos y libertades de las personas. Esta realidad nos permite afirmar que la finalidad de los servicios de inteligencia es su funcionamiento eficaz en aras de la defensa de la seguridad y del orden democrático, pero esa eficacia no puede obtenerse a cualquier coste que haga peligrar injustificadamente la salud de los derechos y libertades de los individuos.

I. EL ESTADO Y EL SECRETO EN SUS ACTUACIONES

Con el constitucionalismo y la instauración del Estado de Derecho el secreto y el desconocimiento por parte de los gobernados de los asuntos públicos deja paso al principio de la publicidad como requisito imprescindible para el debate democrático que exige la formación de la voluntad general. En un Estado de Derecho, la discusión pública es la fase previa e imprescindible para la adopción de decisiones democráticas que son las que legitiman la voluntad política, por lo que ha de existir publicidad, transparencia y conocimiento de las actuaciones públicas, para así controlar que los poderes públicos actúan con sometimiento al imperio de la ley.

Así las cosas, la publicidad se convierte en un principio general de los Estados democráticos de Derecho, pero que también admite excepciones que dan entrada a la utilización del secreto. En todo caso, la regulación del secreto, como excepción al principio democrático de publicidad o transparencia, ha de partir del presupuesto básico en un Estado de Derecho, esto es, la libertad fundamental a dar y recibir información.

El secreto de Estado es, pues, una cuestión que está ahí desde el surgimiento del propio Estado como forma de organización del poder. De forma contundente se expresa Revenga:

“Pocas cosas como él se presentan de forma tan tozuda y sin solución de continuidad, desde el absolutismo emergente hasta el constitucionalismo post-social. Ensalzado como componente natural de una razón dicha ‘de Estado’ sobrevive sin suscitar reparo a la revolución constitucional. Y lo hace, además, en las mejores condiciones como para no verse afectado por el clima propicio a la publicidad, característico del primer liberalismo: arropado por un manto de silencio sobre su misma existencia”².

¹ Francis BACON: *El avance del saber* (trad. y notas de M^a L. Balseiro), Alianza, Madrid, 1988, págs. 210 a 211.

² Miguel REVENGA SÁNCHEZ: “Razonamiento judicial, seguridad nacional y secreto de Estado”, *Revista Española de Derecho Constitucional* n^o 53 (1998), págs. 57 a 74, en pág. 58.

Las razones de la existencia del secreto como técnica a la que recurren los Estados –e incluso los Estados democráticos–, son varias, y han sido ordenadas por Ruiz Miguel ³ del siguiente modo.

En primer lugar, existe una pluralidad de Estados que tienen la necesidad de defenderse para mantener la seguridad, el orden y la paz. El secreto sólo sería innecesario sobre determinadas áreas de actuación y decisión si todos los Estados actuasen con total transparencia, pues el conocimiento de los objetivos y planes estatales no justifica temores a riesgos o amenazas contra la seguridad exterior del Estado. Así pues, la defensa exterior y las relaciones internacionales son ámbitos en los que los Estados actúan bajo secreto.

La protección de la seguridad se ejerce *ad extra* pero también *ad intra*, por lo que la defensa o mantenimiento de la seguridad interior obliga a los Estados a protegerse frente a las amenazas que surgen dentro de su propio territorio y que atentan contra el orden constitucional democrático. La posibilidad de conocer sobre determinados asuntos se cierra a cal y canto, pues la seguridad del Estado, un concepto tan indeterminado como peligroso, se antepone a la satisfacción de otros intereses que subyacen en los derechos fundamentales.

“La entrada en escena del terrorismo como instrumento de acción política, el espionaje, las experiencias bélicas y sus secuelas, arrojarán como resultado cierta hipóstasis de un concepto hasta entonces neutro, el de seguridad, transmutado ahora en seguridad del Estado. Lo curioso es que ello se produce, una vez más, pasando de puntillas sobre el fondo, y en ausencia de cualquier interés por profundidad en las implicaciones del concepto, o en las consecuencias de recurso indiscriminado a una noción tan imprecisa.”⁴

Estamos ante un concepto como es el de seguridad que es tan fácil de invocar como difícil de definir ⁵. Por ello, porque es totalmente indeterminado, esta indefinición permite una utilización a favor de los intereses propios y particulares, que no generales, de un determinado gobierno cuando recurre a la técnica del secreto. Evidentemente, la falta de precisión en torno a este bien jurídico protegido introduce peligros, en cuanto que resulta difícil determinar o conocer qué es lo que pone en peligro la seguridad nacional. Y así, se le otorga todo su valor al control democrático sobre las políticas de seguridad nacional.

No obstante, a pesar de lo impermeable que se muestra este concepto al conocimiento público, los presupuestos democráticos de control del poder y de protección de los derechos fundamentales obligan a una regulación adecuada de la utilización del secreto de Estado. Así pues, el principio a aplicar será el Derecho como límite al ejercicio del Poder ⁶.

Dicho lo anterior, la publicidad entendida como transparencia de la acción del gobierno es un elemento esencial de la democracia. Pero, al mismo tiempo, el secreto forma parte de la misma estructura de la política democrática. Se pone de manifiesto la

³ Carlos RUIZ MIGUEL: *Servicios de Inteligencia y Seguridad del Estado Constitucional*, Tecnos, Madrid, 2002.

⁴ Miguel REVENGA SÁNCHEZ: “Razonamiento judicial...”, cit., pág. 59.

⁵ Miguel REVENGA SÁNCHEZ: *El imperio de la política. Seguridad nacional y secreto de Estado en el sistema constitucional norteamericano*, Ariel, Barcelona, 1995, págs. 17 y ss.

⁶ Ana ABA CATOIRA: “Potere e diritti: una reciproca limitazione”, *Rivista di Diritto Pubblico Comparato ed Europeo* n° IV (2001), págs. 1.805 a 1.817.

conflictividad que existe entre el derecho de acceso a la información y el ocultamiento por el Estado de la misma, o entre los llamados servicios de inteligencia y el propio sistema de derechos fundamentales como garantía de libertad y elementos de control del poder a través de su efectividad. Concretamente, el derecho a la intimidad o derecho a la vida privada. Por tanto, los servicios de inteligencia, si bien son necesarios para el cumplimiento de las funciones estatales que detalla la Constitución, han de regularse de modo tal que sean funcionales y eficaces sin que por ello hayan de implicar una violación de los derechos fundamentales, pues –tal como queda dicho–, aún cuando el secreto es un elemento del funcionamiento político, jamás podrá convertirse en la norma, teniendo asignado un papel relevante pero de excepción⁷.

II. PUBLICIDAD Y SECRETO EN LA CONSTITUCIÓN

La publicidad como principio general de los Estados de Derecho democráticos se refleja en numerosos artículos de nuestra Constitución, como son los arts. 9, 20, 22, 24, 39, 51, 76, 80, 91, 94, 95, 105, 109, 111, 120 y 164; si bien algunos de estos preceptos prevén excepciones, con lo que se reconoce y protege el principio opuesto, es decir, el secreto.

Por su parte, el secreto se consagra en los arts. 16, 18, 20, 24, 68, 69 y 140, en los que del mismo modo que sucediera con el principio de publicidad, se prevén excepciones con las que se reafirma la publicidad.

De una lectura de los preceptos constitucionales citados se deduce que en la Constitución española el principio general que preside la actuación de los poderes públicos es el de la publicidad, mientras que en la sociedad civil o en las relaciones entre privados rige el secreto en ocasiones y en otras la publicidad.

A) La publicidad en la actuación del Estado

Las libertades de información son presupuesto democrático en cuanto que cumplen una función institucional de formación de la opinión pública libre y democrática. El derecho a opinar sobre los asuntos públicos es un derecho de libertad con rango constitucional, pues sólo a través del conocimiento y de la opinión y la crítica es

⁷ El ejemplo del ocultamiento por el Gobierno de actuaciones contrarias a la ley lo encontramos en el escándalo político tras la filtración a la prensa en 1971 de “los papeles del Pentágono”. Sobre este tema, se puede consultar Miguel REVENGA SÁNCHEZ: *El imperio de la política...*, cit., págs. 23 y ss. El conflicto entre el derecho del público a la información y las prerrogativas o potestades del Estado que puede mantener un ámbito reservado o secreto ante el interés del público que demanda información. El tema del enfrentamiento entre bienes como son el derecho a conocer y el derecho a mantener en secreto informaciones por razones de seguridad o defensa, ocupa la primera plana cuando saltan a la palestra pública escándalos políticos que se mantuvieron en secreto amparándose en la protección de la defensa o seguridad. En todos estos casos, se pone siempre de manifiesto el uso abusivo que se hace de la declaración del secreto con violación de la legislación.

viable el control democrático del ejercicio del poder, ya sea exigiendo responsabilidades políticas o jurídicas.

El Poder Ejecutivo es, sin duda, el que presenta más ámbitos reservados al conocimiento público, sobre todo si se compara con el Poder Legislativo que es el poder democrático por excelencia. En este orden de cosas, el ejecutivo democrático es fruto de la evolución del poder monárquico absoluto que, al no estar sometido a ningún control jurídico, actuaba con plena arbitrariedad sin rendir cuentas. La democratización del poder se vincula a la publicidad que obliga al ejecutivo en sus actuaciones a respetar la legalidad, si bien siguen manteniéndose espacios reservados o secretos frente al público. Así, rigen limitaciones e incluso prohibiciones para acceder a algunos documentos en poder de la Administración (art.105.b) CE) o se impone el secreto en las deliberaciones del Consejo de Ministros (art. 5.31 Ley 50/1997, de 27 de noviembre, de Organización, Competencia y Funcionamiento del Gobierno) y en las deliberaciones de las Comisiones Delegadas del Gobierno (art. 6.5°).

Así pues, la publicidad de las actuaciones del Poder Ejecutivo ni es total ni es directa, pues se reconoce la posibilidad de tener información sobre su actuación a través de la potestad del Parlamento de acceder a informaciones de relevancia pública (art. 109 CE), de la investigación para ejercer el control político, y a través del derecho general de acceso a la información que tienen los ciudadanos reconocido en el art. 105.b) CE.

Con el Poder Judicial sucede un poco lo mismo que con el Ejecutivo, pues hasta la llegada del constitucionalismo la justicia era una potestad atribuida al monarca que, siguiendo con la lógica del ejercicio del poder no democrático, funcionaba bajo secretismo (recuérdense las *lettres de cachett*). El recelo hacia los jueces, deudores del Antiguo Régimen, se comprueba en las palabras de Montesquieu, reacio a la existencia de jueces permanentes, al afirmar:

“El poder judicial no debe confiarse á (*sic*) un senado permanente y sí á (*sic*) personas elegidas entre el pueblo en determinadas épocas del año, del modo prescrito por las leyes, para formar un tribunal que dure solamente el tiempo que requiera la necesidad.”⁸

En este sentido, los constituyentes de 1789-1791 configuraron la función jurisdiccional como un Poder del Estado (Capítulo V del Título III), pero no permitieron que la actividad jurisdiccional se extralimitara bajo peligro de que los jueces se inmiscuyeran en el ejercicio del Poder Legislativo, o lo que es lo mismo que los jueces realizaran funciones políticas⁹. El constituyente francés respondió a los postulados de Montesquieu estableciendo la justicia gratuita y la electividad y temporalidad de los oficios jurisdiccionales aunque el Rey conservaba un derecho de nombramiento de jueces vacío de contenido.

La publicidad en los procedimientos judiciales se consagra como un principio democrático, pues garantiza la independencia judicial y los derechos de los ciudadanos en

⁸ MONTESQUIEU: *Espíritu de las leyes*, (1748), Madrid, 1845, 2 vols., Libro XI, Cap. VI, pág. 191.

⁹ André BLONDEL: *Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois (Étude critique comparative: États-Unis-France)*, París/Aix-en-Provence, 1928, pág. 244, señala que la orientación constitucional y legislativa en Francia responde, más que a una aplicación rigurosa del principio de separación de poderes, a la experiencia histórica vivida; es decir, al recuerdo de los *Parlements* en orden a negar el control de las leyes por los jueces.

aras de satisfacer la tutela judicial efectiva ¹⁰ Cuando el Poder Judicial se independiza del Ejecutivo su función se hace más transparente, como se pone de manifiesto a través del sistema de selección de jueces por oposición pública, de sus actuaciones que son preferentemente públicas en el procedimiento penal, presidido por el principio de oralidad, y en las mismas sentencias, que han de estar motivadas y ser públicas. Por último, aunque la toma de decisiones es secreta, la admisión de los votos particulares proporciona información sobre las mismas.

En cualquier caso, tal como declara la Constitución, la publicidad de las actuaciones judiciales queda sometida a excepciones previstas en las leyes de procedimiento ¹¹.

En cuanto al Poder Legislativo es claro que la publicidad en los debates parlamentarios proporciona información a los electores y, por tanto, confianza en sus representantes que toman decisiones por ellos y hacen las leyes que regulan su vida y sus relaciones en sociedad ¹². No obstante, el principio general de publicidad también puede ser excepcionado en el ámbito de las actuaciones parlamentarias ¹³.

¹⁰ Por todos es sobradamente conocido que en Europa el Estado constitucional se construye sobre los cimientos del Antiguo Régimen y, por tanto, sobre unas bases sociales, jurídicas y políticas determinadas. Así las cosas, la revolución liberal ha de poner fin a la construcción propia del absolutismo en la que la soberanía residía “absolutamente” en el monarca y sustituirla por una soberanía democrática. No obstante, la Monarquía pervive como tradición europea, por lo que la Constitución de 1791 proclama que todos los poderes emanan de la Nación, pero que ésta los ejerce por delegación. La Nación está representada por el Parlamento y por el Rey, quien ejerce, además, el poder ejecutivo. De estos orígenes del constitucionalismo francés deriva la desconfianza o recelo hacia la judicatura, como pone de manifiesto Santiago ROURA GÓMEZ (en *La defensa de la Constitución en la historia constitucional española*, Centro de Estudios Políticos Constitucionales, Madrid, 1998, pág. 115) cuando recuerda

“La existencia en Francia de unos órganos jurisdiccionales, los *Parlements*, que habían inaplicado durante el siglo XVIII diversas ordenanzas reales bajo el pretexto de su incoherencia con las leyes fundamentales del reino francés. Su pretensión de autonomía aumentaba la desconfianza hacia ellos y, en cualquier caso, más allá de estas puntuales actuaciones, los Tribunales se habían mostrado tradicionalmente sumisos a los dictados de la voluntad regia, razón suficiente para resultar particularmente ingratos a los ojos revolucionarios.”

