
ESTUDIOS

GOBERNANZA DEMOCRATICA Y RENDICION DE CUENTAS: CONTROL JUDICIAL DE LAS ACTIVIDADES DE INTELIGENCIA (ODS 16.6)

DEMOCRATIC GOVERNANCE AND ACCOUNTABILITY: JUDICIAL
CONTROL OF INTELLIGENCE ACTIVITIES (SDG 16.6)

Adriano J. Alfonso Rodríguez

Doctor en Derecho. Juez (sustituto) Profesor Tutor UNED LUGO

Sumario: 1. Introducción. 2. Derechos fundamentales, seguridad y garantía judicial. 2.1. Dimensión constitucional: el juez garante. 2.2. La seguridad pública y la función judicial de garantía. 2.3. El juez garante ante la seguridad nacional. 3. Gobernanza democrática del CNI: el control judicial. 3.1. Configuración de nuestro aparato de inteligencia. 3.2. La fisonomía del juez ad hoc de operaciones del CNI. 3.3. Operaciones de inteligencia e impacto procesal. 3.4. ¿El tribunal FISA de USA como paradigma de gobernanza? 4.conclusiones.

Resumen: Los servicios de inteligencia han disfrutado de una enorme inmunidad en cuanto a transparencia y supervisión en comparación con otras agencias. Todo es secreto, pero esta situación no es aceptable con el respeto a los derechos fundamentales, la rendición de cuentas y la gobernanza democrática. El control judicial es una pieza importante, pero es verdad: los servicios de inteligencia no están sujetos a los mismos rigores y escrutinio que otras partes del Ejecutivo como la Policía y ello por la existencia de dos conceptos: «seguridad nacional» y «seguridad pública». La seguridad nacional significa diplomacia, defensa o amenaza económica con un vínculo con los servicios secretos y seguridad publica significa cumplimiento de la ley, crimen y proceso penal. En este escenario, especialmente para los servicios secretos, ¿Qué tipo de Juez es necesario? ¿Qué tipo

de reglas son necesarias? Nuestro país eligió un Juez del Tribunal Supremo con escaso marco regulatorio, como sistema de control, pero ¿es suficiente?

Palabras clave: Servicios de Inteligencia, control judicial, gobernanza democrática, derechos fundamentales, rendición de cuentas.

Abstract: Intelligence services have enjoyed greater immunity from accountability and close oversight than other agencies. All about them is secret, but this situation is not acceptable with the civil rights respect, accountability and the democratic oversight. Judicial control is an important piece but it's true: intelligence services are not subject to the same rigors or to the same scrutiny as other parts of the government for example the police forces because there are two concepts: «national security» and «public safety». National security means diplomacy, defense or economic threat with an important link with secret services and public safety means law enforcement, crime, penal procedure. In this stage, especially for the secret services, what type of Judge is necessary? What type of rules are necessary? Our country chose a Supreme Court Judge with a short scope of rules as a control system of secret services but it's enough?

Key words: Spanish Intelligence Service; judicial controls, democratic oversight, civil rights; accountability.

1. INTRODUCCIÓN

Lo acontecido el 11 de septiembre del año 2001, el atentado terrorista contra las Torres Gemelas de la ciudad de New York, supuso el inicio de una nueva era construida bajo un novedoso paradigma de relaciones entre Estados¹ con una nueva arquitectura legal y procesal en el marco de la denominada «guerra contra el terrorismo» que ha acabado por incidir decisivamente en el respeto a los derechos fundamentales en el marco de las denominadas operaciones de inteligencia², configurando así un escenario amenazante que obliga a

¹ Vid. en relación con esta cuestión, NAVARRO BONILLA, Diego, *Espionaje, seguridad nacional y relaciones internacionales*, Colección de Estudios Internacionales n.º 14 (Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco), 2013/2014, pág. 7.

² La recopilación de inteligencia busca la obtención de información analizada para la mejor toma de decisiones por parte del órgano encargado de adoptarlas, de modo que sin análisis no hay propiamente inteligencia. Vid. SCHREIER, Fred,

reforzar el control democrático sobre los servicios secretos, control destinado a evitar franjas de inmunidad e impunidad, donde hay que diferenciar entre el control del Ejecutivo brindando medios y fijando objetivos, la supervisión del Parlamento destinada a recibir las explicaciones oportunas del Gobierno y sus agencias, y la autorización de los Tribunales quienes garantizan y habilitan las injerencias en los derechos fundamentales³. En democracia los servicios de inteligencia, absolutamente imprescindibles, no están por encima de Ley⁴ y es precisamente la configuración de un marco de garantías judicialmente amparadas lo que coadyuva al fortalecimiento de estas instituciones, valida su trabajo e incrementa la necesaria confianza de la ciudadanía en sus actividades.

Estamos ante la «sociedad del riesgo», con una situación de inquietud permanente⁵ (terrorismo, la criminalidad organizada, los desafíos de la ciberseguridad y la inmigración entre otros fenómenos), donde el binomio **libertad-seguridad** necesita de un Estado de Derecho con soportes sólidos y eficaces, y donde cada poder constitucionalizado ostenta una determinada responsabilidad, desarrollando **una supervisión del sistema, y cuyos pilares esenciales son la transparencia, la responsabilidad, la participación y la receptividad a las peticiones de la ciudadanía, situación que va más allá de las leyes y demás normativas legales**⁶.

Es preciso indicar que la neutralización de los ataques a los bienes jurídicos tipificados penalmente es lo propio de las fuerzas policiales o servicios de seguridad, no es tarea de un servicio de inteligencia cuya función de recopilación informativa, teóricamente, busca asesorar sobre amenazas presentes o futuras, de cara a la adopción de

Fighting the Pre-eminent Threats with Intelligence-led Operations, Geneva Centre for Security Sector Governance, Geneva, 2006, pág. 47.

³ Cfr. ABA CATOIRA, Ana con otros autores, *Rendición de cuentas y servicios de inteligencia en «Seguridad y libertad en el sistema democrático»*, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio (Coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pág. 212.

⁴ En este sentido, *vid. DCAF INTELLIGENCE WORKING GROUP, Intelligence practice and democratic oversight-A practitioner's view*, Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces, Geneva, July 2003, págs. 53-54

⁵ En este sentido BECK ha apuntado que estaríamos ante una «sociedad de cabezas de turco» donde quien provoca inquietud no es la amenaza en sí misma, sino quienes las ponen de manifiesto. *Vid. La sociedad del riesgo: Hacia una nueva modernidad*, Ediciones Paidós Ibérica, Barcelona, pág. 107.

⁶ *Vid. en este sentido, BORN, Hans; LEIGH, Ian, Hacia un Control Democrático de las Actividades de Inteligencia: Estándares Legales y Métodos de Supervisión*, Geneva Centre for Security Sector Governance, Ginebra, 2004, págs. 13-16.

las mejores decisiones por parte del poder político⁷. En ambos casos, ya sea en la persecución del hecho delictivo, ya sea en funciones de obtención de inteligencia, hay situaciones de falta de transparencia. Ahora bien, en la recopilación de información criminal por parte de una agencia policial, que distinguimos del trabajo de un servicio de inteligencia, dicha falta de transparencia se acaba diluyendo una vez concluya la fase de investigación y se judicialice, alcanzando la plenitud el ejercicio de los derechos fundamentales que le corresponden a los ciudadanos indagados (singularmente el derecho de defensa), algo que contrasta con la situación de opacidad que se mantiene, en todo caso, indefinidamente en los supuestos de recopilación por un servicio de inteligencia, conculcando idénticos derechos fundamentales, y con un claro riesgo de impacto procesal bajo el paraguas del secretismo.

