

EL CNI, UN SERVICIO DE INTELIGENCIA Y SEGURIDAD. PANORAMA NORMATIVO

Vicente Lanz Muniain
General consejero togado (retirado)

Resumen

El creciente interés que suscitan los Servicios de Inteligencia ha rebasado el marco de la opinión pública y ha empezado a ser analizado en medios académicos junto a otras cuestiones, como la prospectiva, en una sociedad de la información, cada día más interrelacionada. Sin embargo, hay que aproximarse a este tema con algunas ideas claras y la primera sería diferenciar entre Servicios de Inteligencia y Servicios de Seguridad, que responden a necesidades y principios distintos y que, frecuentemente, deben su enfoque y estructura a la evolución que han tenido en cada país, lo que exige analizar en nuestro caso su evolución en España.

Tal distinción es relevante a los efectos de analizar si resulta necesaria una regulación legal de dichos servicios y en qué casos es necesaria la existencia de cautelas y controles en su funcionamiento para garantizar que no corran riesgo los derechos individuales. Cuáles han de ser dichos controles y cuál es la regulación legal en nuestro país, junto a la crítica de la misma, constituye el objeto de este trabajo, que examina las posibles soluciones a la vista de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Palabras clave: Servicios de Inteligencia, Contrainteligencia, Control Externo, Control Interno, Criptológico, Regulación, Seguridad.

THE CNI, AN INTELLIGENCE AND SECURITY SERVICE.
REGULATORY LANDSCAPE

Abstract

The growing interest in intelligence services has gone beyond the framework of public opinion and has begun to be analysed in academic circles along with other issues, such as foresight, in an increasingly interconnected information society. However, it is necessary to approach this subject with some clear ideas, and the first would be to distinguish between intelligence services and security services, which respond to different needs and principles and often owe their approach and structure to the evolution they have undergone in each country, which in our case requires analysing their evolution in Spain.

This distinction is relevant in order to analyse the need for legal regulation of these services is necessary, and in which cases the existence of safeguards and controls in their operation is necessary to ensure that individual rights are not compromised. What these controls should be and what is the legal regulation in our country is, together with a critique of it, is the subject of this paper, which examines possible solutions in the light of the doctrine of the European Court of Human Rights.

Keywords: Intelligence Services, Counterintelligence, External Control, Internal Control, Cryptologic, Regulation, Security.

Sumario:

1. Introducción. 2. La cuestión de la regulación legal de los Servicios de Inteligencia y de Seguridad. 3. El control de los Servicios de Inteligencia y Seguridad. 3.1. Control interno. El control del ejecutivo. 3.1.1. La base del control interno. Principios de actuación y estructura de los Servicios. 3.1.2. El control del Gobierno. 3.2. Control externo. El control parlamentario. 3.2.1. Contenido del control y su regulación legal. 3.2.2. Crítica de la ley en este punto. 3.3. Control externo. El control judicial. 3.3.1. Situación actual de la cuestión en nuestro ordenamiento jurídico. Las medidas intrusivas solo pueden adoptarse en un procedimiento penal. 3.3.2. Nuevo marco legal que incorpora la ley Orgánica 2/2002. 3.3.3. Crítica de la ley en este punto.

1. INTRODUCCIÓN

Se suele utilizar el término genérico de «Servicios de Inteligencia» para referirse al conjunto de los distintos organismos que desarrollan la vital función de proporcionar seguridad a los Estados cuando, en realidad, se trata de una sola clase de Servicio, al que deben añadirse otros actores, pues no es lo mismo la necesidad de disponer de valoraciones veraces y oportunas sobre las intenciones, capacidades y eventuales acciones de otros países que supongan una amenaza o entren en colisión con nuestros intereses nacionales en un ámbito determinado, que la necesidad de detectar y neutralizar las actividades de otros organismos extranjeros que persigan esos mismos fines en nuestro país o, finalmente, la detección y neutralización de aquellas actividades que supongan un riesgo para nuestra estabilidad o constituyan una amenaza para la seguridad de nuestros ciudadanos.

Por ello, en sentido más propio, debe hablarse de Servicios de Inteligencia y de Servicios de Seguridad, o de Servicios de Inteligencia exterior y de Inteligencia interior y, normalmente, esas dos tareas se encomiendan a organismos distintos. El dedicado a lograr evaluaciones e informaciones de las capacidades e intenciones de otros Estados que se opongan u obstaculicen nuestros intereses nacionales (Servicios de Inteligencia) y el dedicado a protegernos de las actividades de espionaje hostiles (contraespionaje) o de las actividades de elementos internos o externos que impliquen amenazas a la estabilidad de nuestras instituciones democráticas, o de nuestros ciudadanos (contrasubversión o contraterrorismo).

Este es el esquema que predomina en la práctica generalidad de los países. Esquema que se construye distinguiendo un Servicio o Agencia de Inteligencia exterior, cuyo modelo más conocido es el de los Estados Unidos (la CIA) y un Servicio o Agencia de Seguridad interior (FBI), pero es también el que se utiliza en Alemania, Francia, Reino Unido o Italia. La razón de este desdoblamiento la encontramos no solo en la tradición de esos países, sino también en la exigencia de una especialización en las misiones que se les encomiendan, que pasan por una actividad más agresiva en el exterior —donde no rigen ni se exigen cautelas constitucionales para el uso de procedimientos que impliquen limitaciones o desprecio de los derechos individuales— y que provocan que los Servicios dedicados a la Inteligencia exterior tengan muy restringida o, incluso, prohibida su actuación dentro del territorio nacional por esos motivos. Por el contrario, los Servicios de Seguridad —que actúan en el interior para prevenir y neutralizar amenazas contra las instituciones o los ciudadanos— se encuentran su-

jetos en los países democráticos a numerosas restricciones necesarias para salvaguardar los derechos individuales. Naturalmente, esas limitaciones no se contemplan en los países de regímenes autoritarios, donde los Servicios o Agencias de Seguridad ignoran toda cortapisa que limite su actuación.

Por lo que se refiere a España, esta misma configuración se aplicaba con algunas peculiaridades antes de crearse en 1977 el Centro Superior de Información de la Defensa (CESID). En efecto, la misión de Inteligencia exterior se encontraba fundamentalmente ligada —con las excepciones propias del ámbito diplomático— a los esquemas de la Inteligencia militar, enmarcados en la División de Inteligencia del Alto Estado Mayor que, además, contaba con la Sección de Contrainteligencia, lo que resulta curioso, pues las misiones de esta la sitúan claramente en el ámbito de los Servicios de Seguridad. Tal configuración se debía a que, tradicionalmente, tanto el espionaje como el contraespionaje se consideraban predominantemente volcados al ámbito de la información militar.

La Seguridad interior, radicada en Presidencia del Gobierno, se organizó tras los acontecimientos que dieron lugar a la Revolución de los Claveles en Portugal. Surgió así la Organización Contrasubversiva Nacional (OCN) con la misión de detectar y controlar las actividades subversivas que pudieran producirse y que, más tarde, vino a completarse con la misión de detección y control de organizaciones terroristas en el interior, dando origen al Servicio Central de Documentación (SECED), antecedente del Centro Superior de Información de la Defensa.

Pero a partir de la creación del CESID, en julio de 1977 (y con las modificaciones introducidas en el Decreto de 27 de marzo de 1981) el esquema de los dos Servicios se modifica y se construye un modelo que cuenta con un único Servicio de Inteligencia interior y exterior, cuya misión ha sido tanto la elaboración de Inteligencia como la Seguridad interior, que se concretó en la norma constitutiva del Centro, según la cual «sería el órgano encargado de obtener, evaluar, interpretar y facilitar al ministro de Defensa cuanta información fuera necesaria para la defensa nacional, atendiendo prioritariamente a las necesidades de la Junta de Jefes de Estado Mayor». Como se puede observar, seguía presente un enfoque militar.