¹¹ Ley de Enjuiciamiento Criminal, concretamente los arts. 680 a 682.

¹² El principio de legalidad y la reserva de ley como garantía de los derechos fundamentales en el Estado de Derecho.

“El principio de reserva de ley entraña, en efecto, una garantía esencial de nuestro Estado de Derecho, y como tal ha de ser preservado. Su significado último es el de asegurar que la regulación de los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos dependa exclusivamente de la voluntad de sus representantes, por lo que tales ámbitos han de quedar exentos de la acción del ejecutivo y, en consecuencia, de sus productos normativos propios, que son los reglamentos” (STC 83/1984, de 24 de julio, fto. jco. 4°).

“[...] Es claro que a la hora de establecer garantías para los diversos derechos enunciados en la Constitución, el rango de la norma aplicable, es decir, que se trate de una norma con rango de Ley o con rango inferior y, en su caso, el tipo de Ley a que se encomienda la

**B) Los derechos de información y la barrera del secreto
en el ámbito estatal y en el ámbito de lo individual**

La publicidad y la información son elementos consustanciales al propio Estado de Derecho. Así las cosas, en el art.20 de la Constitución se reconocen los derechos fundamentales de información –en su doble vertiente de dar y de recibir información veraz–, que resultan protegidos con valor preferente cuando la información versa sobre asuntos de relevancia pública en atención a su función institucional de mantenimiento de la opinión pública como presupuesto de los Estados democráticos. Ahora bien, como todo derecho fundamental, éste encuentra límites a su ejercicio, que en este ámbito derivan de la coexistencia del espacio público con ámbitos en los que domina el secreto, ya sea en lo individual (intimidad o vida privada) ya sea en los espacios políticos o estatales.

De esta manera, resulta vital determinar si las actuaciones que provienen de los poderes públicos tienen relevancia pública y, por tanto, si el derecho de información, cuando recae sobre ellas, goza de la máxima protección constitucional. Se produce la colisión entre dos intereses públicos como son el mantenimiento de una opinión pública libre y la defensa de la seguridad nacional, por lo que si las informaciones han sido calificadas como reservadas o secretas se imposibilita el ejercicio de las libertades fundamentales, porque ni el público ni los informadores pueden acceder a ellas al no ser públicas.

El principio de publicidad en el funcionamiento de los poderes públicos decae en determinados supuestos por motivaciones de interés público que justifican que la actividad pública se realice bajo secreto, ya sean sesiones parlamentarias, ya sean deliberaciones del Consejo de Ministros o de cualquier otro organismo público. Así pues, la libertad de expresión de los miembros de los órganos estatales se ve limitada, al igual que la libertad de información del público y la libertad de informar de los profesionales.

No obstante lo anterior, puede suceder que los medios informen sobre asuntos que son de relevancia pública pero sobre los que recae el secreto. En todo caso, habrá que diferenciar si la información se obtuvo por medios lícitos, en cuyo caso la información quedaría protegida, o si la información se obtuvo ilícitamente a través del incumplimiento del deber de reserva o secreto que obliga a ciertas personas por razón del cargo que ocupan o de la función que desempeñan.

En algunos supuestos la ley ha establecido un deber de reserva general que afecta a todos los ciudadanos, y no sólo a aquéllos sobre los que pesa el deber de reserva por su cargo o función, por entender que no hay otro modo de proteger el bien constitucional que entra en conflicto con las libertades de información del art. 20 CE. Esto se produce en el ámbito de los secretos oficiales donde la incidencia limitativa derivada de la protección

regulación o desarrollo de un derecho, Ley orgánica u ordinaria, representan un importante papel por cuanto las características formales de la norma (como son la determinación de su autor y el procedimiento para su elaboración y aprobación), suponen evidentemente límites y requisitos para la acción normativa de los poderes públicos que son otras tantas garantías de los derechos constitucionalmente reconocidos” (STC 140/1986, de 11 de noviembre, fto. jco. 6º).

¹³ Pedro DE VEGA: “El principio de publicidad parlamentaria y su proyección constitucional”, *Revista de Estudios Políticos* nº 43 (1985).

de la seguridad del Estado se manifiesta con mayor fuerza, pues quedan restringidos los derechos a investigar, a informar y a recibir información.

La Ley de Secretos Oficiales [en adelante, LSO] ¹⁴ establece en su art. 1 el principio general de publicidad en las actuaciones de los órganos del Estado, si bien prevé que las materias pueden ser clasificadas como reservadas o secretas por la Ley o por el poder ejecutivo cuyo acto de clasificación puede presentar dudas de constitucionalidad. La Ley prevé la prohibición de tener información o conocimiento sobre determinadas materias clasificadas porque su conocimiento por personas no autorizadas puede dañar o poner en riesgo la seguridad y defensa del Estado. Las materias tendrán carácter secreto, sin necesidad de previa clasificación, cuando así las declare la Ley, pero dicho carácter puede ser acordado por el Consejo de Ministros y por la Junta de Jefes de Estado Mayor (arts. 1 y 4 LSO).

Las calificaciones de “secreto” o “reservado”, hechas con arreglo a lo dispuesto en la legislación, tienen los siguientes efectos:

- Que 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.
- Que se podrá prohibir el acceso o establecer limitaciones de circulación a personas no autorizadas en locales, lugares o zonas en que radiquen las materias clasificadas.
- Que el personal que sirva en la administración del Estado y en las Fuerzas Armadas estará obligado a cumplir cuantas medidas se hallen previstas para proteger las materias clasificadas.

Las limitaciones que supone para las libertades de información se ponen de manifiesto en la obligación que impone el art. 9 LSO. Así, conforme a esta Ley, la persona a cuyo conocimiento o poder llegue cualquier materia clasificada estará obligada, siempre que le conste esta condición, a mantener el secreto y a entregarla a la autoridad civil o militar más cercana y, si ello no fuera posible, a poner en conocimiento de ésta su descubrimiento o hallazgo. Además, cuando una materia clasificada permita prever que pueda llegar a conocimiento de los medios de información, se notificará a éstos la clasificación de secreto o reservado.

El Reglamento de la LSO ¹⁵ establece en su art. 3.I que la clasificación de “secreto” se aplicará a todas las materias referidas en el artículo anterior que precisen del más alto grado de protección por su excepcional importancia y cuya revelación no autorizada por autoridad competente para ello, pudiera dar lugar a riesgos o perjuicios de la seguridad del Estado, o pudiera comprometer los intereses fundamentales de la Nación en materia referente a la defensa nacional, la paz exterior o el orden constitucional. Según el siguiente párrafo, la clasificación de “reservado” se aplicará a los asuntos, actos, documentos, informaciones, datos y objetos no comprendidos en el apartado anterior por su menor importancia, pero cuyo conocimiento o divulgación pudiera afectar a los

¹⁴ Ley 9/1968, de 5 de abril, reguladora de los Secretos Oficiales, modificada, parcialmente, por la Ley 48/1978.

¹⁵ Reglamento de la Ley de Secretos Oficiales, aprobado por RD 242/1969, 20 de febrero.

referidos intereses fundamentales de la Nación, la seguridad del Estado, la defensa nacional, la paz exterior o el orden constitucional.

En lo que concierne al secreto en el ámbito de lo individual, hay que decir que los Estados democráticos reconocen y protegen determinadas esferas o ámbitos individuales donde están prohibidas las injerencias o el conocimiento de los demás, ya sean terceros públicos o privados. Por tanto, se reconoce un espacio secreto que se corresponde con la intimidad o la vida privada que es diferente al secreto del que se puede beneficiar el Estado y que protege del conocimiento público determinadas actuaciones o decisiones de los poderes públicos. Y es que la publicidad puede resultar lesiva no sólo para las funciones estatales sino también para los derechos fundamentales, al igual que el secreto puede lesionar el ejercicio del control democrático del poder político, así como algunos derechos fundamentales, que se ven privados de efectividad al prohibirse que los particulares controlen informaciones que se manejan sobre ellos.

III. EL ESPIONAJE COMO ACTIVIDAD DE LOS ESTADOS

El espionaje constituye una de las primeras actividades que se desarrollaron en el mundo y, consiguientemente, una de las primeras profesiones¹⁶. Y es que el secreto que recubre de alguna u otra forma todos los poderes del Estado es inherente, desde siempre, al poder ejecutivo, que dedica esfuerzos y dinero a la obtención y distribución de información. Cuando es el Estado quien espía, esta actividad de inteligencia se organiza y cuenta a su servicio con tecnologías específicas y tiene una función concreta tanto a nivel nacional como internacional. Así las cosas, la implantación de las nuevas tecnologías de la información tiene un gran impacto sobre el poder político, que se manifiesta en la vigilancia como instrumento o mecanismo efectivo de poder, tanto económico como social, pues el secreto y el conocimiento de esos secretos se enfrentan en una lucha por obtener la máxima información sobre los objetivos de los Estados.

Una vez más, se pone de manifiesto el papel de la información en el conocimiento y desarrollo de los Estados a lo largo del extinto siglo XX, y aún más en el recién estrenado siglo XXI. No obstante, son grandes las diferencias entre el modelo de Estado *orwelliano*, basado en el control totalitario a través del monopolio de la información, y los Estados actuales en un contexto global donde las estructuras del poder se han transformado y aparecen la descentralización y la difuminación de las fronteras entre lo público y lo privado.

Sin duda alguna, el siglo XX ha sido el siglo de la inteligencia o –con más propiedad– el siglo de los servicios de inteligencia, encargados de adquirir, clasificar,

¹⁶ Sirva como ejemplo la Inquisición Española que dependía de los Reyes Católicos que designaban a los inquisidores y los destituían libremente. La Inquisición era una institución de control político interior que actuaba en todo el territorio español con independencia de los distintos reinos. Los tribunales del Santo Oficio eran Estado y sus funciones iban más allá del control religioso de la ciudadanía, proporcionando grandes cantidades de información a la Administración central. Sobre la Inquisición en España ver, José A. ESCUDERO: *La Inquisición en España*, Cuadernos 16, Madrid, 1985 y Ricard GARCÍA CÁRCEL y Doris MORENO MARTÍNEZ: *Inquisición, Historia Crítica*, Temas de Hoy, Barcelona, 2000. Sobre los antecedentes históricos de los servicios de inteligencia en el Estado español, ver en Carlos RUIZ MIGUEL: *Servicios de Inteligencia...*, cit., las págs. 165 y ss.

analizar, interpretar y proteger la información. La situación actual que viven los servicios de inteligencia no se puede desligar de una de las características de estos tiempos, es decir, de las innovaciones y adelantos científicos y sus aplicaciones prácticas, sin olvidar el sistema internacional de Estados/Nación soberanos que basaron su protección y seguridad nacional en la fuerza militar¹⁷.

El avance tecnológico cada vez va más lejos, exigiendo nuevas técnicas para interceptar las comunicaciones, para romper y revelar el secreto celosamente guardado y buena muestra de ello es el sistema de encriptación. Y es que, lógicamente, la información que persiguen los servicios de inteligencia se mantiene deliberadamente en secreto, por lo que la captación también es secreta y no se trabaja con fuentes públicas de información.

La obtención de información por el Estado con fines de seguridad no se contempla específicamente en la Constitución, salvo las intervenciones en el domicilio y en las comunicaciones, que podrán ser realizadas por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado con el fin legítimo de mantener la seguridad pública y siempre y cuando se respeten las garantías que a tal efecto establece el texto constitucional.

No obstante, la Constitución no contiene ninguna referencia expresa sobre los servicios de inteligencia, por lo que habrá de ser una ley específica y las normas reglamentarias las que se encarguen de su regulación en España. Y ello porque no ofrece ninguna duda que, siendo la defensa y el mantenimiento de la seguridad una función del Estado de Derecho y reconociendo la norma constitucional la existencia de las Fuerzas Armadas, a las que se les atribuye funciones de seguridad y defensa, el Estado no sólo *podrá*, sino también *deberá* contar con organismos que desarrollen estas actividades.

En este orden de cosas, el art. 149.1º.4 CE atribuye la competencia exclusiva al Estado en materia de Defensa y Fuerzas Armadas. A su vez, el art. 97 señala que el Gobierno dirige la política interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa del Estado. El mismo art. 149 CE, relativo al régimen competencial, determina que es competencia exclusiva del Estado la materia de relaciones internacionales (art. 149.1º.3º), por lo que los servicios de inteligencia exterior complementarán a los de inteligencia interior, obteniendo información sobre el exterior para proporcionar datos al Estado. Y, además, la misma Constitución garantiza el secreto de sus actuaciones cuando la información que se solicita afecte a la seguridad y defensa del Estado (art. 105b).

En ningún caso se ha de olvidar el reconocimiento de la defensa de la Constitución como una función del Estado que éste realiza a través de las Fuerzas Armadas, por lo que el art. 8 consagra “la Defensa” como función constitucional¹⁸. Asimismo, la preservación de la seguridad pública es una competencia estatal y un derecho fundamental de los ciudadanos, todo lo cual confirma la justificación o legitimación de unos servicios especiales que tengan como función recabar información para, en definitiva, garantizar el orden público democrático.