El control judicial sobre los servicios secretos extraño inicialmente, en claro contraste con la actividad policial, que ha impuesto nuestro sistema legal, tiene claros y oscuros, y donde «El establecimiento de un sistema de rendición de cuentas a la vez democrático y eficiente para controlar a los servicios de inteligencia es uno de los grandes desafíos que enfrentan los Estados modernos. Pero llevar a cabo esta ardua tarea se torna indispensable, ya que la guía y dirección de políticas para la reforma de los servicios de inteligencia contribuye a evitar los abusos y a mejorar la eficiencia de todas las ramas del gobierno»⁸. En nuestro ordenamiento jurídico, juntamente con el **control parlamentario**⁹, y **político por parte del Ejecutivo**

⁷ Cfr. SÁNCHEZ FERRO, Susana con otros autores, *¿Misión imposible? Un intento de comprensión jurídica del mundo del espionaje en España* en «Seguridad y libertad en el sistema democrático», FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio (Coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, págs. 188-189.

⁸ Vid. MEVIK, Leif y WINKLER, Theodor, con otros autores, *Prologo* en «Hacia un Control Democrático de las Actividades de Inteligencia: Estándares Legales y Métodos de Supervisión», Geneva Centre for Security Sector Governance, Geneva, 2004, pág. 3.

⁹ Señala el art. 11 de la Ley 11/2002 que «1. El Centro Nacional de Inteligencia someterá al conocimiento del Congreso de los Diputados, en la forma prevista por su Reglamento, a través de la Comisión que controla los créditos destinados a gastos reservados, presidida por el Presidente de la Cámara, la información apropiada sobre su funcionamiento y actividades. El contenido de dichas sesiones y sus deliberaciones será secreto.2. La citada Comisión del Congreso de los Diputados tendrá acceso al conocimiento de las materias clasificadas, con excepción de las relativas a las fuentes y medios del Centro Nacional de Inteligencia y a aquellas que procedan de servicios extranjeros u organizaciones internacionales en los términos establecidos en los correspondientes acuerdos y convenios de intercambio de la información clasificada.3. Los miembros de la Comisión correspondiente estarán obligados, en los términos del Reglamento del Congreso de los Diputados, a guardar secreto sobre las informaciones y documentos que reciban. Una vez examinados los documentos,

vo¹⁰, la Ley 11/2002, de 6 de mayo, ha optado en su art. 12 **por el control judicial** de actividades de inteligencia del CNI, que paliaba situaciones anteriores de interceptación de comunicaciones ayuna de cualquier soporte legal que lo permitiese¹¹ y que se ha visto complementada por la Ley 2/2002, de 6 de mayo, que crea una suerte de Juez «ad hoc»-un Magistrado del Tribunal Supremo- para operaciones de nuestro servicio de inteligencia, con un artículo único y con impacto en las funciones del Consejo General del Poder Judicial (arts. 125 y el 342 bis Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985, de 1 de julio, en adelante LOPJ), evidenciando una fórmula hasta ese momento inédita, con lo que, aparentemente, se añadía un elemento de apoyatura más a la mesa de la supervisión con el establecimiento de lo que aparentaba ser un «Juez de Garantías» especial que autorizaba vulneraciones de derechos fundamentales concretos con lo que daba la sensación de entender que no cabía zonas grises de actuación por los servicios secretos, aumentando la transparencia y la rendición de cuentas. Veamos si es verdaderamente así.

2. DERECHOS FUNDAMENTALES, SEGURIDAD Y GARANTÍA JUDICIAL

2.1. Dimensión constitucional: el juez garante

El modelo de protección de derechos propio de la Europa Continental (Alemania o Francia) donde es la sumisión a la ley de la organización administrativa el mecanismo de garantía del patrimonio político subjetivo, es decir, de los derechos y libertades del sujeto, frente

serán reintegrados al Centro Nacional de Inteligencia para su debida custodia, sin que se puedan retener originales, copias o reproducciones.⁴ La Comisión a que se refiere este artículo conocerá de los objetivos de inteligencia establecidos anualmente por el Gobierno y del informe que, también con carácter anual, elaborará el Director del Centro Nacional de Inteligencia de evaluación de actividades, situación y grado de cumplimiento de los objetivos señalados para el período anterior». Una visión crítica con el modelo de control parlamentario lo pone de manifiesto REVenga SÁNCHEZ al señalar que dicho control adolece de una normativa que permita una supervisión eficaz sobre la actividad de inteligencia, dando la sensación, que el autor plantea, de una cierta improvisación en el modo de actuar de la comisión de control. *Vid. El control del Centro Nacional de Inteligencia: Una perspectiva comparada*, Revista Española de Derecho Constitucional n.º 116, mayo-agosto 2019, págs. 18-30.

¹⁰ A través de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos de Inteligencia prevista en el art. 6 de la 11/2002, teniendo presente lo que con referido a su composición y uso del Decreto-Ley para reformarla ha señalado la STC 110/2021, de 13 de mayo, singularmente los FJ 6.^º, 7.^º y 8.^º.

¹¹ Cfr. con lo señalado por BASTIDA FREIJEDO, Francisco J., *La inviolabilidad del Rey y las interceptaciones ocasionales*, Amicus Curiae 2012, págs. 5-6.

al sistema anglosajón donde la garantía de los derechos del sujeto, arrancados al poder político y regio, viene dada por la intervención del Juez¹², optando nuestro sistema jurídico-constitucional por una perspectiva mixta donde la sumisión a la Ley de la Administración se garantiza en diversos preceptos constitucionales (arts. 9.1, 103.1 Constitución Española en adelante CE), pero también se ocupa de señalar en el art. 117.4 CE, que además de funciones de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, corresponde a los jueces **actuar en garantía de los derechos** que «...expresamente les sean atribuidas por la Ley...».

La sumisión a la ley¹³ en el desarrollo de la función primordial de juzgar es esencial en tanto que el Juez no lleva a cabo una actividad creadora de la norma, misión atribuida al legislativo, sino «interpretadora» de la misma norma a la que se ve sometido, actuando como un tercero que resuelve la contienda. Así «El juez es un tercero extraño a la contienda que no comparte los intereses o las pasiones que combaten entre sí, y que desde el exterior examina el litigio con serenidad y despego; es un tercero inter partes, o mejor aún, supra partes»¹⁴. Adicionalmente, a la función de árbitro-decisor de la contienda, se le une la función de garante como órgano que autoriza una limitación de derechos fundamentales, sin ámbitos de inmunidad por parte del Ejecutivo en la afectación de aquellos que resultan claves en un sistema democrático (la intimidad, la libertad de comunicaciones o la libre deambulación), función que puede operar desde una óptica tanto no penal, como penal, siendo ésta campo de tensión entre los derechos de los ciudadanos e intervención de las autoridades.

Así **desde la perspectiva no penal**, nuestro Tribunal Constitucional (en adelante TC) ha visto, entre otras, como funciones de garantía de derechos que ostenta el Juez la llamada *jurisdicción voluntaria*¹⁵ o

¹² *Vid. QUINTERO OLIVARES*, Gonzalo, *La Justicia Penal en España*, Editorial Aranzadi, Navarra, 1998, pág. 59. En relación a su función en los diferentes modelos europeos, *vid. SALAS*, Denis, *The role of judge*, en «European Criminal Procedures», DELMAS—MARTY, Mirelle, SPENCER J.R (editors), Cambridge University Press, 2005, págs. 531-532.