En desarrollo del decreto de creación se dictó la Orden de 30 de septiembre de 1982 para aprobar la estructura y misiones del Servicio. En ella se le asignaron, por una parte, las misiones de obtener, evaluar y difundir la información necesaria para prevenir cualquier peligro, amenaza o agresión contra su independencia o integridad territorial y para asegurar sus intereses nacionales, en los ámbitos político, económico, tecnológico y militar y, por otra parte, la de oponerse al espionaje y a las actividades

de los Servicios de Inteligencia extranjeros que pudieran atentarse contra la seguridad o los intereses nacionales, mediante su prevención, detección y neutralización dentro y fuera del territorio nacional.

Resulta curiosa esa precisión de que las acciones de la contrainteligencia pudieran llevarse a cabo fuera del territorio nacional. Constituye una cierta anomalía respecto a los criterios que rigen los Servicios de Seguridad, que tradicionalmente han venido limitando su esfera de actividad al ámbito interior y por ello han de acomodar sus actividades a las exigencias de respetar los derechos individuales, salvo los supuestos autorizados por la ley. Podría interpretarse esta norma como una autorización para los conocidos como *Action Services*, que actúan agresivamente y sin límites fuera de sus fronteras.

Por último, la orden ministerial de 1982 le asignaba, por un lado, la misión de obtener, evaluar y difundir la información relativa a cuantos procesos internos que, mediante procedimientos anticonstitucionales, atentaran contra la unidad de la patria y contra la estabilidad de sus instituciones fundamentales y, por otro, la de velar por la seguridad de la información, tecnología, procedimientos, objetivos e instalaciones de interés para la defensa (tanto propios como de países aliados) en lo que no fuera competencia directa de las Fuerzas Armadas. Es esta una referencia curiosa encaminada a proteger bases o instalaciones de países aliados, precisión que no ha sido recogida en las siguientes disposiciones legales.

Semejante asignación de misiones daba cuenta de esa vocación de un solo Servicio para la Seguridad y la Inteligencia que, de esta manera, contaba con la División de Inteligencia Interior, integrada por las estructuras del extinto SECED, la División de Inteligencia Exterior y la División de Contrainteligencia, procedentes ambas de las estructuras radicadas en el Alto Estado Mayor. Además, de nueva creación, incorporó la División de Economía y Tecnología.

Finalmente, la constitución del Centro Nacional de Inteligencia (CNI) sigue el mismo esquema organizativo, a la vista de lo que dispone su ley constitutiva, 11/2002, de 6 de mayo, complementada por la Ley Orgánica 2/2002, de la misma fecha:

«El Centro Nacional de Inteligencia es el organismo público responsable de facilitar al presidente del Gobierno y al Gobierno de la Nación las informaciones, análisis, estudios o propuestas que permitan prevenir y evitar cualquier peligro, amenaza o agresión contra la independencia o integridad territorial de España, los intereses nacionales y la estabilidad del Estado de derecho y sus instituciones».

Como puede observarse, en esta norma se incluyen misiones que son propias tanto de la Inteligencia Exterior como de la Seguridad interior, pero, seguidamente, la ley viene a reforzar este carácter al establecer las funciones del Centro.

Así, detalla las que son propias de un Servicio de Inteligencia cuando le asigna la misión de obtener, evaluar e interpretar información y difundir la inteligencia necesaria para proteger y promover los intereses políticos, económicos, industriales, comerciales y estratégicos de España, pudiendo actuar dentro o fuera del territorio nacional.

Acto seguido, alude pormenorizadamente a las que son propias de un Servicio de Seguridad, al encomendarle la tarea de prevenir, detectar y posibilitar la neutralización de aquellas actividades de servicios extranjeros, grupos o personas que pongan en riesgo, amenacen o atenten contra el ordenamiento constitucional, los derechos y libertades de los ciudadanos españoles, la soberanía, integridad y seguridad del Estado, la estabilidad de sus instituciones, los intereses económicos nacionales y el bienestar de la población. Y no solo eso, sino que le encomienda la tarea de monitorizar y proteger el tráfico de las señales estratégicas, constituirse en el Centro Criptológico Nacional y la de velar por el cumplimiento de la normativa de protección de la información clasificada.

En resumen, se trata de un Servicio híbrido y ese carácter habrá de tenerse en cuenta cuando se analicen los controles a los que se somete el Centro y las peculiaridades de su actuación dentro o fuera del territorio nacional, pues los sistemas de control han de ser distintos en cada caso, a pesar de que la ley no haga esas distinciones. Habrá, entonces, que acudir a la interpretación de la norma en cada caso concreto para no debilitar o poner en riesgo a los miembros del Centro o la seguridad de la información que haya podido obtenerse.

2. LA CUESTIÓN DE LA REGULACIÓN LEGAL DE LOS SERVICIOS DE INTELIGENCIA Y DE SEGURIDAD

La primera cuestión respecto al tratamiento de los Servicios de Inteligencia y de Seguridad es si deben ser objeto de una regulación legal. Esta cuestión ha sido debatida con apasionamiento en todas partes y no ha sido infrecuente la afirmación de que la mejor regulación de estos servicios es la que no existe. Las razones para adoptar semejante postura se orientaban más en el sentido de primar la necesidad de encubrir sus actividades (que podrían considerarse hostiles por otros países),

antes que argumentar que, de este modo, podrían actuar con una mayor libertad en la realización de actividades que implicasen limitación de los derechos individuales cuando se tratara de actuar en su propio país y respecto de sus propios ciudadanos. Aunque semejante argumentación ha decaído ante la incorporación a la mayoría de los ordenamientos jurídicos del principio de justicia universal, que permite a la justicia de un país perseguir a sus nacionales por los hechos ilícitos que hubieran cometido en el extranjero, si se producen determinados supuestos de hecho. En España también rige dicho principio a partir de la modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial por la Ley 1/1994, de 13 de marzo.

A pesar de ello, la cuestión de regular, delimitar y controlar los Servicios de Inteligencia y de Seguridad sigue siendo polémica. El almirante Battelli, director hasta el año 2005 del Servicio militar italiano SISMI no ha dudado en afirmar públicamente que estaba:

«[...] convencido de que si un Estado decide dotarse de Servicios de Inteligencia es porque ha llegado a la conclusión de que con los medios ordinarios no le es posible garantizar su seguridad. Pedir que operen en el ámbito de la legalidad que hace de marco a la actividad de la Magistratura y de las fuerzas de policía es, en consecuencia, una auténtica *contradictio in terminis*, que termina por negar la propia razón de la creación de Servicios de información y seguridad. Me parece, por tanto, demasiado obvio que los Servicios deban poder hacer cosas ilegales».

Claro que semejantes afirmaciones no se contradicen con las tesis que se mantienen en el presente trabajo, que parten de la distinción entre Servicios de Inteligencia y Servicios de Seguridad y que se traducen en el diferente trato que ha de darse a unos y otros. Pueden y deben regularse, así como limitar la actividad de los segundos, pues operan dentro del territorio nacional y pueden afectar a los derechos individuales de los propios ciudadanos, mientras no se deben establecer limitaciones a los Servicios de Inteligencia, que operan en el exterior. Pero tanto unos como otros si deben estar sometidos al control en lo que se refiere a la planificación y ejecución de sus actividades para que no se desvíen de su marco de actuación, pues son instrumentos verdaderamente poderosos en la organización del Estado que actúan, además, con la protección que les proporciona el secreto de sus actividades y, por ello, cualquier desviación en sus actuaciones podría ser muy peligrosa.