Es precisamente este bien jurídico protegido el que fundamenta la existencia de los Servicios de Inteligencia, primero del Centro Superior de Información de la Defensa (CESID) y, recientemente, desde este pasado año, del Centro Nacional de Inteligencia (CNI). Así, el Centro Superior de Información quedaba “bajo la dependencia directa del

¹⁷ Reg WHITAKER: *El fin de la privacidad*, Paidós, Barcelona, 1999, pág. 17.

¹⁸ Roberto L. BLANCO VALDÉS: *La ordenación constitucional de la defensa*, Tecnos, Madrid, 1988, págs. 73 y ss.

titular del Ministerio de Defensa” que se crea como un “órgano de la Administración Central del Estado encargado de la ordenación y coordinación de la política general del Gobierno en cuanto se refiere a la Defensa Nacional”¹⁹.

Analizar la existencia y funcionamiento de los denominados servicios de inteligencia nos introduce más en el ámbito del secreto de Estado, pues si algo caracteriza a estos organismos es su invisibilidad y la falta de información que tiene la ciudadanía sobre ellos. La ausencia de publicidad dificulta el control de su funcionamiento y, por tanto, se plantean dudas en torno a su conformidad con el ordenamiento democrático, máxime teniendo en consideración que la vigilancia estatal supone intromisiones en los ámbitos protegidos de los ciudadanos que pueden encontrarse en situaciones de indefensión y de inseguridad.

A) La regulación jurídica de los servicios de inteligencia: la Ley 11/2002, de 6 de mayo

Lo primero a destacar es el silencio que sobre los Servicios de Inteligencia guarda la Constitución a pesar del conocimiento y aceptación de la existencia de estos servicios estatales. Junto al marco constitucional, que quedaría delimitado a través de las funciones estatales de defensa y seguridad, el marco jurídico estaría conformado por normas de rango legal y de rango inferior –lo que evidencia una carencia formal y material–, así como por la jurisprudencia nacional del Tribunal Supremo e internacional del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El dato de mayor relevancia es la entrada en vigor de la Ley 11/2002, de 6 de mayo, reguladora del Centro Nacional de Inteligencia que se completa con la Ley Orgánica 2/2002, de 6 de mayo, Reguladora del Control Judicial Previo del Centro Nacional de Inteligencia.

Por tanto, hasta este pasado mayo la regulación de los servicios de inteligencia se contenía en normas reglamentarias, en gran parte preconstitucionales, y en todo caso fragmentarias, donde se perpetuaba la dependencia de las Fuerzas de Seguridad respecto del Poder Ejecutivo.

El Centro Superior de Información de la Defensa se creó con anterioridad a la Constitución ²⁰ como el principal servicio de investigación e información, bajo la dependencia directa del Ministerio de Defensa ²¹, y se configuró como un órgano de la Administración estatal encargado de la ordenación y coordinación de la política general del Gobierno en lo que se refiere a la Defensa Nacional ²².

¹⁹ Arts. 2.1º y 5º del Decreto 1558/1977, de 4 de julio, que reestructura determinados órganos de la Administración Central del Estado. El art. 1 de la Ley del Centro Nacional de Inteligencia (CNI) establece como misión del Centro prevenir y evitar “cualquier peligro, amenaza o agresión contra la independencia o integridad territorial de España”, por lo que recabará inteligencia como servicio de información que es para evitar ataques contra la seguridad nacional”.

²⁰ Decreto 1558/1977, de 4 de julio.

²¹ El Ministerio de Defensa se crea integrando los anteriores Ministerios del Ejército, Marina y Aire.

²² Decreto 1558/1977, de 4 de julio y Decreto 2723/1977, de 2 de noviembre, sobre estructura y funciones del Ministerio de Defensa. El Decreto 1558/1977 se desarrolló en el Reglamento orgánico del Ministerio de Defensa por Decreto 2723/1977.

Una vez entrada en vigor la Constitución, la regulación preconstitucional se ha ido modificando paulatinamente. Así, la Ley Orgánica 6/1980, sobre Criterios Básicos de la Defensa Nacional y de la Organización Militar, el Real Decreto 726/1981, de 27 de marzo, la Orden Ministerial 135/1982, de 30 de septiembre, sobre estructura y relaciones que ha de mantener el CESID, el Real Decreto 2632/1985, de 27 de diciembre, sobre estructura interna y relaciones, los Reales Decretos 1169/1995, de 7 de julio y 1324/1995, de 28 de julio, sobre el Estatuto del Personal del CESID, el Real Decreto 266/1996, de 16 de febrero, de modificación de la estructura orgánica básica del CESID, y la única ley, la Ley 17/1989, de 19 de julio, Reguladora del Régimen del Personal Militar y Profesional, en cuya Disposición Final 8ª se declara que todo el personal del CESID tendrá el mismo régimen jurídico.

Tal como se ha puesto de manifiesto, por vez primera una Ley, la 11/2002, de 6 de mayo, ha regulado los servicios de inteligencia españoles, reformando la normativa existente, en su mayoría reglamentaria y preconstitucional, y creando el CNI en sustitución del CESID.

La inactividad del legislador español en el ámbito de los servicios de inteligencia proporcionó un tiempo más que suficiente para ir acumulando antecedentes y conocimiento de las experiencias de los países de nuestro entorno, que han permitido tomar nota de los fallos y de los aciertos y aplicar esos conocimientos a la ley española. Así pues, parece lógico pensar que la Ley 11/2002 ha de reflejar esas ventajas que proporciona el conocimiento de otras experiencias y otras respuestas jurídicas plasmadas en la legislación de países europeos como Francia, Alemania o Reino Unido, la jurisprudencia internacional o el mismo Derecho comunitario. De todos ellos, que conforman un excelente marco o entorno jurídico, se deducen una serie de principios básicos que han de fundamentar la normativa española.

La Exposición de Motivos de la Ley 11/2002 proclama la necesidad de la sociedad española de contar con unos servicios de inteligencia eficaces, especializados y modernos, que sean capaces de afrontar los nuevos retos nacionales e internacionales, y que se rijan por los principios de control y de pleno sometimiento al ordenamiento jurídico. El glosario de la normativa preexistente –que, además, no tenía rango de ley–, reflejaba la necesidad de una ley que regulara de forma unitaria y sistemática la naturaleza objetiva, los principios, las funciones, la organización y el régimen jurídico administrativo, así como los controles parlamentario y judicial, para lograr un funcionamiento eficaz y transparente de estos servicios.

Así, el legislador ha creado el CNI que sustituye al CESID, organizándolo como un organismo público especial, según lo previsto en la Disposición Adicional 10ª de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado.

La misión principal del CNI será la de proporcionar al Gobierno la información e inteligencia necesarias para prevenir y evitar cualquier riesgo o amenaza que afecte a la independencia e integridad de España, los intereses nacionales y la estabilidad del Estado de Derecho y sus instituciones. Se trata de un Centro adscrito al Ministerio de Defensa, con unos objetivos definidos por el Gobierno y aprobados anualmente por el Consejo de Ministros que se plasman en la Directiva de Inteligencia que está clasificada como materia secreta y, por tanto, vetada al conocimiento público.

La Ley resulta de suma importancia en el ámbito de los servicios de inteligencia puesto que por primera vez se contempla expresamente el control parlamentario de las actividades de inteligencia. Será la Comisión que controla los créditos destinados a gastos reservados la que asuma el control de las actividades del CNI, siendo sus miembros los mismos que pueden conocer de los secretos oficiales.

La ya mencionada Ley Orgánica 2/2002, de 6 de mayo, Reguladora del Control Judicial Previo del Centro Nacional de Inteligencia, completa lo dispuesto en la Ley que lo creó, al regular el control previo de las actividades del Centro, en cuanto medidas que requieran autorización judicial previa por constituir intervenciones en los derechos fundamentales del 18.2 y 18.3 CE: el derecho a la inviolabilidad domiciliaria y el derecho al secreto de las comunicaciones. A su favor cabe adelantar su carácter innovador, siendo España el primer país en regular dicho control judicial.

1.- El iter legislativo

Antes de entrar en el análisis jurídico de la regulación de los nuevos servicios de inteligencia en comparación con la del extinto CESID, resultará esclarecedor echar un vistazo a los trabajos y debates parlamentarios.

Con fecha de 23 de noviembre se publicó en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales* el Proyecto de Ley 121/000057, Reguladora del Centro Nacional de Inteligencia, cuyo autor era el Gobierno. El acuerdo de la Mesa de la Cámara de 19 de noviembre decidía encomendar su aprobación a la Comisión de Defensa en aplicación del art. 148 del Reglamento del Congreso, publicarlo en el *Boletín* y establecer un plazo de enmiendas por un período de quince días hábiles, que finalizaba el 13 de diciembre de 2001.

Según establece el art. 112 del Reglamento del Congreso, el debate de totalidad de los Proyectos de Ley en el Pleno procede cuando se presentan, dentro del plazo reglamentario de quince días, enmiendas a la totalidad. El Presidente de la Comisión trasladará al Presidente del Congreso las enmiendas presentadas para incluirlas en el orden del día de la sesión plenaria en la que hayan de debatirse.

En los debates de la totalidad de iniciativas legislativas se debatieron conjuntamente el Proyecto de Ley reguladora del Centro Nacional de Inteligencia y el Proyecto de Ley Orgánica Reguladora del Control Judicial Previo del Centro Nacional de Inteligencia.

El Ministro de Defensa (Trillo-Figueroa y Martínez-Conde) presentó ambas iniciativas legislativas del Gobierno, plasmadas en sendos proyectos, partiendo de la apremiante necesidad de regular los servicios de inteligencia como desarrollo exigido de la Constitución para completar el Estado de Derecho. Estas iniciativas contaban con el consenso político, pues esta Ley nació con el apoyo del grupo del Gobierno –evidente por ser un proyecto de ley– del principal partido de la oposición (PSOE), de CiU y de Coalición Canaria.

La realidad demuestra que en los últimos años se han producido muchos cambios en España y también en el exterior, lo que ha propiciado la transformación de los servicios de inteligencia tanto a nivel interno como internacional.

La transformación o reforma del CESID comenzó con la Ley de 11 de mayo de 1995, que reguló por primera vez la utilización y el control de los créditos destinados a gastos reservados, y que también contó con un amplio consenso, que tuvo plasmación

extraparlamentaria en el acuerdo entre el Gobierno (por aquel entonces socialista) y la oposición en torno al Decreto 1324/1995, que aprobó el estatuto del personal del Centro. La primera norma introdujo en 1995 el principio de control parlamentario que, en opinión del Gobierno, desde entonces ha funcionado satisfactoriamente. La segunda norma introdujo el principio del carácter civil y no militar de los agentes del centro. Durante la VI Legislatura el Gobierno estableció la práctica de una directiva anual que fijase los objetivos de actuación del Centro, afianzando el principio de control interno e introduciendo el principio de especialidad en sus actividades. En esta legislatura el Gobierno ha cumplido su compromiso de nombrar al primer civil para el puesto de director.

La Ley del 2002 supone la culminación del proceso reformista y el cumplimiento del compromiso electoral del Partido Popular, haciéndolo de común acuerdo con el PSOE y los grupos que funcionan como bisagra.

El principio de legalidad se consolida, pues los servicios de inteligencia ya no serán algo aparte, trabajando a la sombra del Estado, sino que forman parte del Estado de Derecho. El nuevo Centro Nacional de Inteligencia cambiaría su nombre porque cambiaban sus estructuras, su naturaleza y sus controles. Es y quiere ser un centro moderno, eficaz, coordinado adecuadamente para formar una auténtica comunidad de inteligencia y se somete al principio de control que garantiza la ley orgánica que acompaña al principal proyecto.

El Ministro de Defensa analiza los principios y características más destacados del CNI. La eficacia exige mantener la unidad del centro, unidad que viene aconsejada por la tradición, por el principio de economía de medios y –después del 11 de septiembre–, por la eficacia operativa. Unidad de actuación y unidad de dependencia del Presidente del Gobierno y, a través suyo, del Gobierno en su conjunto y del Ministerio de Defensa. Los conceptos de seguridad y defensa van unidos porque van unidas las amenazas y los nuevos riesgos para los intereses de la nación y unidos a nuestros aliados y socios hemos de hacerles frente. Eficacia también significa coordinación, por lo que se crea una comisión delegada de inteligencia de Estado, presidida por el Vicepresidente del Gobierno y en la que se integran los ministros de Exteriores, Defensa y Economía y los secretarios de Estado competentes. La eficacia está sometida anualmente a una directiva de objetivos que se establece con rango legal, legalizando la práctica de carácter anual. La eficacia también alcanza a la mensuración del principio de protección funcional de los agentes, al alcance del secreto, al eventual uso de armas y al estatuto de los propios agentes.

Sin duda, la pieza clave de todo este edificio es el control democrático del Centro con la finalidad de garantizar la libertad. Las Leyes pretenden lograr el adecuado equilibrio entre la eficacia en el servicio a los españoles y la garantía de sus derechos y libertades. Se refuerza el control parlamentario, manteniendo el control de los fondos reservados que utiliza una fórmula que se ha demostrado digna de mantenerse a lo largo de los años en que ha funcionado, y se amplía ese control al conocimiento tanto de los objetivos anuales del centro cuanto a la fiscalización de su consecución dejando a la autonomía de la Cámara la determinación futura de la correspondiente Comisión. De otra parte se pone en marcha el control judicial previo de aquellas actuaciones que puedan interferir en los derechos y libertades garantizados en el 18.2 y 18.3 CE. Ese control se atribuye a los máximos órganos del Poder Judicial siendo su Consejo General el que

habrá de elegir al magistrado que se encargue de despachar las correspondientes autorizaciones o denegarlas, siendo este magistrado miembro del Tribunal Supremo, bien de su Sala Segunda o de su Sala Tercera.