¹³ Que como acertadamente señala FERRAJOLI no es «...como en el viejo paradigma positivista, sujeción a la letra de la ley, cualquiera que fuera su significado, sino sujeción a la ley en cuanto válida, es decir coherente con la Constitución». *Vid. Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Editorial Trotta, Madrid, 2006, pág. 26.

¹⁴ *Vid. CALAMANDREI*, Piero, *Proceso y democracia*, Ediciones Olejnik, Argentina, 2018, pág. 44.

¹⁵ Como refleja la STC 93/1983, de 8 de noviembre, donde se diferencia entre funciones de garantía de derechos del sujeto y de aquellas donde la responsabilidad del Juez es dictar una resolución fondo «...Aun cuando la respuesta a tal cuestión resulta de las consideraciones anteriores, debemos precisar ahora que la función

los supuestos de intervención de la autoridad judicial en el seno de la *Administración Electoral*¹⁶. A estas podemos añadir igualmente función de garantía judicial ante la *solicitud de entrada en domicilio dentro del marco de ejecución administrativo* (art. 100.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común en relación, igualmente, con el art. 8.6 de la Ley 29/1998, de 13 de julio reguladora de la Jurisdicción Contenciosa-administrativa)¹⁷. Estas funciones están destinadas a defender los derechos de los ciudadanos frente a la Administración Pública mediante el control judicial de determinadas decisiones¹⁸ actuando como filtro para evitar la arbitrariedad de los poderes públicos¹⁹. Pues bien, a estos supuestos paradigmáticos se

encomendada al Juez, en este caso, no es la de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, sino que, al ser concebida el modo de la jurisdicción voluntaria, ha de incluirse entre las funciones que, de acuerdo con el art. 117.4 de la Constitución, puede atribuir la Ley expresamente al Juez en garantía de cualquier derecho. Por eso, al hacerse contencioso el expediente, queda a salvo el derecho de las partes para formular su pretensión en el proceso correspondiente y obtener la tutela judicial de fondo...» (FJ 3.º). La cursiva es mía.

¹⁶ Así la STC 24/90, de 15 de febrero, que señala «... y configura un sistema electoral, peculiar en relación con los de otros países, pero ni menos democrático ni menos garantista que aquellos, y caracterizado, por lo que aquí importa destacar: a) por descansar en una Administración Electoral (art. 8 LOREG), integrada por Juntas compuestas en su mayoría por Magistrados y Jueces y en todo caso presidida por ellos, designados siempre por insaculación...es decir que nos hallamos ante un verdadero proceso en el que obviamente rigen los derechos fundamentales de las partes ex art. 24 CE por lo que las iniciativas o facultades que se reconocen al órgano judicial en atención a la búsqueda del resultado real de la contienda electoral nunca podrán ir contra los derechos fundamentales de las partes del proceso» (FJ 2.º). La cursiva es mía.

¹⁷ Así en la STC 22/1984, de 17 de febrero, se señala, a propósito de la necesidad de autorización judicial para la entrada en el domicilio de un ciudadano que «De la facultad que el titular del derecho sobre el domicilio tiene de impedir la entrada en él es consecuencia que la resolución judicial o la resolución administrativa que ordenan una ejecución que sólo puede llevarse a cabo ingresando en un domicilio privado, por sí solas no conllevan el mandato y la autorización del ingreso, de suerte que cuando éste es negado por el titular debe obtenerse una nueva resolución judicial que autorice la entrada y las actividades que una vez dentro del domicilio pueden ser realizadas» (FJ 5.º). La cursiva es mía.

¹⁸ *Vid.* la STC 160/91, de 18 de julio, en su FJ 9.º en el sentido de que basta una única resolución judicial pues «...Ha de concluirse, pues, que, una vez recaída una resolución judicial que adquiera firmeza y que dé lugar, por su naturaleza y contenido, a una entrada domiciliaria, tal resolución será título bastante para esa entrada, y se habría cumplido la garantía del art. 18 C.E» (FJ 9.º). La cursiva es mía. En este sentido, la necesidad de ulterior control judicial de las decisiones de la Administración que pudieran afectar a los derechos fundamentales de los ciudadanos, se ha reafirmado en otras resoluciones del Tribunal Constitucional tales como la STC 115/87 de 7 de julio (FJ 3.º) o la STC 76/1992 de 14 de mayo (FJ 3.º). La cursiva es mía.

¹⁹ DE LLERA SUÁREZ-BARCENA señala que la intervención judicial en garantía de derechos «...se concibe con la finalidad de amparar al titular de un derecho amenazado o lesionado por otro sujeto distinto mediante un acto de tutela jurídica a cargo del juez que le es pedida por algún interesado, lo que equivale a

suscita la duda de si debemos incluir la intervención del Magistrado de la Sala II o III del Tribunal Supremo ante las solicitudes que le sean remitidas por parte del Centro Nacional de Inteligencia (CNI) para la *intromisión en domicilio o en las comunicaciones* (art. Único. 1 de la Ley 11/2002, de 6 de mayo), donde se autoriza una vulneración de derechos fundamentales (arts. 18.2 y 3 Constitución) al margen de todo procedimiento de indagación penal, cuestión que examinaremos en los epígrafes siguientes.

En el seno del **proceso penal** el Juez actúa también como garante de los derechos fundamentales del ciudadano, singularmente en el procediendo de instrucción (ya sea sumario ordinario, procedimiento abreviado o enjuiciamiento inmediato de delitos), en tanto que a través de aquella función cumple la finalidad de la tutela judicial efectiva (STC 1/1985, 9 de enero, FJ 4.º). Así, la vulneración de los derechos fundamentales en el ámbito penal exige, como ha apuntado el TC, la *necesidad de proporcionalidad* en su adopción, pero también *legalidad*²⁰, *resolución judicial por auto motivado*²¹, *idoneidad de la medida*, *necesidad y proporcionalidad estricta* lo que implica una ponderación respecto de lo excesivo o no de la medida²² que debe de estar orde-

decir que la intervención del Juez en garantía de un derecho presupone las garantías propias del proceso o al menos, de una decisión o juicio imparcial». *Vid. El modelo constitucional de investigación penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pág. 126.

²⁰ Dice la STC 133/87, de 21 de julio, «...De todo ello se deduce que el principio de legalidad en el ámbito del derecho sancionador estatal implica, por lo menos, estas tres exigencias: *La existencia de una ley (lex scripta); que la ley sea anterior al hecho sancionado (lex previa), y que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado (lex certa)*; lo que significa un rechazo de la analogía como fuente creadora de delitos y penas, e impide, como límite a la actividad judicial, que el Juez se convierta en legislador. Este Tribunal ha hecho referencia a esta configuración del principio de legalidad contenido en el art. 25.1 de la C.E. en diversos pronunciamientos. Así, *ha establecido, por una parte, la necesidad de la ley previa y, como consecuencia de ella, la prohibición de extensión analógica del Derecho penal, al resolver sobre los límites de la interpretación de los textos legales del Código Penal (por ejemplo, en sus SSTS 89/1983; 75/1984; 159/1986)...*» (FJ 4.º). La cursiva es mía.