En España, la regulación mediante una disposición con rango de ley es reciente. Como hemos visto, data de 2002 y son muchos y con mucha frecuencia, los que opinan que la iniciativa para aprobar una normativa del máximo rango fue debida al escándalo político que se produjo en junio 1995 a raíz de la revelación periodística de la existencia de una serie de escuchas telefónicas realizadas por el CESID al margen de la ley, lo que dio lugar a un procedimiento judicial que terminó con la sentencia de 26 de mayo de 1999, de la Audiencia Provincial de Madrid, en la que se consideraba probado que se captaron, se escucharon y se grabaron, entre otras muchas, conversaciones de S. M. el Rey Juan Carlos, de los ministros Francisco Fernández Ordóñez y José Barrionuevo y de parlamentarios, miembros del Consejo General del Poder Judicial, periodistas y empresarios, «que llegaron a conocimiento de algunos medios de comunicación por vía o vías que no han podido determinarse».

Sin perjuicio de que ello era cierto, no lo es menos que la «vía o vías que no han podido determinarse» por las que llegaron a los medios de comunicación esas noticias, estuvieron perfectamente planificadas en una operación política de largo alcance. Como tampoco puede ignorarse que en la «comunidad de inteligencia» existía el convencimiento de que era necesaria una regulación de los Servicios, con rango legal suficiente, para que pudieran amparar los denominados «procedimientos de inteligencia» (entradas y registro en domicilios o escuchas telefónicas), que hasta entonces se llevaban a cabo con medios y cobertura muy precarios y que eran y siguen siendo necesarios para poder obtener informaciones y que, al propio tiempo, salvaguardaran los derechos individuales.

Como se ha anticipado, en este punto es donde resulta necesario tener en cuenta la distinción que hemos hecho entre Servicios de Inteligencia y Servicios de Seguridad, pues los Servicios de Inteligencia Exterior son órganos integrados en la Administración del Estado que tienen como finalidad obtener informaciones y valoraciones sobre la estructura, las capacidades y las intenciones de otros países y tal actividad podría suponer una potencial agresión, que no debería ser regulada como actividad normalizada de la actividad exterior del Estado. Otros estiman que no se debe renunciar a regular legalmente tal actividad (realizar acciones de inteligencia en el exterior), pues todos lo hacen y, por tanto, el anuncio de su existencia sirve de anuncio público de que el Estado no renuncia a defenderse.

Por mi parte, considero que esta razón es válida, pues una sociedad constituida en Estado no puede aparecer inerme frente a los desafíos que ha de enfrentar. Pero semejante regulación, en mi criterio, ha de limitarse a dejar constancia de que podrán emprenderse actividades de Inteligencia

Exterior, pero sin regular ni limitar en modo alguno cómo, dónde o cuándo dichas actividades vayan a emprenderse.

La conclusión, pues, ha de ser que el sistema de regulación legal de los Servicios ha de limitarse prácticamente a los Servicios de Seguridad, cuyo ámbito de actuación es su propio territorio nacional. Se trata de actividades puramente defensivas y, por lo mismo, perfectamente admisibles en el ordenamiento jurídico internacional, por lo que no existiría ningún inconveniente en regularlas desde ese punto de vista. En el supuesto de estos Servicios de corte defensivos, ocurre que sus actividades en el interior de sus propios países puede provocar limitaciones de los derechos fundamentales, lo que exige que deban someterse a las limitaciones legales en su actuación, dado que ya no está en vigor la disposición contenida en la Orden de 30 de septiembre de 1982 que regulaba la estructura y funciones del CESID y que, como vimos, facultaba a un Servicio de Seguridad (como la Contrainteligencia) a combatir las actividades hostiles de la inteligencia extranjera mediante su prevención, detección y neutralización fuera del territorio nacional.

Además, tradicionalmente en España solo se ha considerado necesario regular las actividades defensivas (de Seguridad) y no las ofensivas (las de Inteligencia). Como ejemplo curioso podemos citar la primera disposición de la que se tiene noticia, que es la Ley de 26 de julio de 1935, que modificó el Código de Justicia Militar de 1890 y el Código Penal de la Marina de Guerra de 1888 en lo relativo a los delitos de espionaje y que autorizó en su art. 3 a las autoridades de todo orden a demorar la detención de los espías (con el evidente propósito de contar con un mejor conocimiento de sus actividades y cómplices),

«suspender la tramitación de las denuncias contra los mismos y la posible incautación de elementos o instalaciones de que aquellos se valieren en relación con sus actividades y las de sus cómplices o encubridores, siempre que semejantes demoras o suspensiones tuvieran lugar por estimar aquellas Autoridades que así conviene a los intereses de la defensa nacional»,

sin incurrir por ello en responsabilidad. En tales casos, debían consultar al Ministerio de la Guerra sobre si debían cesar la demora o la suspensión, resolviendo el ministerio lo más procedente, oyendo al servicio de Información del Estado Mayor Central.

Dicha ley incluía algunas especialidades en la tramitación del procedimiento penal. Daba intervención al Estado Mayor Central, que debería

aportar todos los antecedentes o datos que pudieran servir para el mejor resultado y eficacia del procedimiento judicial. Como se puede observar, la Ley de 1935 mantenía la actividad del servicio de información del Estado Mayor Central dentro del procedimiento penal que se instruyera por la Autoridad Judicial militar.

3. EL CONTROL DE LOS SERVICIOS DE INTELIGENCIA Y SEGURIDAD

3.1. CONTROL INTERNO. EL CONTROL DEL EJECUTIVO

El primero de los controles a los que debe someterse a un Servicio de Inteligencia o de Seguridad es el que corresponde al Gobierno. Este control interno de sus actividades tiene como finalidad garantizar que su actuación se mantiene dentro del esquema de funciones y objetivos que se le han marcado y, al mismo tiempo, que se realiza conforme a los principios que inspiran su actuación. Este control interno puede lograrse por dos vías: en primer lugar, estableciendo una estructura y unas pautas de actuación que lo faciliten y, en segundo lugar, asegurarlo por medio del director (que es designado libremente por el Gobierno) y por el ministro que tenga asignada la responsabilidad de controlar sus actividades.

3.1.1. La base del control interno. Principios de actuación y estructura de los Servicios

Como los demás órganos de la Administración a la que pertenece, el Centro debe acomodar su actividad a los principios del art. 109.1 de la Constitución, que impone servir con objetividad los intereses generales, actuando con pleno sometimiento a la ley y al derecho, principio que se replica y recoge en el art. 2 de la Ley 11/2002, su reguladora, que dispone que llevará a cabo sus actividades específicas en el marco de las habilitaciones contenidas en la propia ley y en la Ley Orgánica 2/2002, de 6 de mayo, reguladora del control judicial previo.

No obstante, existe una cierta discordancia entre los propósitos enunciados en la exposición de motivos, que habla de «eficacia y transparencia» en su actuación, cuando lo cierto es que la actividad de los Servicios se caracteriza, precisamente, por todo lo contrario, su opacidad, lo que se

reconoce en el texto legal normativo, cuando en el art. 2 párrafo primero habla de «actividades específicas» de los Servicios lo cual, en términos coloquiales, puede traducirse por uso de métodos que pueden ser intrusivos en la intimidad y los derechos individuales.

El segundo de los principios de actuación obliga a someter las actividades de los Servicios al control parlamentario y judicial en los términos previstos en la propia ley reguladora y en la Ley Orgánica 2/2002 que prevé el control judicial previo. Pero tal principio se condiciona a la garantía de que se produzca sin perjuicio de la seguridad.

Por último, el apartado tercero señala que en el desarrollo de sus actividades y en el ejercicio de sus funciones, el Servicio deberá actuar bajo los principios de eficacia, especialización y coordinación y, siempre, dentro y de acuerdo con los objetivos de inteligencia definidos por el Gobierno.