El contenido de estas enmiendas a la totalidad de devolución (de IU, EAJ-PNV, ICV, BNG, ER, EA) incidiría en los siguientes extremos:

- El problema del control democrático de unas actividades que tienden a rozar la ilegalidad y, por ello, suscitan la desconfianza de estos Grupos. A título de ejemplo, IU describiría el funcionamiento del CESID como “un islote, era algo distinto al funcionamiento democrático”.
- El desequilibrio existente entre la seguridad y la libertad, pues ambos proyectos de ley se decantan en favor de la seguridad, cuando el equilibrio es un elemento que define la democracia.
- Las imprecisiones y las ambigüedades que llenan los proyectos, y que pueden afectar negativamente a los derechos y libertades.
- La conveniencia de diferenciar claramente entre las áreas de seguridad interior, seguridad exterior y seguridad militar.
- La inconveniencia de la adscripción del Centro al Ministerio de Defensa.
- La necesidad de un auténtico control parlamentario, frente al que se establece, que es totalmente deficiente al consistir en una mera revisión anual de los objetivos y del gasto por parte de la comisión de fondos. El control parlamentario que se prevé es muy limitado en base a la razón de Estado.
- La inexistencia de un control judicial real. Se entiende que quizás sea ésta la mayor debilidad de los proyectos. Se trae a colación el Dictamen del Consejo General del Poder Judicial que se basa en la STC 49/1999 y en las Leyes de Enjuiciamiento, que exigen un procedimiento judicial muy específico. La jurisprudencia exige que toda ley que limita derechos y libertades especifique todos los presupuestos y condiciones de intervención, lo que esta Ley no hace.
- Que nada se prevea respecto al art. 18.4 CE, donde se reconoce el derecho de autodeterminación informativa como derecho a controlar nuestros datos personales. No hay referencia alguna a la Ley de Protección de Datos Personales.
- Que se establezca la posibilidad de prorrogar las intervenciones, pero no se diga cuántas ni por cuánto tiempo. Además, toda la jurisprudencia en materia de intervenciones en los derechos autorizadas judicialmente, y que son utilizadas para fundamentar estas Leyes, se refieren a medidas adoptadas en un proceso judicial abierto o durante investigaciones policiales que llegarán a ser proceso, requisitos que en el espionaje de inteligencia no se cumplen.
- La inadecuación del sistema de Magistrado único nominativo por un período de cinco años: mejor sería un órgano colegiado.
- La sorprendente ausencia del Ministerio Fiscal, que tiene encomendada en el art. 124 CE la defensa de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley.
- Que la Ley no prevea la posibilidad de reacción jurídica por parte del ciudadano espionado contra una actuación ilegal, lo que no es conforme con el derecho a la tutela judicial efectiva.

- Que no haya participación de las Comunidades Autónomas, pues nada se establece sobre la necesidad de colaboración de información con los responsables de éstas.

Una vez concluidas las intervenciones de los portavoces para exponer las enmiendas a la totalidad de devolución, tomaría la palabra el Ministro de Defensa para contestar, en una intervención de la que destacamos la interpretación del Gobierno del Dictamen del Consejo General del Poder Judicial. Así, se argumentaría que el Consejo consideraba que existían suficientes fundamentos en la Constitución para que las Cortes Generales pudieran establecer, en la medida en que fuera necesario para la salvaguardia de esos bienes colectivos que son la propia seguridad y defensa del Estado y cuando lo exigiera un interés público relevante, algunos regímenes diferenciados en el sistema de protección de los derechos y libertades fundamentales.

La seguridad nacional aparece como título idóneo para justificar restricciones o modulaciones del ejercicio de algunos derechos fundamentales, como 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 art. 18.2 y 3 de la Constitución, ya que toda limitación de tales derechos fundamentales precisa de habilitación legal. El anteproyecto se ha separado de otros modelos de Derecho Comparado para atribuir al Poder Judicial el control de la actividad de los citados servicios, evitando así –a diferencia de otros sistemas europeos–, la existencia de zonas inmunes en la actuación de los poderes públicos.

Concluido el turno de réplicas cerraría el debate nuevamente el Ministro de Defensa para a continuación fijar posición los Grupos Parlamentarios de Coalición Canaria, Catalán (Convergència i Unió), Socialista y –cómo no–, el Grupo Parlamentario Popular. De esta ronda de intervenciones cabría concluir:

- Que ambos proyectos iban a contar con el voto a favor de estos Grupos frente a las diversas enmiendas de devolución que fueron presentadas por el Grupo Parlamentario Mixto, si bien ello no impediría la presentación de enmiendas de crítica constructiva y correctoras de deficiencias en la Comisión. Se conviene en que la Ley es mejor que lo que había sido hasta ahora, pues no hay que olvidar que se ha tardado más de veinte años en tratar este asunto en el Parlamento.
- Que la seguridad del Estado de Derecho es la seguridad de las libertades de las personas, por lo que estos temas merecen el apoyo parlamentario para poner fin al déficit histórico en el mundo de los servicios de inteligencia, desde el punto de vista legal y desde el punto de vista del funcionamiento.
- Que la finalidad de los servicios de inteligencia es obtener información para elaborar inteligencia con el fin de ofrecerla al Gobierno para que, en base a ella, tome las decisiones necesarias para garantizar la seguridad, la libertad y la democracia; y que estas medidas deben ejecutarse a través de los servicios correspondientes que tiene el Gobierno. La que se prepara será una buena Ley si en ella se garantizan los derechos de los ciudadanos a través del sometimiento de

estas actividades al ordenamiento jurídico. El control parlamentario y el control judicial previo son garantías de los derechos individuales.

En cumplimiento del art. 97 del Reglamento del Congreso se publicaría en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales* el informe emitido por la Ponencia sobre el Proyecto de Ley reguladora del CNI. La Ponencia, tras estudiar con detenimiento la iniciativa así como las enmiendas presentadas, elevaría a la Comisión el correspondiente Informe, según manda el art. 113 del Reglamento. La aceptación de algunas enmiendas supuso la modificación de los artículos del Proyecto de Ley con la voluntad de mejorarlo, una mejora que también puede realizarse en los trámites que se celebran en la Comisión y en el Pleno del Congreso y del Senado. La Ponencia manifestaría que en su opinión se debían tramitar conjuntamente los dos Proyectos de Ley que se refieren al Centro Nacional de Inteligencia.

La relación de enmiendas aceptadas fue la siguiente:

- Sobre la Exposición de Motivos (preámbulo): la nº 70 del Grupo Coalición Canaria.
- Sobre el Art. 4, letra b): la nº 19 del Grupo IU y la nº 53 del Grupo Socialista.
- Sobre el Art. 5.1: la nº 55 del Grupo Socialista mediante transaccional.
- Sobre el Art. 5.3: la nº 57 del Grupo Socialista.
- Sobre el Art. 5.4: la nº 80 del Grupo Coalición Canaria.
- Sobre el Art. 5.5: la nº 47 del Grupo Popular y la nº 58 del Grupo Socialista.
- Sobre el Art. 6 (rúbrica y apartado 1): la nº 59 del Grupo Socialista.
- Sobre el Art. 6.2: la nº 60 del Grupo Socialista.
- Sobre el Art. 7.1: la nº 61 del Grupo Socialista.
- Sobre el Art. 7.3: la nº 48 del Grupo Popular.
- Sobre el Art. 8.1: la nº 62 del Grupo Socialista, mediante transaccional.
- Sobre el Art. 9 (rúbrica): la nº 49 del Grupo Popular.
- Sobre el Art. 9.1: la nº 50 del Grupo Popular, la nº 63 del Grupo Socialista y la nº 64 del Grupo Socialista
- Sobre el Art. 9.2: la nº 51 del Grupo Popular, la nº 65 del Grupo Socialista y la nº 52 del Grupo Popular
- Sobre la Disposición Adicional Tercera: la nº 68 del Grupo Socialista

El 20 de febrero de 2002 se celebraría en la Comisión de Defensa la sesión para debatir los dos proyectos de ley relativos al CNI. En primer lugar, la Comisión se encargó de la aprobación del Proyecto de Ley Reguladora del CNI y, en segundo lugar, procedió a la emisión del oportuno dictamen, a la vista del informe elaborado por la Ponencia, sobre el proyecto de Ley Orgánica Reguladora del Control Judicial Previo del Centro Nacional de Inteligencia.

El día 7 de marzo se procedió a debatir conjuntamente los dictámenes de la Comisión sobre ambos proyectos de ley. La votación del texto del dictamen, conjunta de todos sus capítulos y disposiciones con una corrección técnica en el preámbulo, dio como resultado que todas las enmiendas quedaran rechazadas y que se aprobara el texto sometido a votación. Idéntico resultado se obtuvo en la votación del dictamen sobre el proyecto de la Ley Orgánica.

Celebrado el preceptivo trámite de deliberación en el Pleno de la Cámara, y una vez aprobado el texto, éste se remitió al Senado para continuar con su tramitación, formulándosele en esta cámara cuatro propuestas de veto: tres por parte del Grupo Mixto, y una por el Grupo Nacionalista Vasco. La consideración de que estos proyectos eran una amenaza para los derechos y libertades de los ciudadanos justificaría la falta de apoyo por parte de estos grupos. Para sus firmantes, quedaba claro que el Gobierno español, tras los atentados de Nueva York del 11 de septiembre, había optado por primar la seguridad frente a la libertad y, por ello, la inteligencia que funciona al servicio de la seguridad sobre las garantías jurídicas, parlamentarias y judiciales de los derechos y las libertades. El deficiente control parlamentario de la actividad del CNI y la práctica inexistencia de control judicial real en la autorización previa y desarrollo de las actividades de los servicios secretos españoles eran gravísimos peligros para los derechos y libertades individuales. Además, el Proyecto ignoraba que el Estado español es un Estado autonómico y no se prevía la coordinación entre los servicios de inteligencia estatales y la inteligencia vinculada a las policías de las Comunidades Autónomas.

En cuanto al Informe de la Ponencia, se mantuvo en los mismos términos el texto remitido por el Congreso de los Diputados, rechazándose por tanto las cuatro propuestas de veto y las ochenta y una enmiendas presentadas.

El orden del día de la Comisión de Defensa del Senado del 18 de abril incluyó el dictamen de los dos proyectos de ley. Tras deliberar sobre el Proyecto de Ley Reguladora del CNI, se acordó aceptar como Dictamen el texto remitido por el Congreso de los Diputados. Siguiendo lo preceptuado en el art. 191 del Reglamento del Senado, se ordenó la publicación en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales* de los seis votos particulares formulados al Dictamen emitido por la Comisión de Defensa en el Proyecto de Ley e integrados por las enmiendas presentadas al texto del Proyecto y las propuestas de veto.

A la postre, el Pleno del Senado, en su sesión de 24 de abril, aprobaría el Proyecto de Ley sin introducir variaciones en el texto remitido por el Congreso.

2.– Los contenidos de la Ley 11/2002

El CESID vivió fuera de un marco legal al no existir una ley que estableciera los límites de su actuación y funcionamiento. Así, la ausencia de una ley *ad hoc* que limitara sus actuaciones provocó que se produjeran abusos y excesos que –como las llamadas “escuchas del CESID”– alcanzaron gran repercusión política y social.

Los servicios de inteligencia actuaban sin ser controlados ni por el Parlamento ni por las autoridades judiciales, sin unos objetivos determinados en la ley y, por tanto, con enormes posibilidades de lesionar derechos y libertades fundamentales.

La Ley de 2002 cubrió ese vergonzante vacío legal y reguló el funcionamiento del Centro Nacional de Inteligencia, que sustituyó al CESID. Evidentemente, y como iremos poniendo de manifiesto, la Ley no es perfecta y, además, en algunos aspectos, es mala por su imprecisión y deficiencia garantista, pues en ella predominan las indeterminaciones y ambigüedades que siempre favorecen la potestad del Gobierno en detrimento de las libertades individuales. Además, el control judicial establecido en la Ley Orgánica que la complementa carece de eficacia y se regula de forma sumamente escueta. Ambas leyes son muy breves –apenas un par de páginas–, por lo que, a primera vista, se comprueba su

falta de contenido, máxime cuando el objeto que regula es un ámbito de libertad individual que sufre la intervención estatal.

No obstante lo anterior, las críticas no han de ocultar la necesidad de los servicios de inteligencia. Éstos trabajan para el Estado, son Estado, y colaboran con el Gobierno suministrando inteligencia para garantizar una seguridad que, al fin y al cabo, es garantía de nuestros derechos y libertades. Los servicios de inteligencia tienen que estar democratizados, lo que significa regularlos legalmente, a través de una Ley, concreta y concisa, que establezca un adecuado y completo control de los mismos, tanto parlamentario como judicial.

Así pues, el principio de legalidad y el principio de control han de regir la actuación de los servicios de inteligencia. El control parlamentario, regulado por primera vez en nuestro ordenamiento, supone que el Parlamento controlará las actividades del CNI a través de la Comisión específica que existe en la Cámara para Secretos Oficiales. El control judicial, previsto por primera vez en España y pionero en nuestro entorno, se articula para cuando se produzca una afectación de los derechos del 18.2 y 18.3 CE a través de las actividades del CNI, y se le encomienda a un Magistrado del Tribunal Supremo de las Salas Segunda o Tercera.

Cuando se fundó el CESID en 1977 éste dependía orgánica y funcionalmente del Ministro de Defensa ²³. En 1982 se introdujo un cambio, pues aunque se mantenía la dependencia orgánica del Ministro de Defensa, se establecía su dependencia funcional del Ministro de Defensa y del Presidente del Gobierno, en cuanto que el CESID era el

“órgano encargado de satisfacer las necesidades de información del Presidente del Gobierno para el ejercicio de sus funciones de dirigir y coordinar la acción del Gobierno en materia de defensa y del Ministro de Defensa para la ordenación y coordinación inmediatas de dicha política y la ejecución de la política militar.”²⁴

La Ley 11/2002, establece en su art. 1 que el Centro Nacional de Inteligencia es el organismo público responsable de facilitar el Presidente del Gobierno y al Gobierno de la Nación las informaciones, análisis, estudios, etc., 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 art. 7 de la Ley adscribe orgánicamente el Centro Nacional de Inteligencia al Ministerio de Defensa.