²¹ Refleja la STC 47/2000, de 17 de febrero, «Conviene recordar también que el control que este Tribunal puede hacer de la motivación de la resolución limitativa de la libertad personal no se extiende a los antecedentes fácticos justificativos de la medida cautelar, sino únicamente a constatar *si existe motivación suficiente y razonada y si la misma ha ponderado los derechos e intereses en conflicto*, resolviendo de forma no arbitraria y acorde con los fines que justifican la limitación cautelar de la libertad personal (SSTC 128/1995, FJ 4.º, y 14/1986, de 10 de enero, FJ 4.º) (FJ 7.º). La cursiva es mía.

²² **Doctrinalmente**, y de manera extensa, *vid. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO*, Nicolás, *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Editorial Colex, Madrid, 1990, págs. 69-106 y 141-282. En el marco de la investigación, *vid.* la síntesis que se realiza en *GUTIÉRREZ ZARZA*, Ángeles con otros autores, *Proporcionalidad y medios de investigación penal*, «Hacia un catálogo de buenas

nada hacia un fin constitucionalmente legítimo²³. Hay que recordar que la función de garantía de los derechos ni debe menoscabar la función judicial propiamente dicha ni la de otros poderes del Estado, desnaturalizando el cometido propio de los Tribunales, extendiendo sus competencias a ámbitos ajenos²⁴.

En suma, el Juez se sujeta a la norma constitucional, a la par, reitero, que es **instrumento de garantía** y «En esta sujeción del Juez a la Constitución y, en consecuencia su papel de garante de los derechos fundamentales, constitucionalmente establecidos, está el principal fundamento actual de la legitimación de la jurisdicción y de la independencia del poder judicial de los demás poderes, poder legislativo y ejecutivo, aunque sean o precisamente porque son poderes de mayoría (...) En consecuencia, el fundamento de la legitimación del poder judicial y de su independencia no es otra cosa que el valor de igualdad como igualdad en *droits*: puesto que los derechos fundamentales son de cada uno y de todos, su garantía exige un juez imparcial e independiente, sustraído a cualquier vínculo con los poderes de mayoría y en condiciones de censurar, en su caso, como inválidos o como ilícitos, los actos a través de los cuales aquellos se ejercen»²⁵.

2.2. La seguridad pública y la función judicial de garantía

La denominada competencia en materia de «Seguridad Pública», de exclusividad estatal, sin perjuicio de la intervención de las Policías Autonómicas, se sustenta en el art. 149.1. 29.^a CE y entraña con las funciones policiales de investigación de un hecho tipificado como delito del que se encargan las agencias de seguridad²⁶ que dependen del Gobierno en virtud del art. 104 CE pero, igualmente, en el supuesto de la persecución delictiva la dependencia también se establece respecto de Magistrados, Jueces y Fiscales ex. art 126 CE²⁷. Ahora bien, la «seguridad pú-

prácticas para optimizar la investigación judicial», PORRES ORTIZ DE URBINA, Eduardo (Dir.), Manuales de Formación Continuada n.º 46 Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2009, pág. 406.

²³ *Vid.* la STC 178/85, de 19 de diciembre, FJ 3.^º

²⁴ *Vid.* la STC 70/2022, de 2 de junio, FJ 6.^º

²⁵ *Vid.* FERRAJOLI, *Derechos y garantías...*, op. cit., pág. 27.

²⁶ Aunque no hay una identificación plena entre «Policía» y «Seguridad Pública» como se ha encargado de poner de manifiesto nuestro TC en la STC 174/2000, 1 de junio, FJ 6.^º.

²⁷ Resulta que lo dispuesto en el art. 104 de la CE se refiere a la Policía Gubernativa (destinada al mantenimiento del orden público, seguridad, coacción y prevención) mientras que el art. 126 de la CE distingue la función de la Policía Judicial y su dependencia. *Vid.*, DOMINGUEZ-BERRUETA DE JUAN, Miguel, FERNANDO

blica» dista de verse configurada y delimitada en torno a una definición única pues existen otros conceptos que periféricamente se entrometen, con mayor o menor sentido como «orden público» o «seguridad ciudadana» o incluso «seguridad privada»²⁸. **Jurisprudencialmente**, nuestro TC la ha «...entendido como actividad dirigida a la protección de personas y bienes y al mantenimiento de la tranquilidad y el orden ciudadano, según pusimos de relieve en las STC 33/1982, 117/1984, 123/1984 y 59/1985, engloba, como se deduce de estos pronunciamientos, un conjunto plural y diversificado de actuaciones, distintas por su naturaleza y contenido, aunque orientadas a una misma finalidad tuitiva del bien jurídico así definido» (STC 104/1989, de 8 de junio, FJ 3.^º) y dentro de ella, de la seguridad pública así entendida, se incluye la «actividad policial» como uno de sus contenidos (STC 175/1999 de 30 de septiembre, FJ 7.^º o la STC 86/2014, de 29 de mayo FJ 4.^º) y dentro de la actividad policial se encuentra la investigación de hechos delictivos que la STC 303/93 de 25 de octubre precisa al señalar «A la Policía judicial, más que realizar actos de prueba, lo que en realidad le encomienda el art. 126 de la Constitución es la «averiguación del delito y descubrimiento del delincuente», esto es, la realización de los actos de investigación pertinentes para acreditar el hecho punible y su autoría» (FJ 4.^º).

PABLO, Marcos, FERNANDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, Dionisio, NEVADO MORENO, Pedro T., *Constitución, Policía y Fuerzas Armadas*, Marcial Pons-Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 1997, págs. 325-364. En este sentido, la STC 55/90, de 28 de marzo, señala que la constitucionalmente se configura «...a la policía como un servicio público para la Comunidad, lucha contra la criminalidad, el mantenimiento del orden y la seguridad pública y la protección del libre ejercicio de los derechos y libertades...» (FJ 5.^º). La cursiva es mía.

²⁸ Asunto tratado magníficamente en la monografía CASINO RUBIO, Miguel, *Seguridad Pública y Constitución*, Editorial Tecnos, Madrid, 2015. La propia EM de la Ley Orgánica de Protección y Seguridad Ciudadana 4/2015, 30 de marzo «La Constitución Española de 1978 asumió el concepto de seguridad ciudadana (artículo 104.1), así como el de seguridad pública (artículo 149.1.29.^a). Posteriormente, la doctrina y la jurisprudencia han venido interpretando, con matices, estos dos conceptos como sinónimos, entendiendo por tales la actividad dirigida a la protección de personas y bienes y al mantenimiento de la tranquilidad ciudadana...». Sobre la necesidad de una evolución conceptual de la «Seguridad» y la reforma constitucional para contemplar otros conceptos (humana, alimentaria, sanitaria o ambiental). *Vid.* AGUDO ZAMORA, Miguel, con otros autores, *Reflexiones sobre constitucionalismo y seguridad* en «Estudios sobre la Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana» IZQUIERDO CARRASCO, Manuel; ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucia (Dir.), Editorial Aranzadi, Navarra, 2019, págs. 171-190. Los Principios de Siracusa sobre las disposiciones de limitación y derogación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Naciones Unidas /Consejo Económico y Social. Comisión de Derechos Humanos 41.^º Período de sesiones. Nota verbal de 24 de agosto de 1984 (Clausula 23), han optado por separar aquella del concepto de «seguridad nacional» indicando que «...significa protección contra los peligros para la seguridad de las personas, su vida o su integridad física, o contra los daños graves a sus bienes». La cursiva es mía.