Este principio de especialización en la actuación ofrece una perspectiva importante respecto a la posibilidad de control derivada de la estructura del Servicio, donde existen órganos de inteligencia y órganos de apoyo (técnico y operativo). Los primeros tienen la misión genérica de obtener, evaluar, interpretar y difundir información en sus áreas de inteligencia que, por razones de seguridad, ahora no detalla el Real Decreto 438/2002, de 10 de mayo, dictado en desarrollo de la ley reguladora. Mientras, los segundos, los órganos de apoyo a la inteligencia, habrán de actuar cuando los cometidos de aquellos requieran medios, procedimientos o técnicas especiales. Además, otra área de apoyo atenderá las necesidades de medios humanos materiales y económicos para los mismos fines de obtención y elaboración de inteligencia.

Pues bien, la experiencia nos dice que se deben mantener separadas las competencias y las responsabilidades de unas y otras áreas para evitar que un solo organismo dentro del Servicio pueda proyectar, decidir y ejecutar operaciones de inteligencia. Esta posibilidad está absolutamente proscrita porque, de producirse, se corre el riesgo de desbordar las misiones que tiene encomendadas o, lo que es tan grave o más, se pueden ignorar los principios que rigen el funcionamiento del Servicio y propiciar con ello que puedan quedar fuera de control.

Para ello, se impone separar las funciones de los órganos de inteligencia (que han de limitarse a proponer y proyectar las tareas de adquisición que se encuentren dentro del marco de sus objetivos y que no puedan llevar a cabo con sus propios medios) de las funciones que corresponden a los órganos de apoyo técnico y operativo que, en ejecución de las decisiones de la dirección del Servicio, ejecutará las operaciones propuestas por las unidades de inteligencia. De esta manera, ninguno de los órganos genéricamente

citados dispone de competencias distintas a las que se le han marcado. La dirección no puede proponer, proyectar ni ejecutar ninguna actividad (solo aprobar las que se le proponen). Las unidades de inteligencia no pueden decidir ni ejecutar ninguna actividad técnica ni operativa y las unidades de apoyo a la inteligencia no pueden proponer ni acordar ninguna actividad que no se les haya encomendado de manera expresa y dentro de los límites que se le hayan marcado.

3.1.2. El control del Gobierno

El control que ejerce el Gobierno sobre las actividades de los Servicios le viene exigido por la responsabilidad política que le incumbe por la tarea de dirigir la política interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa del Estado, como señala el art. 97 de la Constitución. Ello, a pesar del carácter de organismo autónomo con personalidad jurídica propia que le otorga la disposición adicional primera de la ley constitutiva del Servicio, lo que no le exime de una dependencia orgánica y funcional del Ministerio de Defensa.

La responsabilidad de controlar políticamente el funcionamiento del Centro le corresponde al Gobierno, que la ejerce previamente y a posteriori. Así:

- Previamente, al marcarle claramente sus objetivos anuales a través de la Directiva de Inteligencia, a propuesta de la Comisión Delegada para asuntos de Inteligencia. El contenido de dicha Directiva sirve de límite preciso para las actividades del Centro y facilita posteriormente la tarea de control, pues queda entendido que no podrá realizarse ninguna clase de actividad fuera de los objetivos concretos que se le hayan marcado, los cuales, a su vez, no podrán rebasar las funciones encomendadas al Centro en la ley reguladora. Por otra parte, la actividad que se desarrolle para el cumplimiento de los objetivos marcados deberá acomodarse a los principios que rigen la actividad del servicio y que también se hallan definidos en la ley reguladora.

Con todo, parece existir una cierta rigidez en el hecho de asignar anualmente los objetivos, plazo que puede ser demasiado amplio para las cambiantes circunstancias que se producen en el mundo actual. En tal situación, privar de la posibilidad de establecer nuevos objetivos a los Servicios en razón a la aparición de situaciones inesperadas no parece prudente. Sería razonable arbitrar algún

procedimiento para que el Gobierno, con las necesarias garantías, pudiera fijar nuevos objetivos en casos de urgencia, que deberían tener el mismo rigor formal exigido para la planificación anual.

- Posteriormente, desde el interior del Servicio, controlando el planeamiento y la ejecución de sus actividades en cumplimiento de dicha Directiva, tarea que incumbe inicialmente al director, que es nombrado por el Gobierno y que, por ello, goza de su confianza. Le corresponde impulsar su actuación y coordinar la actividad de las unidades del Servicio para alcanzar los objetivos que le han sido asignados. Aún más, debe asegurar la adecuación de las actividades a dichos objetivos de Inteligencia.
- Con posterioridad también y desde el exterior del Servicio. Corresponde al ministro del departamento al que está adscrito, que asume la correspondiente responsabilidad política y también a la Comisión Delegada para asuntos de Inteligencia, que debe realizar el seguimiento y evaluación de los resultados obtenidos, así como velar por la necesaria coordinación con los demás Servicios, tanto de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, como con los demás órganos de la Administración civil y militar del Estado.

3.2. CONTROL EXTERNO. EL CONTROL PARLAMENTARIO

Aparte del control sobre la ejecución de los créditos reservados, que se lleva a cabo ante el correspondiente Comisión Parlamentaria y al que se someten todos los Ministerios que los tienen asignados (Asuntos Exteriores, Interior y Defensa) y al que rinde cuentas el ministro de Defensa, el Centro Nacional de Inteligencia se encuentra sometido a este control político en el Parlamento, en este caso de forma directa.

El control parlamentario de las actividades de los Servicios de Inteligencia y Seguridad se considera fundamental en los países democráticos para evitar un abuso por parte de los Poderes Públicos de unas herramientas tan poderosas. En nuestro país, solo muy recientemente se ha afrontado la tarea de regular este mecanismo de control externo, acorde con las previsiones contenidas en el art. 66.2 de la Constitución sobre el control de las actividades del Ejecutivo. La Ley 11/2002 la regula en su art. 11, estableciendo un procedimiento específico para el Servicio, distinto del genérico que se contempla para controlar las demás actuaciones, del Ejecutivo y del ministerio de Defensa, que es el órgano del Gobierno al que se adscribe el CNI, quizás por sus especiales características.

3.2.1. Contenido del control y su regulación legal

Teniendo en cuenta las cuestiones que hemos venido señalando, el control de los Servicios de Inteligencia y Seguridad por el Parlamento requiere tener en cuenta una serie de cuestiones, como las siguientes:

A) La exigencia inicial es que los Servicios de Inteligencia y Seguridad actúen dentro de los límites que le imponen la ley que los regula, que su actividad se circunscriba a los objetivos que le han sido señalados en la Directiva de Inteligencia y que hayan empleado los medios que tienen autorizados de manera que, en el caso de los segundos, (los Servicios de Seguridad) no hayan usado, de manera irregular y sin la autorización judicial previa, medios que sean susceptibles de limitar derechos individuales.

La regulación legal abarca la posibilidad de controlar esas limitaciones y cautelas, aun cuando la ley reguladora no se refiera de manera expresa a estos extremos, pues el marco de su actuación viene establecido en el art. 4 al establecer las funciones del Centro y la exigencia de incorporar al procedimiento de control la Directiva de Inteligencia y el informe anual del director completa las posibilidades de control en este punto.

En efecto, el art. 11 de la ley, que señala que «el Centro Nacional de Inteligencia someterá al conocimiento del Congreso de los Diputados la información apropiada sobre su funcionamiento y actividades». El control se materializará, según dispone el apartado 4 de ese artículo proporcionando a la Comisión parlamentaria «los objetivos de inteligencia establecidos anualmente por el Gobierno (la Directiva de Inteligencia y el informe que, también con carácter anual, elaborará el director del Centro Nacional de Inteligencia de evaluación de actividades, situación y grado de cumplimiento de los objetivos señalados para el período anterior».