Así pues, la situación ha cambiado con la nueva Ley, ya que si bien el Centro sigue ubicado orgánicamente en este Ministerio, queda configurado como una “Administración o Agencia independiente” al ser definido como un organismo público de los contemplados en la Disposición Adicional 10ª de la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado. En este sentido se expresa el art. 7.2º de la Ley del Centro Nacional de Inteligencia y la Disposición Adicional 1ª, que remite a la Disposición Adicional antecitada.

En este orden de cosas, la primera cuestión que se plantea es si realmente se trata de una autoridad administrativa independiente al estilo de la Comisión Nacional del

²³ Art. 2.1º y 2.2º del RD 2723/1977.

²⁴ Art. 1 de la Orden 135/1982, de 30 de septiembre, por la que se regula la Estructura y Relaciones que ha de mantener el Centro Superior de Información de la Defensa [en adelante, OERESID].

Mercado de Valores, del Ente Público de Radiotelevisión Española o la Agencia de Protección de Datos Personales, que han de caracterizarse por una plena autonomía e independencia en su funcionamiento. Como bien pone de manifiesto Ruiz Miguel

“un examen de las características del nuevo Centro Nacional de Inteligencia lleva a la conclusión de que no va a ser una autoridad administrativa independiente, sino, simplemente, un organismo público especial, como afirma la Exposición de Motivos de la Ley del Centro Nacional de Inteligencia.”²⁵

Las misiones encomendadas al CESID fueron cambiando, siendo el punto de inflexión en este proceso los acontecimientos de 1982. Durante los primeros años, la prioridad vino establecida por la información militar orientada hacia los ejércitos para prevenir golpes militares involucionistas. El golpe de Estado de 23 de febrero de 1981 obtuvo una respuesta a través de la Orden Ministerial de 1982, que amplió las misiones del CESID al que se le encomienda “velar por la seguridad de la información, tecnología, procedimientos, objetivos e instalaciones de interés para la defensa, tanto propios como de los países aliados de España, en lo que no sea competencia directa de las Fuerzas Armadas”.

Así las cosas, las misiones del CESID son la inteligencia interior (golpes de Estado, terrorismo), la inteligencia exterior y la contravigilancia o espionaje ²⁶, y las fuentes y métodos empleados para su realización están clasificadas como materias secretas, según la LSO. Por tanto, se manifiesta la notable dificultad de establecer cualquier mecanismo de control sobre lo que se veda al conocimiento.

Las funciones del Centro Nacional de Inteligencia se establecen en el art. 4 de la Ley como aquellas necesarias para el cumplimiento de sus objetivos. De un examen de su contenido se concluye la ampliación de funciones respecto a las asignadas al extinto CESID, pues si bien se mantienen las que éste cumplía (art. 4.a y b) se añaden otras nuevas (art. 4.d, e, f, y g). Así, obtener, evaluar e interpretar información y difundir la inteligencia necesaria para proteger y promover los intereses públicos, económicos, industriales, comerciales y estratégicos de España, pudiendo actuar dentro o fuera del territorio nacional; promover las relaciones de cooperación y colaboración con servicios de inteligencia de otros países o de organismos internacionales; obtener, evaluar e interpretar el tráfico de señales de carácter estratégico; coordinar la acción de los distintos organismos de la Administración que utilicen cifrados, garantizar la seguridad de las tecnologías de la información en ese ámbito; velar por el cumplimiento de la normativa relativa a la protección de la información clasificada; garantizar la seguridad y la protección de sus instalaciones, información y medios materiales y personales.

En cuanto a las actividades que desempeña el Centro Nacional de Inteligencia, así como su organización y estructura interna, sus medios, procedimientos, el personal, las bases y centros de datos, las fuentes de información y las informaciones o datos que puedan conducir al conocimiento de las anteriores materias, la Ley declara que constituyen informaciones clasificadas como secreto, según la LSO.

El Centro Nacional de Inteligencia puede disponer y usar medios y actividades bajo cobertura, pudiendo recabar de las autoridades legalmente encargadas de su

²⁵ Carlos RUIZ MIGUEL: *Servicios de Inteligencia...*, cit., pág. 84.

²⁶ Art. 2 OERCESID.

expedición, las identidades, matrículas o permisos reservados que resulten precisos y adecuados. Los miembros del Centro podrán disponer de documentación que les acredite, en casos de necesidad, sin que ello exonere a la persona o entidad ante la que se produzca la acreditación de la obligación de guardar secreto sobre la identidad del personal ²⁷.

En lo que concierne a la estructura de los servicios de inteligencia, hay diferencias entre el extinto CESID y el CNI. Así las cosas, el CESID estaba encabezado por su Director, que primero fue Director General y que, tras el Real Decreto 741/2001, pasa a tener categoría de Secretario de Estado. Junto al Director se encuentra la Secretaría General ²⁸. La estructura u organización del CNI se establece en el Capítulo II de la Ley, que coloca a la cabeza al Director con rango de Secretario de Estado, una Secretaría General a él subordinada y las unidades que se determinen reglamentariamente.

El Director del Centro es nombrado por Real Decreto, a propuesta del Ministro de Defensa, por un mandato de cinco años, sin perjuicio de la facultad del Consejo de Ministros de proceder a sustituirlo en cualquier momento. Como es sabido, ya en tiempos del CESID el Director era nombrado por el Gobierno a propuesta de Ministro de Defensa. El rango de Secretario de Estado lo sitúa en una posición inmejorable para tratar con los altos órganos de la administración del Estado, asistir a Consejos de Ministros, agilizar sus funciones de coordinación o tratar asuntos a nivel internacional.

Las competencias del Director se establecen hacia dentro y hacia fuera del Centro. Hacia dentro, al Director le corresponde la “dirección, ordenación, control y gestión del Centro”, asegurando la ejecución de las misiones que éste tiene encomendadas, disponer su organización interna y su despliegue territorial para atender sus misiones, ordenar el grado y alcance de la reserva que debe darse a la documentación o material de que disponga o haya obtenido el Centro y la que deban mantener sus miembros ante otros órganos del Estado, y proponer al Ministro de Defensa el nombramiento y cese del personal al servicio del Centro ²⁹.

La nueva Ley reguladora del Centro Nacional de Inteligencia establece en su art. 9 que el Director impulsará la actuación del Centro, coordinará su unidad para la consecución de los objetivos fijados, asegurará la adecuación de las actividades del Centro a dichos objetivos, colaborará en la propuesta de estructura orgánica y nombrará y separará a los titulares de los órganos directivos.

Hacia el exterior, se mantienen las funciones del CESID, por lo que el Director representa al Centro en todas las instituciones, autoridades y organismos del Estado, proporciona al Presidente y al Gobierno el resultado de las labores informativas, mantiene el contacto y colaboración con los órganos de información de la Junta de Jefes del Estado Mayor y de los Estados Mayores de los tres Ejércitos, así como con los correspondientes de los Ministerios de Asuntos Exteriores y del Interior y con el resto de los departamentos ministeriales. Además, mantiene contactos con otros servicios y centros de información de países extranjeros y contacto y colaboración recíproca con organismos públicos o privados, entidades y personas que sean útiles a los fines de lograr la información necesaria para los intereses nacionales ³⁰. La nueva regulación establece, también, otras

²⁷ Art. 5 Ley del Centro Nacional de Inteligencia [en adelante, LCNI].

²⁸ Real Decreto 1169/1996, de 7 de julio, por el que se modifica la estructura orgánica del Centro Superior de Información de la Defensa.

²⁹ Art. 1.1º del Real Decreto 266/1996, de 16 de febrero, de Modificación de la estructura orgánica básica del CESID [en adelante, RDEBCSD].

³⁰ Art. 9.2º c y d de la LCNI y art. 2.1º c y d del RDEOCNI.

dos funciones como son la dirección del Centro Criptológico Nacional y la función de Autoridad Nacional de Inteligencia y Contrainteligencia ³¹.

El Secretario General del Centro Nacional de Inteligencia, con rango 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. La Secretaría General tiene como misión “la asistencia al Director General en el ejercicio de sus funciones, en particular en la coordinación de los órganos del Centro”. Además, es la encargada de sustituir al Director en los casos de vacante, ausencia o enfermedad ³². La nueva ley ha reforzado las funciones del Secretario General, ampliadas también reglamentariamente ³³, a través del Real Decreto que aprueba el Reglamento por el que se establece la estructura orgánica del Centro Nacional de Inteligencia.

En dicho Reglamento se crean dos figuras nuevas: las Direcciones técnicas, que quedan una bajo la dependencia directa del Director, y la otra del Secretario General. Las funciones que ejercen son en materia de inteligencia, contrainteligencia y recursos y sus titulares tienen rango de Director general ³⁴.

Se mantienen los tres tipos de unidades –de inteligencia, de apoyo y de seguridad–, que ya conformaban el CESID, si bien hay que señalar que las normas nada dicen sobre ellas porque, como establece el art. 5.1 de la Ley, “las disposiciones que regulan la organización y estructura del CNI están clasificadas como secretas”. Las unidades de inteligencia son cuatro: de inteligencia exterior, de contrainteligencia, de inteligencia interior y de economía y tecnología. Las unidades de apoyo son de apoyo operativo, de apoyo técnico, y de personas y servicios. Y, por último, está la unidad de seguridad, encargada de velar por la protección de las personas del Centro y sus instituciones y proteger la información y documentación y seguridad del funcionamiento del Centro ³⁵.

La Ley 11/2002 reconoce, específicamente, que será la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos de Inteligencia la encargada de velar por la adecuada coordinación de todos los servicios de información e inteligencia del Estado para la formación de una comunidad de inteligencia. Así pues, se reconoce la necesidad de acabar con las descoordinaciones en las actividades, que obedecen a la pluralidad de servicios que integran una comunidad de inteligencia, y que no redundan, desde luego, en el beneficio del Centro.

Así las cosas, se encomienda con carácter general la coordinación a la Comisión Delegada del Gobierno para la inteligencia del Estado. La Comisión será presidida por el Vicepresidente del Gobierno que designe el Presidente, y estará 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 de la Comisión. Además, podrán ser convocados a las reuniones de la Comisión los titulares de

³¹ Art. 9.2º f) de la LCNI y art. 2.1º.f) del RDEOCNI.

³² Art. 10.1º LCNI.

³³ Art.3 e, f, g, h e i RDEOCNI.

³⁴ Art.1.c y art. 4 del RDEOCNI.

³⁵ Sobre los tipos de unidades y sus funciones veáse el RDEOBCSD y el RDEIRCSD.

órganos superiores y directivos de la Administración General del Estado que se estime conveniente ³⁶.

El propósito de esta Comisión es alcanzar la coordinación de todos los servicios de información e inteligencia del Estado para formar una comunidad de inteligencia y, para ello, se le asignan las funciones de proponer al Presidente del Gobierno los objetivos anuales del Centro Nacional que integrarán la Directiva de Inteligencia, realizar el seguimiento y evaluación del desarrollo de los objetivos marcados en la Directiva y velar por la coordinación del Centro, de los servicios de información de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado y los órganos de la Administración civil y militar ³⁷. Comentar al respecto que, si partimos de que la Directiva de Inteligencia la aprueba el Gobierno y no el Presidente, tal como señala el art. 3, lo lógico sería que los objetivos sean propuestos al Gobierno y no al Presidente como señala el art. 6.

En cuanto a la pretensión de crear una comunidad de inteligencia, Ruiz Miguel se muestra muy crítico, pues considera que la función que se le encomienda de velar por la coordinación del Centro, de los Servicios de Inteligencia de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado y los órganos de la Administración civil y militar para formar una comunidad de inteligencia, presupone la inexistencia de servicios de inteligencia ³⁸.

B) Los servicios de información periféricos

Los servicios de información periféricos integran, junto al Centro Nacional de Inteligencia, la comunidad de inteligencia.

El mismo Decreto 2723/1977 ³⁹ reconoce, en su art. 21.4, la existencia de los servicios de información militares pues excluye como competencia del CESID “las actividades informativas específicas que corresponden a la Junta de Jefes de Estado Mayor y Estados Mayores de los tres Ejércitos”. Otras normas posteriores, entre las que citamos por proximidad en el tiempo el Real Decreto 1883/1996, de 2 de agosto, de Estructura Orgánica Básica del Ministerio de Defensa, reconocen la existencia de estos servicios de información militar.

Los servicios de información del Estado Mayor conforman la inteligencia militar. El Gobierno, asistido por la Junta de Defensa Nacional, como su órgano superior asesor y consultivo en la materia, determina la política de defensa y asegura su ejecución (arts.7 y 9) ⁴⁰. La Junta de Jefes de Estado Mayor es el órgano colegiado de asesoramiento militar del Presidente del Gobierno y del Ministro de Defensa en todo lo referido a la evaluación y conducción estratégica de las operaciones militares y a las medidas necesarias para asegurar que los Ejércitos mantengan en todo momento la máxima eficacia operativa conjunta. Está constituida por el Jefe del Estado Mayor de la Defensa y por los Jefes de los Estados Mayores del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército de Aire. La Junta de Jefes de Estado Mayor tiene competencia para prestar asesoramiento en cuantas

³⁶ Art. 6 LCNI.

³⁷ Art. 6 de la Ley.

³⁸ Carlos RUIZ MIGUEL: *Servicios de Inteligencia...*, cit., pág. 182.

³⁹ Decreto 2723/1977, 2 de noviembre, sobre estructura y funciones del Ministerio de Defensa.

⁴⁰ Ley Orgánica 6/1980, de 1 de julio, de la Defensa Nacional y la Organización Militar.

cuestiones afecten a la situación estratégica general, evaluación de posibles amenazas y estudios de eficacia de las Fuerzas Armadas (art. 11).