La función de «Policía Judicial», recogida en el art. 282 LECRIM, y con una dependencia orgánica del Gobierno y funcional de la autoridad judicial, enmarcada en la ya señalada «Seguridad Pública», se nutre del trabajo operativo y recopilación de información de Policía Nacional y la Guardia Civil²⁹, del Servicio de Vigilancia Aduanera³⁰ y de las diversas Policias Autonómicas con modelo integral³¹ como Cataluña³², Navarra³³ y el País Vasco³⁴, **creándose una «Comunidad**

²⁹ Ambas encabezadas por un Director General con rango de Subsecretario, dentro del Ministerio de Interior, con sus Directores Adjuntos Operativos, Subdirecciones, Gabinetes y Jefaturas y singularmente con sus órganos de Policía Judicial, pero también con **sus Servicios de Información** tal y como se pone de manifiesto en los arts. 3 y 4 del RD 734/2020, de 4 de agosto.

³⁰ *Vid.* el RD 319/1982, de 12 de febrero, por el que se reestructura y adscribe directamente el Servicio de Vigilancia Aduanera que depende del Ministerio de Hacienda como una suerte de Policía Fiscal. Hay que recordar el Acuerdo no jurisdiccional de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo, de 14 de noviembre de 2003 en cuanto a la consideración genérica de Policía Judicial del Servicio de Vigilancia Aduanera y la validez procesal de sus actuaciones, recordando su participación en delitos de contrabando y blanqueo de capitales.

³¹ *Vid.* la STC 184/2016, de 3 noviembre, FJ 4.^º En la actualidad sólo 7 de las Comunidades Autónomas prevén Estatutariamente la creación de una Policía Autonómica: País Vasco, Cataluña, Navarra, Galicia, Valencia, Canarias y Andalucía.

³² *Vid.* grosso modo tanto la Ley 10/1994, de 11 de julio como la estructura que resulta del Decreto 415/2011 de 13 de diciembre donde, se pone de manifiesto la organización de la Policía Autonómica Catalana que comprende una Dirección General, una Jefatura de Policía de la que dependen: a) La Comisaría Superior de Coordinación Central. b) La Comisaría Superior de Coordinación Territorial. c) La Comisaría General Técnica de Planificación de la Seguridad. d) La Sala Central de Mando. A su vez de la Comisaría Superior de Coordinación Central depende: a) La Comisaría General de Investigación Criminal. b) La Comisaría General de Recursos Operativos. c) La Comisaría General de Movilidad. d) **La Comisaría General de Información**. De esta última dependen, a su vez las siguientes Unidades: a) El Área Central de Información Interior. b) El Área Central de Información Exterior. c) El Área de Información. d) El Área Central de Análisis. e) El Área de Medios Técnicos. f) La Unidad Central de Información en Orden Público. g) La Oficina de Apoyo (arts. 17,18 y 48 del Decreto). La letra en negrilla es mía.

³³ *Vid.* a grosso modo la Orden Foral 174/2016 de 11 de octubre, arts. 1 y ss., que hace depender del Área de Investigación Criminal: a) **La División de Información**. b) La División de Policía Científica. c) La División de Policía Judicial. d) El Grupo de Apoyo Tecnológico. e) El Grupo de Denuncias y Atención Ciudadana. A su vez de la División de Información dependen: a) La Brigada de Análisis e Inteligencia. b) El Grupo de Investigación. De la División de Policía Científica dependen a) Brigada Criminalística de Campo. b) Brigada Criminalística de Laboratorio. y de la División de Policía Judicial dependen a) Brigada de Delitos Económicos y contra el Patrimonio. b) Brigada de Delitos contra las Personas. c) Brigada Asistencial. d) Brigada de Policía Judicial Norte. e) Grupo de Delitos contra la Salud. f) Grupo de Delitos Informáticos. Resulta igualmente de interés las Leyes 8/2006 de 20 de junio y de 17/2018 de 3 de julio sobre seguridad pública. La letra en negrilla es mía.

³⁴ *Vid* grosso modo la Orden de 18 de noviembre de 2021 del Vicelehendakari Primero y Consejero de Seguridad por el que se aprueba la estructura de la Ertzaintza, y que establece una dependencia directa del Director de la Policía de la Jefatura

Policial de Inteligencia» donde el Centro de Inteligencia para el Terrorismo y Crimen Organizado (CITCO), que se encuentra incardinado en el Ministerio del Interior, se encarga de «Recibir, integrar y analizar informaciones y análisis operativos que sean relevantes o necesarios para elaborar la correspondiente *inteligencia criminal estratégica* y de prospectiva, tanto en su proyección nacional como internacional, integrando y canalizando, de manera coordinada, a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y, en su caso, a otros organismos que se determine, toda la información operativa que reciba o capte»³⁵, tratando la información para analizarla y crear inteligencia, y canalizarla para la investigación delictiva.

La recopilación policial de **información-inteligencia**, derivada, entre otros fenómenos, de la actuación de organizaciones criminales³⁶ o grupos terroristas, busca prevenir anticipadamente la comisión de hechos delictivos, pero fundamentalmente sirve para instrumentar un proceso penal de instrucción³⁷ (art. 299 LECRIM) donde se le facilita al Juez datos que le sirvan para la toma de decisiones oportunas pero que van acompañadas de una previa limitación de los derechos fundamentales (inviolabilidad domiciliaria, de las comunicaciones, control de los movimientos deambulatorios entre otros) para su obtención. Así la investigación penal, que se ve regida en sus pasos por

de Cooperación Exterior y la Jefatura de Asuntos Internos mientras subordina a la Jefatura de Policía la División de Investigación Criminal, la División de Protección Ciudadana y la **Oficina Central de Inteligencia** así como el Centro de Mando y Control, el Servicio de Coordinación y la Secretaría General, dividiendo las Divisiones y la Oficina Central de Inteligencia en Jefaturas Centrales, Territoriales, Unidades y Servicios. A esta orden añadimos el Decreto Legislativo 1/2020, de 22 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Policía del País Vasco. La letra en negrilla es mía.

³⁵ *Vid.* el art. 2.3 del RD Real Decreto 734/2020, de 4 de agosto de estructura del Ministerio de Interior en relación con el art.2.3 del Real Decreto 146/2021, de 9 de marzo que lo modifica. La cursiva del párrafo es mía.

³⁶ SANSO-RUBERT PASCUAL (coord..) define la inteligencia criminal indicando que no es mas que un tipo de inteligencia útil para obtener, evaluar e interpretar información y difundir la inteligencia necesaria para proteger y promover los intereses nacionales de cualquier naturaleza frente al crimen organizado con pretensión preventiva con relación a aquellos sujetos pongan en riesgo, amenacen o atenten contra el ordenamiento jurídico constitucional, los derechos y libertades. *Cfr.* con otros autores *Estrategias de seguridad, criminalidad e inteligencia criminal: Una apuesta de futuro* en «Cuestiones de inteligencia en la sociedad contemporánea» FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, PULIDO GRAJERA, Julia, MONSALVE, Rafael (Coord.), Servicio de Publicaciones del Ministerio de Defensa, Madrid, 2011, pág. 214.

³⁷ *Vid.* en relación a la naturaleza de la instrucción, la STS 228/2015, de 21 de abril, de la Sala II (Ponente: Martínez Arrieta) que ha su carácter mixto judicial-administrativo en la parte de investigación lo que permite la participación de otros órganos como la Policía y la Fiscalía (FJ 1.º).

la normativa procesal, atribuye a la autoridad judicial la potestad de habilitar la injerencia en los derechos fundamentales de los investigados, comisionando a la Policía Judicial, con el propósito de nutrir la causa procesal de cara a decidir sobre la posible apertura de un juicio donde están destinadas a surtir sus efectos como pruebas bien de cargo, bien de descargo, respecto de los acusados³⁸.