B) El segundo requerimiento consiste en la necesidad de poner a disposición de la Cámara todos los elementos necesarios para poder llevar a cabo un adecuado control de las actividades del Gobierno en lo que se refiere a las actividades de Inteligencia y eso significa conceder acceso a los datos necesarios para desempeñar esa función que le encomienda la Constitución. Claro que esta exigencia general debe ser matizada, en un doble sentido:

- En primer lugar, deben adoptarse determinadas cautelas para que el debate que exige el control se produzca sin publicidad, pues en otro caso se pondría en riesgo la efectividad de los Servicios, que no

deben divulgar sus métodos de trabajo, su despliegue, sus fuentes ni la identidad de sus miembros.

Esta cautela se recoge en la ley, que señala que la Comisión, que es la que controla los gastos reservados, no tendrá acceso a las materias relativas a las fuentes que maneje el Servicio, ni a los medios empleados para la obtención de inteligencia, ni tampoco las que procedan de Servicios extranjeros o de organizaciones internacionales, en los términos que se contengan en los convenios de intercambio de información clasificada.

Además, el contenido de las sesiones y sus deliberaciones está clasificado como secreto y los miembros de la Comisión vienen obligados también a mantener el secreto sobre las informaciones y documentos que reciban, que tendrán que devolver para ser custodiados por el Servicio (no podrán permanecer en la Cámara) y no pueden retenerlos ni en el caso de los originales, ni sus posibles copias o reproducciones.

- En segundo lugar, debe aceptarse que la Cámara es soberana para establecer su Reglamento y le corresponde a ella asegurar la estancamiento y la reserva de los datos que necesite manejar para llevar a cabo su tarea de control político.

Esta exigencia se recoge también por la ley reguladora, que poco más añade en el apartado 1.º de su art. 11, salvo que la Comisión estará presidida por el presidente de la Cámara, en la forma prevista por su Reglamento y que tendrá conocimiento de la información apropiada que viene obligado a proporcionarles el Servicio.

C) Aunque parezca una obviedad, otra exigencia importante para realizar este control parlamentario es que debe ejercerse, precisamente, sobre el Gobierno, pues tiene por finalidad controlar políticamente su actividad en una materia especialmente sensible, como es la seguridad del Estado, cuya dirección le viene exclusivamente encomendada por la Constitución. Para ese propósito, la Comisión recibirá del Gobierno la directiva de Inteligencia que debe aprobar anualmente y debe tener igualmente acceso al informe anual de los resultados de su actividad. Este esquema podría ser utilizado asimismo para dar cuenta de la regularidad en la ejecución de las autorizaciones previas emitidas por el Poder Judicial.

Sin embargo, no señala que se podrá emplazar al ministro de Defensa con el objeto de exigirle debida cuenta de su labor de control sobre los Servicios, dado que es el responsable político de su funcionamiento y actividades, aunque es lógico que pueda hacerlo. Lo que sí establece

directamente el que el informe anual de actividades y resultados debe ser elaborado por el director del Centro, así como la situación y el grado de cumplimiento de los objetivos señalados para el período anual, contenidos en la citada Directiva de Inteligencia.

3.2.2. Crítica de la ley en este punto

A) ALCANCE PREVISTO PARA EL CONTROL

Como hemos visto, el art. 11.1 de la ley exige que se proporcione a la Comisión del Congreso de los Diputados, los datos necesarios para que pueda desarrollar sus funciones de control sobre el funcionamiento y las actividades del servicio. Sin embargo, seguidamente matiza el alcance que ha de tener el control parlamentario y lo hace en un doble sentido: en primer lugar, estableciendo limitaciones a la información que el Centro debe proporcionar a la Comisión de control y, en segundo lugar, fijando las reglas sobre cómo o sobre qué Comisión o Comisiones han de realizar la labor de control.

- a) Respecto a la primera cuestión, es decir, respecto a los límites que se establecen, hay que señalar que, aunque pueda parecer razonable que no se proporcionen a la Comisión parlamentaria datos o informaciones que, a su vez, hayan sido aportadas por un servicio extranjero o por una organización internacional, en cumplimiento de lo previsto en convenios de intercambio de información, ello constituye una limitación que pudiera rebasar los principios constitucionales en materia de control. En efecto, dichos acuerdos o convenios puramente ejecutivos se conciertan por el Gobierno, mediante los conocidos como «Memorandos de entendimiento» y, en algunos casos, por los propios Servicios de Inteligencia, sin intervención alguna de las Cortes Generales (a diferencia de lo que sucede con los tratados internacionales). Semejante situación puede propiciar que el Gobierno o, incluso, el propio Servicio incluyan cláusulas limitativas a la intervención de la Comisión de control en determinadas cuestiones sobre las que pretendieran introducir una cierta opacidad en relación con el control parlamentario y, a través de esa vía, imponer límites a su obligación de suministrar informaciones al Congreso.
- b) La segunda de las cuestiones también puede dar origen a dificultades, pues la ley contiene disposiciones sobre el funcionamiento mismo de la Cámara, lo cual es contradictorio con la facultad de

que disponen las Cortes Generales de dotarse de su propio Reglamento, de acuerdo con lo previsto en el art. 72.1 de la Constitución, que dispone que «las Cámaras establecen sus propios Reglamentos» y que añade que la aprobación de los mismos y su reforma «serán sometidos a una votación final sobre su totalidad, que requerirá la mayoría absoluta».

Formalmente la ley parece reconocer esa autonomía reglamentaria, pues el art. 11.1 dispone inicialmente que el control se llevará a efecto «en la forma prevista por su Reglamento» (del Congreso de los Diputados) pero, a renglón seguido, adopta normas incompatibles con esa afirmación, como son las siguientes:

- Señala la Comisión competente para llevar a cabo dicho control (la que controla los créditos destinados a gastos reservados).
- Dispone las condiciones en las que la Comisión tendrá acceso al conocimiento de las materias clasificadas, pues lo excluye en dos supuestos citados: en el relativo a las «fuentes» y «medios» del Centro y en lo que se refiere a los procedentes de Servicios de Inteligencia extranjeros o de organizaciones internacionales.
- Impone el deber de reserva a los miembros de la Comisión respecto a las informaciones que reciban (el texto repite obsesivamente dos veces en el mismo artículo el carácter de secreto), mención innecesaria, pues tal obligación ya se encuentra contenida en el art. 13 del Reglamento del Congreso.

No hay duda de que algunas de esas condiciones serían razonables, pero el medio utilizado por la ley no parece ser el adecuado para resolver ese problema. Además, está en contradicción con el art. 10.2 de la Ley 9/1968, de 5 abril, de Secretos Oficiales, que dispone expresamente que la declaración de materias clasificadas «no afectará al Congreso de los Diputados ni al Senado, que tendrán siempre acceso a cuanta información reclamen».

B) ÓRGANO QUE DEBE SOMETERSE AL CONTROL

Como hemos visto, la ley no se refiere en ningún momento a que sea el Gobierno o el ministro de Defensa el que deba comparecer o deba responder políticamente de la actividad del Centro. Al contrario, las dos ocasiones en que se alude a esta circunstancia se refieren al propio Centro Nacional de Inteligencia y a su director como los sujetos pasivos del control parlamentario: por un lado, el art. 11.1 señala que será el Centro Nacional de Inteligencia el que «someterá al conocimiento del Congreso de los Diputados... la información apropiada sobre su funcionamiento y actividades».