En este orden de cosas, cada uno de los tres ejércitos cuenta con “sus operativos de inteligencia, telecomunicaciones y guerra electrónica” en los respectivos Estados Mayores. Además, el Estado Mayor Conjunto de la Defensa está compuesto por varias divisiones, siendo la segunda la de Inteligencia y la quinta la de Telecomunicaciones y Guerra Electrónica⁴¹.

Los servicios de información el Cuerpo Nacional de Policía se contemplan en la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (LOFCS)⁴². Evidentemente, siendo la seguridad pública competencia del Estado, su mantenimiento corresponde a las Administraciones Públicas que desarrollan dicha función a través de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, integrados por las Fuerzas y Cuerpos dependientes del Gobierno de la Nación, los Cuerpos de Policía dependientes de las Comunidades Autónomas y los Cuerpos de Policía dependientes de las Corporaciones Locales (arts. 1 y 2).

Las funciones de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad requieren de investigaciones para la prevención y persecución de los delitos, que se efectuarán con total adecuación a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico, y en especial con absoluto respeto a la Constitución (arts. 4 y 5). Además, en sus actuaciones rige como principio general el secreto profesional, que les obliga a guardar riguroso silencio respecto a todas las informaciones que conozcan por razón o con ocasión del desempeño de sus funciones. En este sentido, no estarán obligados a revelar sus fuentes de información, salvo que el ejercicio de sus funciones o las disposiciones de la Ley les impongan actuar de otra manera (art. 5.5).

La Ley Orgánica de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado señala que estos Servicios de Información tienen como función la investigación de delitos. Así, en su art. 11.1 declara que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado tienen como misión proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana mediante el desempeño de la función señalada en la letra h) de “captar, recibir y analizar cuantos datos tengan interés para el orden y seguridad pública, y estudiar, planificar y ejecutar los métodos y técnicas de prevención de la delincuencia”.

El Cuerpo Nacional de Policía desempeña la función de “investigación y coordinación de datos en todo el territorio nacional” y la Guardia Civil “podrá realizar las investigaciones procedentes en todo el territorio nacional cuando sea preciso” (art. 11.3 LOFCS).

La limitación que establece la Ley en las tareas de información de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad es clara, pues tanto la Policía como la Guardia Civil sólo podrán realizar funciones de inteligencia en torno a las actividades que constituyan delito y siempre que se dirijan a la prevención y persecución de los actos delictivos.

La Comisaría General de Información del Cuerpo Nacional de Policía es una de las cinco Comisarías Generales que integran la Subdirección operativa bajo la

⁴¹ Así lo establece el art. 6.º del Real Decreto 1/1987, de 1 de enero, sobre la estructura básica del Ministerio de Defensa. Hay que poner de manifiesto que el Real Decreto 1883/1996, deroga el de 1987, pero que como nada dice sobre la estructura del Estado Mayor Conjunto de la Defensa, se mantiene la estructura señalada.

⁴² Ley Orgánica 2/1986, de 13 de mayo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

dependencia de la Dirección General de la Policía ⁴³. Las funciones de inteligencia consisten en organizar y gestionar

“la captación, recepción, tratamiento y desarrollo de la información de interés para el orden y la seguridad pública en el ámbito de las funciones de la Dirección General, y la utilización operativa de la información, específicamente en materia terrorista, en el ámbito nacional e internacional”.

Junto a la Comisaría General de Información del Cuerpo Nacional de Policía, la Jefatura de Información y la Policía Judicial de la Guardia Civil integran los servicios de inteligencia de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y de la Guardia Civil. El Real Decreto 1449/2000, en su arts. 4 y 5, se pronuncia sobre el servicio de información de la Guardia Civil que queda organizado como un departamento dentro del Cuerpo. La Dirección General de la Guardia Civil tiene como función “obtener, centralizar, analizar, valorar y difundir la información necesaria para el desarrollo de sus funciones”.

IV. SOBRE EL CONTROL JUDICIAL DE LAS ACTIVIDADES SECRETAS DEL ESTADO

En un Estado democrático la publicidad es el principio general, por lo que impera la necesidad de establecer una regulación adecuada que, partiendo de dicho presupuesto democrático, afirme la excepcionalidad absoluta de la clasificación de determinadas materias como secretos oficiales. Su naturaleza de excepción y la necesidad de su aplicación restrictiva se justifica en la proclamación de la publicidad y la transparencia como principio general en la actuación del Estado y en la efectividad del derecho fundamental a dar y recibir información.

El art. 105.b) de la Constitución delimita la aplicación del secreto al establecer que la denegación del acceso a las informaciones en poder de la Administración sólo se podrá justificar por exigencias de defensa y seguridad del Estado. Por ello, habrá que precisar estos conceptos como bienes jurídicos protegidos.

Una materia se somete al régimen excepcional del secreto por vía legislativa o por vía ejecutiva. En el primer sentido, la LSO declara, en su art. 1.2, que “tendrán carácter secreto, sin necesidad de previa clasificación, las materias así declaradas por Ley”; evidentemente, una Ley que, en ningún caso, podrá ser contraria a lo preceptuado en la Constitución.

Antes de proseguir con la exposición resulta conveniente precisar que se suele hablar indiferenciadamente de secretos oficiales y de secretos de Estado cuando realmente son dos cosas diferentes. Así, por secretos oficiales entendemos el secreto en sentido amplio como no publicidad de los asuntos públicos, que pueden pertenecer al ámbito legislativo, ejecutivo o judicial; mientras que por secretos de Estado entendemos secretos en materia de seguridad y defensa nacional, que es el bien jurídico protegido por la LSO según establece su art. 2.

En cuanto a la clasificación de materias, que puede ser realizada por el poder ejecutivo, se plantean varias cuestiones polémicas. Primero, que la garantía de los derechos exige que la clasificación de materias, como secretas o reservadas, haya de

⁴³ Real Decreto 1449/2000, art. 3.

corresponder siempre a un órgano plural, pues las decisiones colegiadas siempre están más ponderadas que las decisiones tomadas unipersonalmente. En todo caso, la decisión sobre la clasificación ha de adoptarse restrictivamente, pues el secreto como excepción del principio de publicidad sólo puede tener cabida en el orden democrático cuando resulte una medida absolutamente necesaria para la protección de la defensa nacional y la seguridad del Estado y esté lo suficientemente motivada.

En segundo lugar, adelantar que la naturaleza del acto de clasificación, en cuanto si es un acto político o un acto administrativo, ha provocado fuertes polémicas.

Pues bien, sucede que los órganos judiciales encuentran en el secreto de Estado una barrera casi siempre infranqueable que les impide desarrollar sus funciones constitucionales, estando entre ellas la de controlar el sometimiento de la Administración a la Ley y a la Constitución (arts. 103 y 106 CE). Así, este ámbito que conforman los secretos de Estado representa un coto reservado donde se impide, incluso en el desarrollo de los procesos judiciales, el acceso judicial necesario para la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva, a través de la aportación de pruebas, y la efectividad del control para determinar si se ha utilizado la técnica del secreto conforme a la legalidad, es decir, si el Gobierno y la Administración del Estado han actuado con escrupuloso respeto al principio de legalidad y con sometimiento al Derecho. Dicho lo anterior, es obvio que resulta difícil controlar el funcionamiento de los servicios secretos o servicios de inteligencia porque todo lo que les atañe constituye materias reservadas, según establece la Ley.

No obstante, tantas dificultades de control judicial, no pueden obviar, como ha señalado el Consejo de Estado en el Dictamen de 18 de julio de 1996, que

“el Consejo de Ministros goza de un amplio margen de discrecionalidad que, naturalmente, coexiste con la interdicción de arbitrariedad y la exclusión del ejercicio de las potestades conferidas por razones o para fines ajenos a la protección de la seguridad del Estado y de la defensa nacional.”

Así pues, la discrecionalidad gubernamental, que permite al Ejecutivo clasificar o desclasificar documentos, encuentra su límite en la interdicción de la arbitrariedad que recoge el art. 9.3 CE, lo que supone que estas decisiones hayan de ser controladas por los jueces en cumplimiento de sus funciones constitucionales ⁴⁴. Por tanto, la

⁴⁴ “El juicio de la arbitrariedad suele remitirse a la actuación del Ejecutivo; más concretamente a la actuación de la Administración Pública. En este sentido ‘arbitrario’ equivale a no adecuado a la legalidad y ello, tanto si se trata de actividad reglada, infracción de la norma, como de actividad discrecional, desviación de poder, etc. Pero la Constitución se refiere a todos los poderes públicos y, al hacerlo así, introduce un arma revisora en manos de los Tribunales ordinarios y del Tribunal Constitucional” (STC 27/1981, de 20 de julio, fto. jco. 10°).

“La noción de la arbitrariedad no puede ser utilizada por la jurisdicción constitucional sin introducir muchas correcciones y matizaciones en la construcción que de ella ha hecho la doctrina del Derecho Administrativo, pues no es la misma la situación en la que el legislador se encuentra respecto de la Constitución, que aquella en la que se halla el Gobierno, como titular del poder reglamentario, en relación con la Ley” (STC 66/1985, de 23 de mayo, fto. jco. 1°).

discrecionalidad administrativa y el control judicial no son incompatibles, pues aún cuando la potestad ejecutiva otorga un margen amplísimo de decisión por motivaciones políticas o de oportunidad, no otorga un poder total que permite actuar al margen del Derecho y, en ningún caso, puede justificar que se le prohíba al Poder Judicial confirmar o no el acuerdo del Consejo de Ministros que decide la no desclasificación de determinados documentos requeridos judicialmente⁴⁵.

Cuando se declara el secreto de Estado estamos ante una decisión que otorga prevalencia al bien jurídico protegido “seguridad”, invocada como justificación del recurso a la técnica del secreto, sobre los derechos individuales de rango fundamental. El conflicto tradicional entre libertad y seguridad se soluciona inclinando la balanza hacia el lado de la seguridad configurada como interés general, como un alto interés que tiene que satisfacer el Estado. No obstante, hay que tener presente que no se puede identificar el interés del Estado con lo que es de interés para el Gobierno, lo que conduciría a una reducción peligrosa del interés del Estado democrático de Derecho a los intereses políticos del poder. La clasificación como “secreta” configura un ámbito que queda impedido al control de los jueces y tribunales, por lo que no se resuelve satisfactoriamente la posibilidad de que pueda controlarse judicialmente cuando la no desclasificación puede atentar contra la legalidad y la Constitución.

Así las cosas, parece claro que la legislación sobre secretos oficiales debe ofrecer una respuesta satisfactoria al problema que se suscita cuando un órgano judicial solicita al Gobierno acceder a informaciones clasificadas. Es decir, determinar si el Gobierno puede decidir discrecionalmente sobre la desclasificación de las informaciones sin que las Cortes o los Tribunales puedan controlar la adecuación a la legalidad de la negativa del Consejo de Ministros a permitir el acceso a determinadas informaciones. En otras palabras, cómo se puede controlar qué tipo de información se clasifica por el Gobierno si está prohibido verificar o controlar el acto de clasificación.

El caso es que los valores y bienes proclamados expresamente en el art. 105.b) de la Constitución actúan como justificación del secreto para impedir el derecho de acceso a la información, en cuanto que se declara la necesidad de no revelar el contenido de los documentos. La motivación de la negativa frente al conocimiento no permite que los jueces conozcan los verdaderos motivos de la decisión gubernamental y, por tanto, controlar el ejercicio de sus facultades discrecionales. El acceso a los documentos clasificados no se permite a los jueces, ni siquiera con las cautelas necesarias, y la motivación de la decisión no resulta suficiente para satisfacer los derechos fundamentales como la tutela judicial efectiva que requiere la aportación de los documentos como prueba.

Así las cosas, la LSO no parece muy adecuada a las normas constitucionales aplicables al secreto de Estado, sobre todo en lo referente a los mecanismos de control del poder propios de un Estado democrático de Derecho. En este orden de cosas, la Ley no parece guardar conformidad con la Constitución que atribuye al Estado la efectividad de los derechos fundamentales (art. 10.1 CE) y, ciertamente, el derecho fundamental de defensa se vulnera cuando no hay posibilidad de ejercer el control jurisdiccional sobre las decisiones clasificatorias del Gobierno. Por tanto, urge que el legislador apruebe una nueva regulación de los secretos oficiales que determine con claridad y precisión el

⁴⁵ Obsérvese que se diferencia el control ó conocimiento del acto de no desclasificación de lo que es el contenido propiamente dicho del documento clasificado como secreto.

control judicial de los secretos de Estado para garantizar los derechos y bienes constitucionales.

De esta opinión se ha mostrado el Defensor del Pueblo cuando, en su informe sobre materias clasificadas, señaló que una estricta aplicación de la LSO puede producir vulneraciones de los derechos previstos en el art. 24 CE, además de no respetar el deber de colaboración con la Administración de Justicia ni permitir el sometimiento de la Administración al control de los tribunales. Y no olvidemos que, aunque la LSO no prevé explícitamente el control judicial, la vigencia de la Constitución y la vinculación de los poderes públicos a sus preceptos obligan a respetar el sometimiento de la Administración a la Ley y al Derecho (art. 103), a no impedir la función de los tribunales de controlar la legalidad (art. 106) y que la Administración debe prestar la colaboración que soliciten los órganos judiciales (art. 118).

A) Desclasificación y control judicial

La ausencia de regulación de las relaciones entre el secreto de Estado y la Justicia se puso de manifiesto con fuerza en los casos “GAL” y “Papeles del CESID”, que pusieron de relieve la tensión entre la protección de la seguridad nacional y los principios constitucionales.

De una interpretación de la LSO –recordemos que es una Ley preconstitucional, modificada en 1978–, hecha a través del procedimiento de conflictos jurisdiccionales y no ante los tribunales ordinarios, se concluye que el Gobierno tiene potestad exclusiva para desclasificar los documentos y, por tanto, para decidir sobre su entrega o no a las autoridades judiciales. Por tanto, se reconoce la vigencia de la LSO y la conformidad de la decisión clasificatoria del Gobierno con lo establecido en dicha Ley⁴⁶.