Por tanto, no podemos hablar propiamente de «gobernanza democrática» de la actividad de inteligencia policial para la represión de hechos delictivos porque no afecta tanto a la estructura del «Estado Democrático» como propiamente, podríamos decir, al «Estado de Derecho», de ahí que no haya participación del Legislativo en la supervisión de la represión operativa de los hechos delictivos, correspondiendo al Ejecutivo una potestad de control sobre las fuerzas policiales que se limita al aspecto organizativo y disciplinario³⁹ pero no en el plano verdaderamente importante que es la autorización limitativa de derechos fundamentales pues ésta es de estricta titularidad judicial quien, cumpliendo con las tareas de dirección de la actividad administrativa de investigación, **satisface objetivos de política criminal**⁴⁰ por cuanto la persecución de delincuentes **trae consigo el mantenimiento de la seguridad pública**⁴¹. Ahora bien, su modo de

³⁸ Señala CAMPOS NAVAS que la investigación policial es la «principal fuente de introducción de elementos de averiguación y prueba de la mayor parte de los delitos» junto con las investigaciones de otros órganos especializados. *Vid. Iniciativa, obtención y acopio de los medios de prueba en el proceso penal*, Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal I, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, Madrid, 2002, pág. 69.

³⁹ El art. 298 LECRIM establece que «Los Jueces de instrucción y los Fiscales calificarán en un registro reservado el comportamiento de los funcionarios que bajo su inspección prestan servicios de Policía judicial; y cada semestre, con referencia a dicho registro, comunicarán a los superiores de cada uno de aquéllos, para los efectos a que hubiere lugar, la calificación razonada de su comportamiento. Cuando los funcionarios de Policía judicial que hubieren de ser corregidos disciplinariamente con arreglo a esta Ley fuesen de categoría superior a la de la Autoridad judicial o fiscal que entendiesen en las diligencias en que se hubiere cometido la falta, se abstendrán éstos de imponer por sí mismos la corrección, limitándose a poner lo ocurrido en conocimiento del jefe inmediato del que debiere ser corregido». La cursiva es mía.

⁴⁰ *Vid.* acerca de la relación Jueces y política criminal, BRUZZONE, Gustavo A., *El Juez Penal en el control de la política criminal*, en «Dogmática y Ley Penal» (Libro homenaje a Enrique Bacigalupo Zapater), T. II, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, ZUGALDIA ESPINAR, José Miguel (Coords.), Marcial Pons, Madrid, 2004, págs. 1305-1306.

⁴¹ *Vid.* en este sentido, RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ignacio, *La Policía Judicial como función de investigación y su ejercicio por funcionarios no pertenecientes a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. El caso de los agentes forestales*, Boletín de Información del Ministerio de Justicia n.º 2039, 2007 pág. 8.

proceder a la hora de limitar los derechos fundamentales en el curso de una instrucción penal exige requisitos estrictos.

La autorización, como primer elemento, de la limitación de un derecho fundamental viene prevista en sus principios y requisitos en una **norma legal con rango de Ley Orgánica**⁴². En segundo lugar, la injerencia en un derecho fundamental viene dada por la existencia de **indicios previos de un hecho delictivo** que justifica su vulneración pues **no caben las investigaciones prospectivas**⁴³, sino con previas actuaciones que motiven la apertura de una causa y habiliten a la autoridad judicial competente para adoptar una decisión bien de oficio a través de resolución motivada bajo la forma de auto⁴⁴, bien a petición de la Policía Judicial, o del Ministerio Fiscal, sujeto a unos indicios delictivos relativamente concretos⁴⁵, e igualmente resuelta bajo la forma de auto motivado. Acordar la medida, en particular una interceptación de comunicaciones, **exige un dictamen del Ministerio Fiscal**⁴⁶, coherente con las exigencias de su Estatuto Orgánico (en adelante EOMF) en su art. 3.3, con lo que hay un agotamiento de todas las cautelas en lo que a garantías se refiere.

⁴² *Vid.* Ley 13/2015 de 5 de octubre de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que implica la introducción más precisa, en cuanto a sus requisitos, de mecanismos de vulneración de los derechos fundamentales.

⁴³ *Vid.* la STS 9215/2011, de 16 de diciembre, de la Sala II (Ponente: Varela Castro) en su FJ 2.^º

⁴⁴ Ex. art. 303.I. LECRIM que permite al Juez iniciar de oficio la formación de sumario, en relación con el art 588 bis b de la LECRIM. En relación a la necesaria motivación de la resolución que se dicte, *vid.* SSTC 126/1995, de 25 de julio, FJ 2; 139/1999, de 22 de julio, FJ 2; en idéntico sentido, SSTC 290/1994, de 27 de octubre, FJ 31; 50/1995, de 23 de febrero, FJ 5; 41/1998, de 24 de febrero, FJ 34; 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 10; 8/2000, de 17 de enero, FJ 4.

⁴⁵ Como apunta la Circular 1/2019 FGE, *sobre disposiciones comunes y medidas de aseguramiento de las diligencias de investigación tecnológica en la Ley de Enjuiciamiento Criminal* de la FGE «El art. 588 bis b.2.1.^º exige que se haga constar la descripción del hecho objeto de investigación en la solicitud que se presente al Juez. A pesar de que no se exige expresamente la calificación jurídica (que sí se recoge en el art. 588 bis c.3.a para la resolución), será necesaria su inclusión en la solicitud, al menos con carácter indiciario y de acuerdo con los datos de los que se disponga en ese momento. A esta conclusión se llega si se atiende a que algunas medidas de investigación tecnológica únicamente pueden ser adoptadas cuando el delito investigado sea uno de los específicamente previstos, como ocurre en los casos de interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas (art. 588 ter a), la captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos (art. 588 quater b.2.a) y los registros remotos sobre equipos informáticos (art. 588 septies a.1) ...».

⁴⁶ Ex. art. 588 bis c) LECRIM. También la Circular 1/2019 de la FGE en relación a las interceptaciones donde sitúa al Fiscal como garante de los derechos fundamentales.

La presencia judicial implica la **garantía del derecho de defensa** para el propio investigado⁴⁷, a quien previamente se le ha atribuido este status⁴⁸ ya sea de manera secreta, ya sea comunicada y basada en una sospecha inicial seria⁴⁹. El derecho de defensa del investigado es el principal, aunque no único, derecho fundamental objeto de protección judicial en el proceso penal indagatorio⁵⁰ porque la función de garantía también se traduce en la autorización de **limitaciones y vulneraciones de la libertad personal**⁵¹ (art. 17 CE), **de la intimidad**⁵²

⁴⁷ Vid la STC 186/90, de 15 de noviembre (FJ 5.º).

⁴⁸ Cfr. en este sentido, CARNELUTTI, Francesco, *Cuestiones sobre el proceso penal*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1961, pág. 136 en cuanto que la imputación es un «acto procesal»

⁴⁹ Vid. BACIGALUPO ZAPATER, Enrique con otros autores, *La noción de un proceso penal con todas las garantías* en «Derechos procesales fundamentales», GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADÍ, Faustino; LÓPEZ LOPEZ, Enrique (Coord.), Manuel de Formación Continua n.º 22, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, págs., 497-501.