Por otro lado, el art. 11.4, dispone que la Comisión parlamentaria conocerá «del informe que también con carácter anual, elaborará el director del Centro Nacional de Inteligencia, de evaluación de actividades, situación y grado de cumplimiento de los objetivos señalados para el período anterior».

Según semejante regulación, quien respondería políticamente por la actividad del Servicio sería su director, no el ministro de Defensa ni el Gobierno.

Esa solución es inadmisibles como modelo de control parlamentario de un Servicio de Inteligencia y Seguridad, pues es rechazable tanto desde el punto de vista jurídico como político aceptar que el Gobierno se pueda mantener al margen de las actividades que desarrollen los organismos públicos relativas a la defensa nacional y más aún cuando tales actividades implican en muchos casos la limitación de los derechos de los ciudadanos reconocidos por la Constitución.

C) CONTENIDO DEL CONTROL PARLAMENTARIO

Como ya señalamos, el control parlamentario debería dirigirse a comprobar que el servicio de inteligencia se limita a realizar las actividades que le exigen el cumplimiento de sus objetivos que, a su vez, deben ser concordantes a las funciones previstas en la ley. Además, que tales actividades las realiza de acuerdo con los principios y normas que rigen su actuación. Tales criterios parecen estar recogidos adecuadamente en la ley, pero es necesario observar al respecto que:

- a) La ley parece establecer como base del control parlamentario el informe anual que el director del Centro Nacional de Inteligencia debe dirigir a la Comisión, evaluando sus actividades y el grado de cumplimiento de los objetivos señalados para el período anterior. Ahora bien, parece que el grado de cumplimiento de los objetivos; es decir, el control de la efectividad del servicio no es tarea prioritaria para la Comisión, sino para el Gobierno. Al Parlamento, por el contrario, le incumbe la función de comprobar que el servicio no se desvía de los principios y de los objetivos que le han asignado.
- b) Dado que el Centro tiene la posibilidad de llevar a cabo investigaciones que pueden limitar derechos individuales, hubiera sido también muy oportuno que el informe anual se refiriera específicamente a la forma en que se han utilizado esos procedimientos de investigación, sobre todo y como luego veremos, el sistema de control judicial que aparece regulado en la L.O. 2/2002, de 6 de mayo, resulta muy insuficiente, ya que se limita a establecer una autorización previa, sin que contenga previsión alguna respecto de

las fases de ejecución de las intervenciones y de la destrucción de las informaciones obtenidas que no guarden relación con el objeto y los fines para los que fueron autorizados por el magistrado designado al efecto.

3.3. CONTROL EXTERNO. EL CONTROL JUDICIAL

El control judicial previo de la actividad del Centro Nacional de Inteligencia, se aplica para garantizar que el empleo de métodos de investigación que puedan originar restricciones o vulneración de los derechos individuales garantizados en el art. 18 de la Constitución solo puedan realizarse en los casos en que se encuentre completamente justificado por razones de Seguridad nacional y, además, se minimice la restricción de esos mismos derechos. Se regula en la Ley Orgánica 2/2002, de 6 de mayo, que se dicta con carácter complementario a la ley constitutiva del Servicio, según establece su art. 12.

El texto incluye tanto el procedimiento para solicitar y obtener autorización previa de un magistrado *ad hoc*, como una modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al que autoriza para designar a un miembro del Tribunal Supremo competente para analizar las peticiones y conceder la autorización de las actividades puedan afectar a los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, así como la designación de otro magistrado que lo sustituya en caso de ausencia.

Antes de analizar esta forma de control externo de las actividades del Centro, parece claro y así hay que señalarlo, que el hecho de solicitar y obtener la autorización judicial a la que nos referimos solo puede afectar a los Servicios de Seguridad y que resulta muy improbable, por no decir casi imposible, imaginar que pueda existir una actuación de un Servicio de Inteligencia que requiera de estos medios y que pueda ser afectado por este tipo de control externo.

El planteamiento de la ley supone una solución que resulta insólita en nuestro derecho, pues prescinde del procedimiento judicial penal como marco necesario para la autorización de aquellas medidas de investigación sobre actividades peligrosas para la Seguridad y la Defensa del Estado, que puedan afectar a la inviolabilidad del domicilio y al secreto de las comunicaciones.

3.3.1. Situación actual de la cuestión en nuestro ordenamiento jurídico. Las medidas solo pueden adoptarse en un procedimiento penal

En efecto, hasta el momento, la regulación de las medidas de investigación sobre cualquier actividad delictiva (afecte o no a la seguridad y defensa nacional), se contenía en la Ley de Enjuiciamiento Criminal que, a través del proceso penal, que establece reglas para su esclarecimiento y sanción. En el caso en que dichas medidas afectasen a derechos fundamentales de la persona (la libertad, la inviolabilidad de domicilio, el secreto de las comunicaciones), correspondía al juez de instrucción al adoptar las medidas necesarias para garantizar que tales actuaciones se adoptasen de forma adecuada y proporcionada a la gravedad de la infracción investigada y con las necesarias garantías para que pudiesen ser utilizadas como prueba en el correspondiente procedimiento penal.

Cierto que, en los casos de delincuencia de extraordinaria gravedad, como sucede con el narcotráfico y el terrorismo, se hizo patente la necesidad de adoptar medidas especiales, que suponían excepciones a las normas de la Ley de Enjuiciamiento. Así, la Constitución, en su art. 55.2, contempló la posibilidad de restringir en estos casos los derechos fundamentales, autorizando a establecer, mediante ley orgánica, las condiciones para limitarlos de forma individual, con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario. Pero la Ley Orgánica 4/1988, de 25 mayo, que desarrolla aquel precepto, no altera el hecho de que tales medidas excepcionales tienen el mismo fin que las previstas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal; esto es, investigar los delitos y poner a sus responsables de disposición de la Justicia en el marco de un procedimiento judicial penal.

Este es, también, el criterio seguido por la jurisprudencia que, además de insistir en la necesidad de que se acuerden en el marco de un procedimiento penal específico, destacan que las citadas medidas solo podrán ser utilizadas como prueba en el proceso cuando alcancen unos requisitos de certeza y credibilidad que únicamente pueden derivarse del estricto cumplimiento de las normas procesales. De todo ello se desprende que, hasta el momento, en nuestro ordenamiento (y salvo las excepciones que se derivan del citado art. 55.2 de la Constitución, desarrollado por la Ley Orgánica 4/1988), las medidas que supongan una limitación de los derechos individuales solo se pueden acordar en el marco de un proceso penal.

3.3.2. Nuevo marco legal que incorpora la ley orgánica

La Ley Orgánica reguladora del control judicial previo del Centro Nacional de Inteligencia propone ahora a una solución extraordinaria, fuera del cauce de la Ley de Enjuiciamiento criminal, pues autoriza a un Servicio de Seguridad a realizar actividades que impliquen intromisión en los derechos fundamentales cuando actúe en el ámbito de sus funciones, sea para alcanzar los objetivos que le hayan sido fijados en la Directiva de Inteligencia, debiendo someterse a la previa autorización judicial, lo que supone justificar la necesidad de emplearlo.

De esta manera, la ley introduce forzosamente en el ordenamiento un esquema que es más propio del derecho anglosajón, que tradicionalmente ha distinguido los conceptos de «Cumplimiento forzado de la ley» (*law enforcement*) y de «Seguridad». La primera de esas funciones comprende la tarea de perseguir los delitos a través del procedimiento penal y que está encomendada a las autoridades judiciales y a las fuerzas de policía. Con los procedimientos de «Seguridad» se alude a un conjunto de actuaciones preventivas, que no tienen necesariamente como finalidad obtener pruebas y evidencias para presentarlas en un proceso, sino que se orientan a la obtención de informaciones para evaluar una posible amenaza contra la seguridad o la defensa nacional y que sirven a las autoridades gubernativas para decidir las posibles medidas que minimicen o anulen tal amenaza aunque, si se estima oportuno, no excluyen la utilización de la vía jurisdiccional. Se trata, pues, de una pura actividad de información, sin finalidad procesal y que exige la autorización judicial previa cuando se trate de limitar los derechos fundamentales.