El Tribunal de Conflictos articuló la Sentencia en base a la LSO que contempla la clasificación y desclasificación como competencia exclusiva del Consejo de Ministros. Esta clasificación, como decisión gubernamental, restringe el conocimiento y publicidad de las materias con la excepción del acceso a la información clasificada por parte del Parlamento. El deber de colaborar con la justicia no es ilimitado, pues la autoridad judicial actúa dentro de los cauces establecidos por las leyes que establecen el procedimiento de investigación. Así, las investigaciones se pueden ver limitadas por la protección de determinados bienes y valores. La autoridad judicial que considere necesarios documentos clasificados para su investigación sumarial se dirigirá al Ministro correspondiente para que le dé traslado al Consejo de Ministros que valorando los intereses en juego (seguridad del Estado) decidirá⁴⁷.

Las sucesivas actuaciones judiciales se produjeron a través de un Recurso de Amparo presentado ante el Tribunal Constitucional que fue inadmitido a trámite⁴⁸. Las

⁴⁶ El Juzgado de Instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional requirió en 1995 al Ministerio de Defensa para que le entregara determinados documentos clasificados como secretos. El Ministerio se negó y el Juez titular entabló conflicto de jurisdicción contra el Ministerio de Defensa que fue resuelto por la Sala Especial de conflictos según el art. 39 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. La Sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción es de 14 de diciembre de 1995.

⁴⁷ STCdJ, de 14 de diciembre, 1995, fto. jco. 5º.

⁴⁸ Providencia del Tribunal Constitucional de 20 de mayo de 1996.

cosas no se detuvieron ahí, pues tres jueces de instrucción solicitaron al Gobierno la desclasificación de secretos de Estado obteniendo respuesta en tres Sentencias del Tribunal Supremo, de 4 de abril de 1997, que declararon la nulidad parcial del acuerdo del Consejo de Ministros, de 2 de agosto de 1996, que había denegado la desclasificación de los documentos conocidos como “Los Papeles del CESID” que habían sido requeridos por los tres jueces. Así, las tres sentencias citadas ordenaron al Gobierno que acordase la cancelación como materia reservada de la mayor parte de los documentos solicitados.

Las bases de estas sentencias son las siguientes. En primer lugar, las sentencias declaran la constitucionalidad de la LSO al considerar que la Constitución ampara la competencia del Gobierno para decidir sobre la restricción de la publicidad en la actuación estatal frente a cualquier autoridad por razones de seguridad y de defensa. Además, exigencias de eficacia de la Administración o de preservación misma del Estado y de mantenimiento del orden público democrático justifican dicha competencia⁴⁹. Así, se declararía que “la documentación cuya desclasificación se solicita forma parte de la que merece ser calificada legal y constitucionalmente como afectante a la seguridad y defensa del Estado y, por eso, acreedora a su calidad de secreta”⁵⁰.

En segundo lugar, en su jurisprudencia, el Tribunal Supremo considera que los actos de clasificación tienen la categoría de actos políticos, pero disfrutan del tratamiento de actos administrativos y así

“La naturaleza de las resoluciones sobre su desclasificación es la propia de la potestad de dirección política que atribuye al Gobierno el art.97 C.E. La justificación de la atribución de esta potestad al ámbito de la actuación política del Gobierno se encuentra en que una excepción de la trascendencia que hemos descrito solamente puede moverse en las zonas más altas y sensibles, atinentes a la permanencia del orden constitucional.”⁵¹

La naturaleza de actos administrativos de las decisiones del Consejo de Ministros sobre clasificación o desclasificación de documentos supone que pueden ser controladas por los órganos judiciales, al estar prohibida la arbitrariedad, que no la discrecionalidad, a diferencia de lo que sucede con los actos políticos que no son totalmente revisables por los tribunales de justicia. Por tanto, el control judicial se realizará en orden a determinar su conformidad con el ordenamiento y, concretamente, se lleva a cabo por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, según la Ley Orgánica del Poder Judicial⁵².

Evidentemente, la LSO permite al Gobierno restringir la publicidad de determinadas materias por afectar a la seguridad nacional, pero la limitación de la publicidad de la acción estatal no supone un ámbito de inmunidad jurisdiccional, pues cabe el control judicial. En este orden de cosas, el Tribunal Supremo afirma la posibilidad de que los jueces controlen estas decisiones clasificatorias del Gobierno a través de los recursos planteados frente a las mismas. Y es que, tal como ha reiterado el Tribunal

⁴⁹ Arts. 97, 103 y 105 de la Constitución y 10.2º y 11.2º del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

⁵⁰ SSTS (3ª), de 4 de abril de 1997, fto. jco. 7º.

⁵¹ SSTS (3ª), de 4 de abril de 1997, fto. jco. 7º.

⁵² Véase la Ley 29/1998, 13 de julio, Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Los preceptos constitucionales del sometimiento de todo acto a la ley supusieron la derogación de los artículos de la Ley de Jurisdicción Contenciosa de 1956 que establecían la exclusión del recurso contencioso-administrativo contra los actos políticos del Gobierno.

Constitucional, el poder no es inmune y se controla por “la fiscalización plena sin inmunidades del poder de la actuación administrativa”.

Así las cosas, las decisiones del Consejo de Ministros que deniegan la entrega a los jueces de la documentación requerida deben ser controlables por los tribunales sin que el ejecutivo pueda argumentar que por tratarse de un acto político se opone a su control. De un análisis de la LSO se deduce la recurribilidad de los actos del ejecutivo, pues, tras la reforma de 1978, se suprimió un precepto (el art. 10.2) que establecía que “no corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa el conocimiento de las cuestiones que se suscitan en relación con las calificaciones a que se refiere esta Ley”.

En tercer lugar, el Tribunal Supremo acude al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y a la utilización de los medios de prueba pertinentes, contenidos en el art. 24 de la Constitución, como limitadores de la actuación del poder ejecutivo. Así, el control judicial se fundamenta, no sólo en el principio de legalidad, sino, también, en la vinculación de los poderes públicos a los derechos fundamentales que, como por todos es conocido, limitan el ejercicio del poder y, por tanto, la actuación del ejecutivo⁵³.

Por todo lo anterior, el Alto Tribunal entiende que las disposiciones de la LSO no garantizan suficientemente que los tribunales ordinarios puedan cumplir su función de control de la legalidad de la actuación administrativa y de defensa de los derechos e intereses legítimos protegidos en el art. 24 CE⁵⁴, lo que, sin duda, aconseja su modificación.

Así las cosas, la enorme importancia de las Sentencias citadas radica –como señala Lozano–, en que el Tribunal Supremo declara abiertamente en ellas que ninguna razón de Estado puede prevalecer sobre los preceptos de la Constitución que consagran el Estado de Derecho como un Estado de Justicia y de plena garantía de los derechos y libertades⁵⁵. Por tanto, si bien el principio de seguridad nacional es un valor digno de protección, que justifica limitaciones al principio de publicidad de la acción estatal, incluso frente a las actuaciones judiciales que requieren información y conocimiento sobre materias clasificadas, no obstante cabe la posibilidad de que se proceda a revisar la documentación clasificada para decidir sobre su aportación al proceso. Evidentemente, esto significa la desclasificación de los documentos y su entrega a las autoridades judiciales cuando, una vez ponderados los intereses en juego o en conflicto, se deduce que el derecho a la tutela judicial efectiva prevalece sobre el principio de seguridad del Estado⁵⁶.

Las soluciones propuestas por Lozano para permitir el acceso de los tribunales al control de las materias clasificadas son varias. Una de ellas sería la técnica

⁵³ Ruiz Miguel se muestra muy crítico con estas Sentencias del Tribunal Supremo, no tanto por la decisión sobre el fondo del asunto, como por la forma de llegar a ella. Así, entiende que se podría llegar a la misma solución interpretando que los límites que establece la Ley en materia de secretos de Estado comprenden la actividad judicial, lo que haría innecesario acudir a la técnica de ponderación de intereses que es un instrumento de los Tribunales Constitucionales y no de los tribunales ordinarios.

⁵⁴ En este orden de cosas, recordar que el 23 de agosto de 1996, el Gobierno aprobó un fallido anteproyecto de Ley Orgánica de Secretos Oficiales.

⁵⁵ Blanca LOZANO: *La desclasificación de los secretos de Estado*, Cuadernos Cívitas, Madrid, 1998, pág. 173

⁵⁶ Blanca LOZANO: *La desclasificación...*, cit., pág. 175.

norteamericana que permite a los jueces examinar a puerta cerrada (*in camera*) los documentos clasificados para decidir si pueden o no aportarse al proceso. Otra de las soluciones posibles sería la que aporta Díez-Picazo ⁵⁷, que defiende que sea un órgano jurisdiccional distinto al competente para enjuiciar el caso quien revise el acto de clasificación. En todo caso, la Administración actúa sometida al ordenamiento jurídico, por lo que los tribunales pueden conocer de los recursos planteados frente a las decisiones del Gobierno que denieguen la desclasificación solicitada judicialmente. La discrecionalidad administrativa no es, en ningún caso, arbitrariedad, y su margen de apreciación en la toma de decisiones queda limitada por la exclusión de potestades por razones o fines ajenos a la protección de la seguridad del Estado y de la defensa nacional ⁵⁸.

Con fecha de 30 de enero de 1998 se publicó la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3ª), dictada en recurso contencioso-administrativo sobre el control de los actos de clasificación tanto de los elementos reglados como de los discrecionales. En cuanto al control de los elementos reglados se incluyen si el acto carece de la “necesaria, suficiente y expresa motivación” y si se sujetó a los requisitos que la LSO establece. Por lo que respecta a los elementos discrecionales, se debe controlar si la desclasificación afecta o no a la seguridad del Estado ⁵⁹.

Así las cosas, la jurisprudencia ha ido abandonando la teoría de unos actos políticos excluidos totalmente del control jurisdiccional. Por tanto, no se puede invocar la teoría de los actos políticos para evitar el control, pues hay que comprobar la existencia de elementos reglados. En este orden de cosas, la ya citada Ley de la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa de 1998 declara, en su Exposición de Motivos, la obligatoriedad del principio de sometimiento pleno de los poderes públicos al ordenamiento jurídico, por lo que no hay posibilidad de actuaciones políticas o gubernamentales excluidas del control jurisdiccional.

Al estudiar el control jurisdiccional de los acuerdos de clasificación o desclasificación de los secretos de Estado, algunos autores ordenan el estudio según los siguientes elementos. Primero, atendiendo a los elementos reglados como la competencia del Consejo de Ministros, la justificación del procedimiento seguido y la forma expresa y motivada del acuerdo. Segundo, que el Consejo de Ministros es el único con competencia para clasificar o desclasificar los secretos de Estado, argumentando la seguridad y la defensa del Estado. Hay que tener en cuenta que, tras la reforma de la LSO de 1978, se permite el acceso del Congreso y del Senado a materias clasificadas (art. 10.2), posibilitando que el Parlamento ejerza un control sobre el Gobierno, a través del procedimiento previsto en la Resolución de la Presidencia del Congreso de 2 de junio de 1992. Este acceso a la información o documentación se hará en las condiciones establecidas, entre las que destaca la creación de una Comisión Parlamentaria de Secretos Oficiales que, desde la Ley 11/1995, 11 de mayo, reguladora de la utilización y control de

⁵⁷ Luis M^a DÍEZ PICAZO: *Sobre Secretos Oficiales*, Cuadernos Cívitas, Madrid, 1998.

⁵⁸ Blanca LOZANO: *La desclasificación...*, cit., pág. 169, quien recuerda el Dictamen del Consejo de Estado de 18 de julio de 1996. Este Dictamen emitido por la Comisión Permanente de 18 de julio de 1996, califica la decisión clasificatoria del Gobierno, no como un acto político sino como un acto administrativo discrecional que contiene determinados elementos reglados, a la vez que niega la existencia de decisiones del Gobierno impermeables al Derecho y, por tanto, exentas del control jurisdiccional.

⁵⁹ STS (3ª), de 30 de enero de 1998, fo. jco 5º.

los créditos destinados a gastos reservados, extiende en su art. 7 su acción al conocimiento de los fondos destinados presupuestariamente a los gastos reservados⁶⁰.

B) Centro Nacional de Inteligencia y control judicial

Tal como queda dicho en estas páginas, los servicios de inteligencia desarrollan actividades de obtención, tratamiento y difusión de la información. En el procedimiento para obtener información se suscitan no pocos aspectos conflictivos y, así, tenemos las intervenciones en el domicilio y en las comunicaciones, es decir, intervención en los ámbitos constitucionalmente protegidos de los arts. 18.2 y 3 CE.

La L.O. 2/2002, de 6 de mayo, que modifica la Ley Orgánica del Poder Judicial, establece un control judicial de las actividades del Centro Nacional de Inteligencia cuando afecten a los derechos fundamentales reconocidos en el art. 18.2 y 3 CE, es decir, a la inviolabilidad domiciliaria y el secreto de las comunicaciones.

La Constitución exige en su art. 18 la autorización judicial para llevar a cabo actividades que afecten a los derechos citados, más reforzada en el supuesto del levantamiento del secreto de las comunicaciones, pues la inviolabilidad domiciliaria también cede con la prestación del consentimiento del titular del domicilio y en los casos de flagrante delito. Dicho lo cual cabe preguntarse sobre quién o quiénes pueden solicitar la autorización judicial, recurriendo a la protección de la seguridad como fin legítimo para autorizar la limitación de los derechos fundamentales. Las interceptaciones o intervenciones se han venido admitiendo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo como pruebas, es decir, por su finalidad probatoria para establecer la existencia del delito o para descubrir a los responsables⁶¹. Por su parte, el Tribunal Constitucional sentó en su jurisprudencia que la autorización judicial para intervenir tiene que dictarse en el curso de un proceso⁶². Dicho lo anterior se evidencia cómo, siendo competencia de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad perseguir el delito, serán éstas las encargadas de solicitar la autorización judicial, por lo que el extinto CESID no tenía la posibilidad de hacer esta solicitud.