⁵⁰ Esta intervención garantista por parte del Juez, en tanto órgano del Estado, no supone, aunque parezca una obviedad, en ningún caso el desempeño de tarea alguna de defensa por su parte, por cuanto, como señala MORENO CATENA, el concepto de defensa perdería todo sentido, pues sin la presencia del inculpado aquella parecería encaminada a tutelar el Derecho objetivo y no a tutelar los derechos del inculpado. *Vid. La defensa en el proceso penal*, Editorial Civitas, Madrid, 1982, pág. 30.

⁵¹ Determina STC 71/94, de 3 marzo, que dice «a) *No cabe desconocer, en primer lugar, la distinta entidad que, a estos efectos tienen las dos exigencias sustantivas («necesaria intervención judicial», de una parte, y «adecuado control parlamentario», de la otra) inscritas en este art. 55.2 C.E. La primera exigencia —la inexcusable mediación jurisdiccional— se presenta, con claridad plena, como condición de validez de todas y cada una de las medidas concretas de suspensión de derechos permitidas, a través de esta Ley Orgánica, por la Constitución (...)* Se sigue de ello que así como la garantía de la necesaria intervención judicial resulta contenido inexcusable de dicha Ley Orgánica, como instrumento de preservación que es de derechos individuales...» (FJ 3.º). La cursiva es mía. En la protección de este derecho no hay distinciones de nacionalidad pues tal y como lo refleja la STC 115/87, de 7 de julio, «Respecto a esta última disposición tanto el recurrente como el Letrado del Estado están de acuerdo en que afecta al derecho a la libertad del art. 17 de la Constitución, el cual es un derecho inherente a la persona humana, de aquellos que según la STC 107/1984, de 23 de noviembre, corresponden por igual a españoles y extranjeros» (FJ 1.º).

⁵² La STC 37/89, de 15 de febrero, señala que «*La Constitución garantiza la intimidad personal (art. 18.1), de la que forma parte la intimidad corporal, de principio inmune, en las relaciones jurídico-públicas que ahora importan, frente a toda indagación o pesquisa que sobre el cuerpo quisiera imponerse contra la voluntad de la persona, cuyo sentimiento de pudor queda así protegido por el ordenamiento, en tanto responda a estimaciones y criterios arraigados en la cultura de la comunidad (...)* Tal afectación del ámbito de la intimidad es posible sólo por decisión judicial que habrá de prever que su ejecución sea respetuosa de la dignidad de la persona y no constitutiva, atendidas las circunstancias del caso, de trato degradante alguno (arts. 10.1 y 15 de la Constitución)» (FJ 7.º). La cursiva es mía.

(art.18.1 CE), **de la inviolabilidad domiciliaria**⁵³ (art.18.2 CE), **del secreto de las comunicaciones**⁵⁴ (art. 18.3 CE) y también la **libertad de circulación o movimientos**⁵⁵(art. 19 CE), derechos fundamentales con mayores probabilidades de entrar en colisión con las exigencias

⁵³ Apunta la STC 22/2003, de 10 de febrero, en sus fundamentos jurídicos tercero y cuarto que «(..) se posibilita la entrada o registro domiciliario únicamente sobre la base de una resolución judicial. La garantía judicial aparece así como un mecanismo de orden preventivo, destinado a proteger el derecho, y no como en otras intervenciones judiciales previstas en la Constitución a reparar su violación cuando se produzca. La resolución judicial, pues, aparece como el método para decidir, en casos de colisión de valores e intereses constitucionales, si debe prevalecer el derecho del art. 18.2 CE u otros valores e intereses constitucionalmente protegidos» (STC 160/1991, de 18 de julio, FJ 8). (...) *Esa exigencia de motivación constituye la vía de verificación de que la actuación judicial ha operado como «garantía de la excepcionalidad de la injerencia permitida por el art. 18.2 CE y, en todo caso, como garantía de la proporcionalidad de la restricción de todo derecho fundamental»* (STC 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 10, y citándola STC 8/2000, de 17 de enero, FJ 4)» (FJ 3.^º y 4.^º). La cursiva es mía.

⁵⁴ Incluso en aquellos supuestos en los que existiera ausencia de específica previsión legal, **algo que ya apunté, ha venido a ser colmado en el proceso penal en virtud de la Ley 13/2015 de 5 de octubre de reforma de la LECRIM** para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, respecto de una medida adoptada judicialmente es preciso que dicha resolución cumpla con una serie de requisitos y así la STC 49/99, de 5 de abril, respecto de la intervención de las comunicaciones señala "...los órganos judiciales, a los que el art. 18.3 de la Constitución se remite, hubieran actuado en el marco de la investigación de una infracción grave, para la que de modo patente hubiera sido necesaria, adecuada y proporcionada la intervención telefónica y la hubiesen acordado respecto de las personas presuntamente implicadas en el mismo, respetando, además, las exigencias constitucionales dimanantes del principio de proporcionalidad, no cabría entender que el Juez hubiese vulnerado, por la sola ausencia de dicha ley, el derecho al secreto de las comunicaciones..." (FJ 5.^º). La cursiva es nuestra. Es de destacar la función de garante del Juez de Vigilancia Penitenciaria frente a la intervención de las autoridades carcelarias en relación a los presos, singularmente en la posibilidad de intervención de comunicaciones. *Vid.* STC 199/1987, de 16 de diciembre, (FJ 11.^º), STC 58/1998, de 16 de marzo, (FJ 3.^º), STC 200/1997, de 24 de noviembre, (FJ 2.^º, 3.^º, 4.^º), STC 175/1997, de 27 de octubre, (FJ 3.^º), STC 128/1997, de 14 de julio, (FJ 5.^º). *Vid.* por su interés MARTINEZ ESCAMILLA, Margarita, *El papel del Juez de Vigilancia Penitenciaria en la intervención de las comunicaciones de los presos*, Revista de Derecho Penal y Criminología n.^º extraordinario 1, 2000, págs. 13-34. Específicamente se lleva a cabo la intervención a través del denominado **sistema SITEL** (*Vid.* la descripción que se recoge en la STS 1215/2009 de la Sala II, de 30 de diciembre, FJ 1.^º, Ponente: Martín Pallín).

⁵⁵ Apunta la STC 85/1989, de 10 de mayo, en su fundamento jurídico tercero, ha señalado la limitación de libertad de movimientos bajo los presupuestos legales pero mediante control judicial previo, así:"(..). *Y de otra parte, como este Tribunal ha dicho en supuestos similares al que nos ocupa (ATC 650/1984), la presentación ante el Juzgado, por ser una medida cautelar legalmente prevista, aunque ciertamente significa una restricción del derecho de libre elección de residencia, no constituye una vulneración al mismo aquella resolución judicial que, como ocurre en el presente caso, impone tal obligación dentro de los supuestos legales y en forma razonada en términos de Derecho...*». La cursiva es mía.

de la investigación y todos ellos pueden ser restringidos por decisión del Juez Instructor.