Hay que destacar, como característica típica de este modelo, que el concepto de Seguridad Nacional aparece como criterio legitimador de las actividades de los Servicios, junto al tradicional de la «prevención del delito», para fundamentar la posible adopción de medidas que impliquen una intromisión en la libertad, la inviolabilidad del domicilio y en las comunicaciones, a diferencia de lo que sucede en nuestro derecho procesal penal que, como hemos señalado, solo prevé el uso de medios que impliquen una limitación de los derechos individuales con las investigaciones para descubrir los delitos y la detención de sus autores.

La regulación del procedimiento de control se contiene en la Ley Orgánica 2/2002, de 6 de mayo, cuyo artículo único señala la forma para llevarlo a cabo:

- a) La solicitud para realizar actividades de investigación que afecten tanto a la inviolabilidad del domicilio como al secreto de las

comunicaciones deberá realizarse, con el requisito previo de que sean necesarias para el cumplimiento de las funciones que tiene asignadas, a través de un escrito del director del Centro, dirigido al magistrado designado para autorizarlas y deberá contener:

- Especificación de las medidas que se solicitan.
 - Los hechos en que se apoya la solicitud, fines que la motivan y razones que aconsejan la adopción de las medidas solicitadas.
 - La concreta identificación de la persona o personas afectadas por las medidas, si fueren conocidas y designación del lugar donde hayan de practicarse.
 - La duración de las medidas solicitadas, que no podrá exceder de veinticuatro horas en el caso de registros domiciliarios y de tres meses para la intervención de las comunicaciones postales, telegráficas, telefónicas o de cualquier otra índole. Dichos plazos podrán ser prorrogados por sucesivos períodos iguales en caso de necesidad, pero será necesaria una nueva solicitud de prórroga en la que se justifiquen los motivos que la provocan.
- b) La correspondiente resolución judicial se emitirá por el magistrado competente y deberá ser motivada. Deberá dictarse en el plazo improrrogable de setenta y dos horas y concederá o denegará la autorización solicitada. Dicho plazo se reducirá a veinticuatro horas, cuando existan motivos de urgencia debidamente justificados en la solicitud.

Como sucede con las solicitudes de prórroga, la urgencia habrá tendrá que ser justificada, en la propia solicitud o en una solicitud posterior, en los mismos términos que se exigen para la primera solicitud de autorización.

El magistrado autorizante dispondrá lo procedente para salvaguardar la reserva de sus actuaciones, que tendrán la clasificación de secreto, lo que implica que no se notifica la intervención al afectado por las medidas.

- c) Por último, el director del Servicio asumirá la obligación de ordenar que el material obtenido que no guarde relación con el objeto o los fines de la investigación que se haya autorizado sea inmediatamente destruido.

Claro que la ley reguladora de la autorización judicial previa no incluye otras vías de posibles actuaciones que pudieran restringir derechos individuales, como la utilización de dispositivos de grabación de imágenes o sonidos, o el uso de medios telemáticos para esos mismos fines, lo que

supone (al no ser contempladas por la L.O. 2/2002) que quedan al margen de una posible autorización judicial del magistrado *ad hoc*.

Algunos estiman que en estos casos tendría que acudir a la normativa común; es decir, a la Ley Orgánica 4/1997, de 4 agosto, que regula la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Pero ello sería incompatible con la función y con las necesidades de un Servicio de Seguridad, ya que, en este caso, habrían de aplicarse las disposiciones de la citada ley, que exigen la entrega de las cintas o grabaciones obtenidas, con carácter inmediato, a la Autoridad judicial.

3.3.3. CRÍTICA DE LA LEY EN ESTE PUNTO

La regulación que se contiene en la Ley Orgánica 2/2002 que, como hemos dicho, incorpora un nuevo enfoque ajeno a los principios que inspiran nuestro ordenamiento jurídico, es fuente de importantes problemas que no pueden ser ignorados. En efecto, las actividades cuya investigación se encomiendan a un Servicio de Seguridad normalmente constituyen también delitos incluidos en el Código Penal. Y, precisamente, esta situación puede ser causa de anomalías, pues el derecho a castigar (*ius puniendi*) no es solo un derecho del Estado, sino también un deber, que le viene impuesto por la exigencia de tutelar el orden jurídico, lo que implica la obligación de asegurar el respeto a la ley y la salvaguardia de los bienes jurídicos, cuya tutela es la razón de su misma existencia.

El ejercicio del derecho a castigar no se rige por criterios de oportunidad, sino por criterios de legalidad, lo que implica que el Estado no puede abstenerse de castigar a quien comete un delito. No puede subordinar la tutela de los bienes jurídicos protegidos en el Código Penal a cualesquiera otras consideraciones, ya que ostenta el monopolio de la violencia legítima y ello le otorga su legitimidad. En consecuencia, una solución como la propuesta en la ley podría encontrar algunas dificultades de aplicación en el marco de un ordenamiento jurídico que, como hemos visto, está inspirado en principios distintos y orientado en una dirección poco acorde con la solución que se propone.

A) EN RELACIÓN CON EL MAGISTRADO AUTORIZANTE

Nuestro ordenamiento jurídico impone a determinadas personas la inexcusable obligación de promover la persecución de los delitos de los que tengan conocimiento por razón de su cargo. El incumplimiento de esa obligación, da lugar a la comisión del delito de omisión del deber de per-

seguirlos del art. 408 del Código Penal. Como hemos dicho, el principio que inspira esta norma es el deber que asume el Estado de tutelar el orden jurídico y que se encomienda a las autoridades o los funcionarios públicos encargados de la persecución de los delitos. Ya vimos al principio que para resolver el dilema que se planteaba en las investigaciones sobre actividades de espionaje, se ensayó en nuestra legislación penal militar la solución de suspender o aplazar la obligación de instruir el procedimiento penal, con la modificación de los Códigos de Justicia Militar y de la Marina de Guerra mediante la Ley de 26 de julio de 1935.

Ya entonces se avanzó la idea de que la seguridad o la defensa constituyen un motivo que justifica la adopción de medidas excepcionales, que pueden suspender el cumplimiento de la obligación legal que se impone a las autoridades y sus agentes de denunciar los posibles actos delictivos y poner en marcha el proceso penal. La solución que ahora contiene la ley es inédita. Pretende acomodarse formalmente al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos (que exige que una medida que implique una limitación de los derechos individuales debe ser necesaria para preservar la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar del país, la defensa del orden y la protección de los derechos y libertades públicas), pero limita el control judicial a una mera autorización previa, que no tiene continuidad ni en el momento en que se ejecuta la medida, ni en su fase posterior de la eliminación del material obtenido que no guarde relación con el objeto de la investigación. No se trata de un verdadero y completo control judicial, como el que se contiene en la Ley de Enjuiciamiento criminal, que se extiende a todas las fases, desde la autorización, la ejecución de la medida y, finalmente, a la gestión final de sus resultados.

Claro que la actual regulación consigue la finalidad que seguramente perseguía, la de evitar completamente cualquier riesgo al magistrado autorizante respecto de la posibilidad de cometer el delito del art. 408 del Código Penal pues, como hemos visto, su intervención se limita a autorizar unas medidas limitativas de los derechos a los que se refiere el art. 18.2 y 3 de la Constitución y a disponer lo procedente para preservar la reserva, pero no tiene ninguna intervención posterior, lo que le evita obtener conocimiento alguno de posibles hechos delictivos que le obligarían a denunciarlos o iniciar un procedimiento penal. Es, pues, una solución que no consigue el propósito de establecer un control de las actividades del Servicio por parte de un órgano independiente, como es el Poder Judicial.