Asimismo, cabe preguntarse sobre la posibilidad de limitar el derecho al secreto de las comunicaciones sin intervención judicial en caso de que esté previsto en la ley o, lo que es lo mismo, si la Constitución prevé de forma taxativa los supuestos de intervención en estos ámbitos constitucionalmente protegidos⁶³. La entrada en un domicilio se prevé en tres supuestos constitucionalmente establecidos y en el tercero de ellos, previa

⁶⁰ Teresa ROMERO PÉREZ: "Cuestiones controvertidas sobre la Ley de Secretos Oficiales", *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol* n° 30/31 (2000), págs. 191 a 206, en pág. 201.

⁶¹ SSTs (2ª) de 12 de diciembre de 1994, fto. jco 2º, y de 20 de diciembre de 1996, fto. jco 3º.

⁶² STC 49/1999, de 5 de abril, fto. jco 6º.

⁶³ STC 22/1984, 17 de febrero, fto. jco. 5º, sobre la licitud de entradas en domicilios "en las hipótesis que generan causas de justificación como puede ocurrir en el estado de necesidad". Tal como se comprueba el Tribunal Constitucional expresa el estado de necesidad como una de las posibles causas de justificación por lo que no cierra la posibilidad de otras justificaciones al margen de las previstas expresamente en el art. 18 de la Constitución.

autorización judicial, nada se dice sobre cuáles son los fines u objetivos que justifican dicha solicitud y su concesión.

Respecto a las intervenciones en el secreto de las comunicaciones, la jurisprudencia constitucional se ha mostrado intransigente no cediendo en la necesidad de contar con la autorización judicial. En orden a la limitación de derechos, la Constitución establece en el art. 53.1 la reserva de ley, y la autorización judicial expresamente en el ámbito del 18.3, por lo que cabría sostener que no son requisitos que hayan de cumplimentarse a la vez como garantía del derecho, siendo suficiente con uno de ellos. Es decir, una ley podría prever la posibilidad de limitación sin necesidad de la autorización judicial por razones de seguridad nacional, lo que estaría en línea con las justificaciones que amparan las intervenciones en el ámbito del 18.2. Además, el Convenio Europeo de Derechos Humanos en su art. 8 –al que hemos de acudir siguiendo la previsión del art. 10.2 CE–, establece que las limitaciones de estos derechos pueden venir establecidas por medidas previstas en la ley que resulten necesarias en una sociedad democrática para perseguir ciertos fines legítimos, como la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o la moral, o la protección de los derechos y libertades.

No obstante, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos refuerza la exigencia de autorización judicial para proceder aunque lo haga indirectamente, tras admitir la intervención en las comunicaciones sin autorización judicial, pero con previsión legal. Así, cuando el Tribunal Europeo examina el Derecho alemán, manifiesta que las medidas de intervención en las comunicaciones que llevan a cabo los servicios secretos sin autorización judicial no vulneran el Convenio Europeo de Derechos Humanos si están previstas en la ley, son necesarias en una sociedad democrática para perseguir fines como la seguridad nacional o la seguridad pública y la defensa del orden y la prevención del delito y si, en el caso de no someterse a un control judicial –como sería deseable–, están sometidas a un control independiente equiparable⁶⁴.

Por tanto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sitúa el elemento clave no en la existencia de una autorización judicial para la interceptación sino en la existencia de un control independiente adecuado⁶⁵.

En la jurisprudencia española no se contempla esta posibilidad, pues el Tribunal Constitucional ha declarado que

“La existencia de un mandato judicial autorizando la intervención, junto con la estricta observancia del principio de proporcionalidad en la ejecución de esta diligencia de investigación, constituyen exigencias constitucionalmente inexcusables que afectan al núcleo esencial del derecho al secreto de las comunicaciones, de tal modo que la ausencia de autorización judicial o la falta de motivación determinan, irremediamente, la lesión del derecho constitucional.”

De la misma opinión es Revenga quien rechaza la posibilidad de limitar estos derechos sin intervención judicial, pues “la vulneración provisional del domicilio se

⁶⁴ Téngase presente que en Alemania se permite la entrada en los domicilios por los servicios de inteligencia para instalar dispositivos de vigilancia aún sin contar con la autorización judicial.

⁶⁵ Podría pensarse que el Tribunal Europeo se ha separado de su jurisprudencia anterior en la que estableció los requisitos para intervenir las comunicaciones. Ver STEDH *Halford*, de 25 de junio de 1997.

transformaría así en apoderamiento permanente e *in toto* de la intimidad de quienes allí residieran”⁶⁶.

Así pues, se reconoce la necesidad de que, si el Estado vigila, lo haga tal como prevén las leyes y, cuando dicha vigilancia suponga una intromisión en los derechos fundamentales, cuente con la preceptiva autorización judicial previa.

Las leyes han de prever estas medidas de intervención de forma tasada pues, como señala el TEDH,

“La ley debe ser lo suficientemente clara como para dar a los ciudadanos noticia suficiente de las circunstancias en las 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 ausencia de límites.”⁶⁷

El carácter previo de la preceptiva autorización judicial dependerá de la motivación y justificación de la medida de intervención. La Ley de Enjuiciamiento Criminal contempla una excepción al carácter previo de la autorización para los supuestos enmarcados en la lucha antiterrorista (art. 579.4) al establecer que “en caso de urgencia [...] podrá ordenarla el Ministro de Interior o, en su defecto, el Director de la Seguridad del Estado, comunicándolo inmediatamente a la autoridad judicial [...]”.

En todo caso, la interceptación sólo es posible en relación con la averiguación de los delitos, quedando delimitada su autorización al proceso penal. Así, tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional han declarado que no caben escuchas desligadas de la realización de un hecho delictivo.

Así las cosas, el silencio del legislador español ha causado problemas hasta la aprobación de la Ley 2002, que establece un marco legal para el desarrollo de las funciones de espionaje o de obtención de información para prevenir los riesgos y amenazas tanto nacionales como internacionales de las que son objeto los Estados en la sociedad actual, donde tras los atentados del 11 de Septiembre se teme a un poderoso enemigo invisible. La nueva Ley establece que el Director del Centro Nacional de Inteligencia puede solicitar al juez la “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 asignadas al Centro”⁶⁸.

Dicho lo anterior, pasemos a ver como soluciona la Ley 2002 la necesidad de autorización judicial para que los Servicios de Inteligencia puedan realizar intervenciones en los ámbitos protegidos del art. 18.2 y 3. En este orden de cosas, veremos como se regula el carácter previo “forzoso” de la autorización, si los límites temporales de la autorización son estrictos, la comunicación de la medida al afectado tan pronto como sea posible, teniendo en cuenta que la efectividad de la medida puede depender de su conocimiento por el afectado, si la autorización para entrar en un domicilio puede

⁶⁶ Miguel REVENGA SÁNCHEZ: *Servicios de Inteligencia...*, cit., pág. 79.

⁶⁷ S TEDH, *Malone contra Reino Unido*, 28 de junio de 1984 y *Chappel contra Reino Unido*, 30 de marzo de 1989.

⁶⁸ Artículo único de la Ley Orgánica del Control Judicial Previo del Centro Nacional de Inteligencia (LOCJPCNI).

permitir la colocación de dispositivos de vigilancia y si los jueces pueden autorizar estas medidas al margen del proceso.

Esta Ley Orgánica regula el mecanismo de nombramiento de un Magistrado del Tribunal Supremo, específicamente encargado de este control judicial, y el procedimiento por el cual se acordará o denegará la autorización judicial necesaria para estas actividades.

Esta Ley Orgánica de Control Judicial previo es una ley de artículo único, en el que se señala que el Secretario de Estado Director del Centro Nacional de Inteligencia deberá solicitar al Magistrado de Tribunal Supremo competente conforme a la Ley Orgánica del Poder Judicial, autorización para adoptar medidas que afecten a la inviolabilidad del domicilio y al secreto de las comunicaciones, siempre que sean medidas necesarias para el cumplimiento de las funciones asignadas al Centro. La solicitud de autorización se formulará mediante escrito en el que se harán constar, específicamente, las medidas que se solicitan a la autoridad judicial, los hechos en los que se apoya la solicitud de autorización, los fines que la motivan y las razones que aconsejan la adopción de las medidas solicitadas, la identificación de la persona o personas afectadas por ellas, si fueren conocidas, y la designación del lugar donde hayan de practicarse. Asimismo se hará constar la duración de las medidas solicitadas que no podrá exceder de veinticuatro horas en el caso de afección de la inviolabilidad y de tres meses para la intervención o interceptación de las comunicaciones, ambos plazos son prorrogables por sucesivos períodos iguales en caso de necesidad.

El Magistrado acordará, por resolución motivada en el plazo improrrogable de setenta y dos horas, la concesión o denegación, que podrá reducirse a veinticuatro horas, por motivos de urgencia debidamente justificados en la solicitud de autorización.

El Secretario de Estado Director del Centro Nacional de Inteligencia ordenará la inmediata destrucción del material relativo a las informaciones obtenidas que no guarden relación con el objeto o fines de la autorización.

El principal reparo que provoca este Ley de artículo único es que sea un órgano unipersonal el encargado de conceder o denegar la autorización solicitada por el Secretario Director, pues, evidentemente, mejor sería que dicha decisión, que entraña graves injerencias en los derechos protegidos por el 18.2 y 3 CE, fuera adoptada por un órgano colegiado y, por tanto, fuese una decisión más ponderada por la necesidad de contar con el consenso de los distintos magistrados.

En cuanto a si se pueden autorizar medidas de vigilancia al margen del proceso penal, hay que admitir esta posibilidad, teniendo en cuenta otras previsiones legales. Así, la Ley 4/1997⁶⁹, en su art.3, sujeta la instalación de videocámaras en la vía pública a un régimen de autorización judicial, por lo que es de suponer que, al margen de un proceso en curso, se puede solicitar dicha autorización por parte de los Servicios de Inteligencia. El hecho de que se solicite la pertinente autorización judicial implica que las operaciones de inteligencia serán controladas por el poder judicial que tendrá conocimiento de las mismas.

La autorización o intervención judicial, con el previo conocimiento de la operación de inteligencia, no es incompatible con dichas actuaciones secretas, pues en todo caso se pueden establecer reservas o cautelas para garantizar el éxito de las

⁶⁹ Ley Orgánica 4/1997, de 4 de agosto, por la que se regula la Utilización de Videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en Lugares Públicos. El Reglamento de desarrollo y ejecución de esta Ley se aprobó por RD 596/1999.

operaciones (no publicidad) lo que elimina todo argumento para evitar o dificultar el control de la legalidad.

No obstante, la Ley sigue manejando conceptos que parecen inescindibles de los servicios de inteligencia como la urgencia o la necesidad. Así, la urgencia excepciona tanto el carácter previo de la autorización que deja de ser necesario o forzoso, tal como establece la regla general, como la limitación temporal, es decir, el establecimiento de las prórrogas por razones de necesidad.

Los servicios de inteligencia pueden obtener información también a través de los agentes encubiertos que se infiltran en organizaciones para realizar labores de investigación. El art. 282 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (introducido por Ley Orgánica 5/1999, de 13 de enero) regula el recurso policial del agente encubierto como “instrumento de perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico ilegal de drogas y otras actividades ilícitas graves”. Esta Ley cumple con los requisitos que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos estableció como garantías de los derechos, y así en este art. 282 bis se concretan los delitos para cuya investigación se permite la infiltración bajo nombre supuesto, además de recoger criterios jurisprudenciales como la obligatoriedad de la autorización judicial para cualquier actividad que suponga una intromisión en los derechos fundamentales.

La aplicación de esta figura se contempla en la Ley 2002, que prevé la existencia de agentes y actividades encubiertas a las que habrá que aplicar los requisitos establecidos en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ⁷⁰, la autorización judicial para el uso de la figura y para cualquier actividad del agente que suponga vulneración de los derechos fundamentales y la prohibición de toda actividad susceptible de convertir al agente encubierto en un agente provocador que aliente la comisión de delitos ⁷¹.

Así pues, concluimos señalando que el control judicial supone un evidente avance en el funcionamiento democrático de los servicios de inteligencia españoles, pero ello no quita que este control pueda ser mejorado en orden a garantizar los derechos fundamentales, convirtiéndose en un auténtico control previo sobre las actuaciones gubernamentales, lo que –indudablemente– también conduce a la deficiencia del control posterior, esto es, el control judicial sobre la legalidad.

La conclusión no puede ser otra que la primacía de la seguridad sobre la libertad, por lo que la defensa y garantía de los derechos fundamentales no es efectiva. La suspensión de los derechos no puede ser acordada de una forma genérica o abierta sino que, por la intensa afectación de derechos como la inviolabilidad domiciliaria o el secreto de las comunicaciones, la autorización debiera ser pormenorizada y no quedar en manos de un magistrado sino en un órgano colegiado. Por tanto, sería recomendable más garantismo, totalmente contrario a la denunciada indeterminación o concreción de la ley, como se comprueba, por ejemplo, cuando se dice que las 24 horas y los 3 meses de duración máxima de las medidas son plazos prorrogables por sucesivos períodos iguales en caso de necesidad: ¿qué significa esta previsión?

⁷⁰ STEDH caso *Lüdi contra Suiza* de 1992 y caso *Teixeira de Castro contra Portugal* de 1998.

⁷¹ Miguel REVENGA SÁNCHEZ: “Servicios de Inteligencia y derecho a la intimidad”, *Revista Española de Derecho Constitucional* n° 61 (2001), págs. 59 a 80, en pág.79.