Las bases mínimas de este control fueron enunciadas desde hace tiempo por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia de 6 de septiembre de 1978, en el caso de Gerhard Klass y otros contra Alemania

que, precisamente, hubo de juzgar en una situación como la que se plantea ahora en nuestra legislación.

En efecto, la ley alemana conocida como Ley del G10, aprobada el 13 de agosto de 1968, autorizaba la posibilidad de intervenir las comunicaciones postales y telefónicas para proteger el orden democrático o la seguridad de la Federación o cualquiera de los *Land* que la integran. La medida había de ser autorizada por un magistrado, a solicitud de las autoridades y debía ser controlada en las siguientes fases de ejecución y de gestión final por «un funcionario con las calificaciones requeridas para acceder a la magistratura», el cual debía controlar que la resolución judicial se ejecutaba dentro de los límites fijados en la ley y conforme al tenor de la resolución judicial que hubiera autorizado la intervención. Además, entregaba los resultados a los servicios competentes y destruía aquellos que no tuvieran relación con los fines y objetivos de las medidas acordadas.

Como puede observarse, se trata de una solución similar a la contenida en nuestra L.O. 2/2002, salvo en la presencia de un funcionario en sustitución del juez o magistrado autorizante.

Pues bien, recurrida la medida ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se dictó la citada sentencia de 1978 que, en síntesis, concluyó que no basta con un control ejercido por un funcionario, sino que una injerencia en los derechos individuales debe ser sometida preferentemente a un control judicial, que ofrece las mejores garantías de independencia, imparcialidad y regularidad en el procedimiento. Sin embargo, vista la naturaleza del control y de las otras salvaguardas previstas en la ley, «la exclusión del control judicial no transgrede los límites que necesariamente han de predominar en una sociedad democrática» si existen otros organismos que sean independientes de las autoridades que realizan la vigilancia, como era el caso del Comité de cinco parlamentarios designados por el *Bundestag* y de la propia Comisión del G10 que, a juicio del Tribunal, eran suficientes para ejercer un control eficaz y permanente.

En resumen, puede concluirse que el sistema incorporado a nuestro ordenamiento por la L.O. 2/2002, de 6 de mayo, no se acomoda a la doctrina ni a los criterios contenidos en la sentencia que hemos examinado, pues no prevé control judicial (ni de otra clase), ni en la fase de ejecución de la intervención ni a la finalización de la misma.

B) EN RELACIÓN CON LOS MIEMBROS DEL SERVICIO

El director del Centro tiene asignada la responsabilidad de ordenar que sean destruidos los materiales obtenidos en la intervención aprobada por el magistrado *ad hoc* que no guarden relación con el objeto o los fines de

la misma, como señala el apartado 4 del artículo único de la L.O. 2/2002. Está, pues, encargado de gestionar la tercera y última fase de todo el proceso de las observaciones que se hubieran aprobado por dicho magistrado.

Como es lógico, tendrá conocimiento de su contenido, pues debe discernir cuál o cuáles de las informaciones que se hubieran obtenido guardan relación con el objeto y fines de la intervención. Por ello, tendría pleno conocimiento de los hechos que pudieran ser constitutivos de delito, aunque estaría plenamente cubierto frente a la posibilidad de incurrir en el delito tipificado en el art. 408 del código Penal, ya que no tiene la obligación de perseguir los delitos por razón de su cargo.

No existe duda que tiene la obligación de controlar las actividades de los miembros del Centro, que se encuentran bajo su autoridad, para asegurarse que las tareas de vigilancia intrusiva autorizadas por el magistrado del Tribunal Supremo se lleven a cabo dentro de los límites del mandamiento expedido por este y de acuerdo con los objetivos asignados al Centro. Pero está claro que se trata de un control de carácter interno y, al propio tiempo, no existe legalmente la posibilidad de someterle a un control judicial exterior respecto de estas dos obligaciones (asegurar la correcta ejecución del mandamiento judicial y destruir todos los materiales que no guarden relación con el objeto y fines de la autorización previa), salvo el control político que corresponde al Parlamento.

Respecto a los miembros del Centro, la Ley 11/2002, su reguladora, parece intuir el mismo problema y adopta la solución (art. 5.4) de privar a sus miembros de su posible carácter de «agentes de la autoridad», con excepción de los que desempeñen cometidos profesionales relacionados con la protección del personal del Centro y de sus instalaciones oficiales. Como consecuencia, quedan totalmente respecto al riesgo de cometer el delito del art. 408 del Código Penal, ya que no tienen la obligación de perseguirlos, por razón de su cargo.

En todo caso, cualquier extralimitación en la ejecución de un mandamiento que se hubiera otorgado por el magistrado *ad hoc* durante la fase de su ejecución, o en el período posterior, cuando hubiera que destruirse el material obtenido que no guardara relación con el objeto o los fines de la intervención, sería punible y habría de ser perseguido penalmente para su depuración y sanción. Y el mismo tratamiento habría de seguirse en caso de que la extralimitación se refiriera a la utilización de algún medio de investigación distinto del previsto en la Ley Orgánica 2/2002, de 6 de mayo, como es el caso, que hemos señalado, de la utilización de videocámaras u otro sistema de grabación de sonidos en lugares públicos. Ya que al tratarse de procedimientos o medidas que afectan a los derechos fundamentales

solo pueden interpretarse las leyes con carácter estrictamente restringido y en este caso, se trata de medidas que no están incluidas en la L.O. 2/2002.

Parece evidente que el control judicial regulado en la Ley Orgánica 2/2002 no se extiende a todas las posibles fases que debería cubrir para resultar completa, independiente y eficaz; y resulta también claro que existen lagunas que deberían ser cubiertas para garantizar la protección de los derechos individuales que se pudieran ver afectados por la actividad investigadora. De hecho, ya se han puesto en marcha iniciativas políticas para incrementar los niveles de vigilancia tanto en el ámbito parlamentario como en el judicial, que se han plasmado en la Proposición de Ley presentada en el Congreso de los Diputados por el grupo parlamentario del PNV, el 18 de noviembre de 2022, que propone modificar la denominación de la L.O. 2/2002, pasando «Control judicial previo del CNI», a «Control Judicial del CNI», que propone aumentar a tres el número de magistrados *ad hoc* y que adiciona un apartado a su artículo único con la exigencia de que los magistrados autorizantes deberán ser informados por el director del Centro del grado de ejecución de cada mandamiento de intervención en el momento en que finalice la misma con el fin de que «puedan asegurarse de la adecuación a su contenido».

En cualquier caso, las lagunas que de hecho existen en la regulación del control judicial, se pueden obviar con la intervención de otros órganos externos e independientes del Ejecutivo, que puedan servir para garantizar una adecuada proporcionalidad en los medios empleados; una solución que admitió expresamente la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Klass, que comentamos en su momento y que, en nuestro caso, se ha puesto de manifiesto con la intervención del mecanismo de control Parlamentario para valorar la adecuación y las posibles extralimitaciones de ejecución de las autorizaciones previas concedidas. Prueba de ello es la sesión de la Comisión Parlamentaria de gastos reservados para analizar la regularidad de las intervenciones practicadas con autorización judicial a través del programa de observación Pegasus.

El problema es que no se trata de una intervención institucionalizada de control, con carácter periódico, en que el Ejecutivo rinda cuentas del resultado de las intervenciones que hayan sido previamente autorizadas por el magistrado, sino una iniciativa política ocasional, contingente y, por ello, no puede ser estimada como un sistema regular de control.