La vulneración que incida sobre los anteriores derechos, en forma de interceptaciones y grabaciones de conversaciones, entradas y registros, descubrimiento de datos o control de movimientos, entre otras medidas⁵⁶, exige que estemos en presencia no solo de un delito, sino que el **ilícito penal investigado debe ser grave**⁵⁷ pues solo aquellos que presentan un límite máximo de tres años, o mejor dicho comprendiendo en cualquier caso tres años, o más, y dolosos, junto con los delitos correlacionados con la criminalidad organizada y el terrorismo⁵⁸ pueden verse sometidos en su investigación a una injerencia estatal en su intimidad, privacidad de las comunicaciones o control de su libertad deambulatoria, porque si bien la Policía Judicial investiga con pleno respeto a los derechos fundamentales⁵⁹ no los garantiza, encargándose el Juez de supervisar esta actividad policial,

⁵⁶ *Vid.* la LECRIM y su regulación referida a la entrada y registro en un lugar cerrado (arts. 546, 558, 564. II y 566. I LECRIM), la detención de la correspondencia y apertura de la correspondencia escrita y telegráfica (arts. 579, 582 y 583 LECRIM) o la adopción de interceptación de medidas telefónicas y telemáticas o conocimiento de datos de tráfico o asociados (art. 588 bis b. y 588 bis c. en relación con 588 ter b. y j. LECRIM), acceso a datos necesarios para la identificación de usuarios, terminales y dispositivos de conectividad (art. 588 bis b. y 588 bis c. en relación con el art. 588 ter L, LECRIM), captación y grabación de comunicaciones mediante utilización de dispositivos electrónicos (art. 588 bis b. y 588 bis c. en relación con el art. 588 quater a. y quater c.), utilización de dispositivos técnicos de captación de la imagen, de seguimiento y localización (art. 588 bis b. y 588 bis c. en relación con el art. 588 quinque b.2 LECRIM), registro de dispositivo de almacenamiento masivo de información (art. 588 bis b. y 588 bis c. en relación con el art. 588 sexies c. LECRIM) y finalmente el registro remoto de equipos informáticos (uso de troyanos policiales) (art. art. 588 bis b. y 588 bis c. en relación 588 septies a. 2), que afectan a los derechos referidos a la intimidad y a la inviolabilidad de las comunicaciones del art. 18.2 y 18.3 CE.

⁵⁷ Como señalaba la STC 104/06, 3 de abril, «... *En este contexto, hemos de recordar que las intervenciones telefónicas respetan el principio de proporcionalidad cuando su finalidad es la investigación de una «infracción punible grave, en atención al bien jurídico protegido y a la relevancia social del mismo» [STC 166/1999, de 27 de septiembre, FJ 3 a)], de modo que la gravedad de la «infracción punible no puede estar determinada únicamente por la calificación de la pena legalmente prevista, aunque indudablemente es un factor que debe de ser considerado, sino que también deben tenerse en cuenta otros factores, como los bienes jurídicos protegidos y la relevancia social de aquéllas» (STC 299/2000, de 11 de diciembre, FJ 2)...» (FJ 3.º). La cursiva es mía.*

⁵⁸ Ex. Art. 579 LECRIM en relación 588 ter a) que recoge la interceptación de las comunicaciones telefónicas.

⁵⁹ Como ha puesto de manifiesto la STC 341/1993, de 18 de noviembre «...**La eficacia en la persecución del delito, cuya legitimidad es incuestionable, no puede imponerse, sin embargo, a costa de los derechos y libertades fundamentales**» (FJ 8.º). La negrilla es mía.

en gran medida secreta y «clandestina»⁶⁰, pues en esta fase preliminar no se comunica a los afectados-investigados la situación en la que se encuentra.

La limitación de derechos fundamentales está sujeta a un plazo de tiempo, en concreto un plazo de tres meses con prórrogas limitadas, pudiendo llegar hasta un máximo de 18 meses en relación a la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas⁶¹ y todo ello condicionándolo a que los hallazgos obtenidos que convenzan al Juez de la bondad de la continuación de la medida por parte de la Policía. Asimismo, una vez alzada la medida se garantiza el acceso a las partes, y a los otros intervenientes⁶², a las grabaciones obtenidas para que puedan ejercer su derecho de defensa. Y ello, teniendo en cuenta el plazo de un año para instruir el procedimiento indagatorio (art. 324.1 LECRIM).

⁶⁰ Conforme el art. 302 de la LECRIM. Apunta la STC 176/1988, 4 de octubre, en su FJ 3.º «En un nivel de mayor concreción, el secreto sumarial tiene por objeto impedir que el conocimiento e intervención del acusado en las actuaciones judiciales pueda dar ocasión a interferencias o manipulaciones dirigidas a obstaculizar la investigación en su objetivo de averiguación de la verdad de los hechos y constituye una limitación del derecho de defensa, que no implica indefensión, en cuanto que no impide a la parte ejercitarlo plenamente, cuando se deja sin efecto el secreto por haber satisfecho su finalidad. De ello se desprende que, en principio, el tiempo de duración del secreto del sumario no es dato relevante en orden a apreciar resultado de indefensión, ya que éste depende no del plazo en que se mantenga el secreto, sino de la ausencia de justificación razonable del mismo y de que no se conceda oportunidad posterior para defenderse frente a las pruebas que en él hayan sido practicadas». La cursiva es mía.

⁶¹ Ex. art. 588 ter g) en relación al art. 588 bs e) LECRIM.

⁶² Señala el art 588 ter i LECRIM «1. Alzado el secreto y expirada la vigencia de la medida de intervención, se entregará a las partes copia de las grabaciones y de las transcripciones realizadas. Si en la grabación hubiera datos referidos a aspectos de la vida íntima de las personas, solo se entregará la grabación y transcripción de aquellas partes que no se refieran a ellos. La no inclusión de la totalidad de la grabación en la transcripción entregada se hará constar de modo expreso.2. Una vez examinadas las grabaciones y en el plazo fijado por el juez, en atención al volumen de la información contenida en los soportes, cualquiera de las partes podrá solicitar la inclusión en las copias de aquellas comunicaciones que entienda relevantes y hayan sido excluidas. El juez de instrucción, oídas o examinadas por sí esas comunicaciones, decidirá sobre su exclusión o incorporación a la causa.3. Se notificará por el juez de instrucción a las personas intervenientes en las comunicaciones interceptadas el hecho de la práctica de la injerencia y se les informará de las concretas comunicaciones en las que haya participado que resulten afectadas, salvo que sea imposible, exija un esfuerzo desproporcionado o puedan perjudicar futuras investigaciones. Si la persona notificada lo solicita se le entregará copia de la grabación o transcripción de tales comunicaciones, en la medida que esto no afecte al derecho a la intimidad de otras personas o resulte contrario a los fines del proceso en cuyo marco se hubiere adoptado la medida de injerencia».

Adicionalmente, la LECRIM en el art. 282 bis reconoce la figura del «**agente encubierto**», medida de investigación llevada a cabo por miembros de la Policía Judicial, que se puede desarrollar a través del ámbito tecnológico, en canales de comunicación cerrados, pudiendo obtener imágenes y grabar conversaciones entre el agente y el investigado en un domicilio⁶³. Esta medida de infiltración, incluida la telemática, junto con la grabación y obtención de imágenes, es autorizada judicialmente, aunque existe una coparticipación con el Ministerio del Interior por cuanto es quien se encarga de otorgar la identidad supuesta temporalmente (seis meses prorrogables administrativamente por períodos de igual duración), pudiendo actuar bajo esa suerte de pantalla en el tráfico jurídico y social. La información que se obtenga deberá ser puesta a la mayor brevedad en conocimiento del Juez e, igualmente, si la conducta del agente infiltrado fuera potencialmente lesiva de los derechos fundamentales deberá ser igualmente autorizada judicialmente. Al margen de lo controvertido de esta figura⁶⁴, lo cierto es que se permite la infiltración con un propósito de investigación, pero sujeta a control judicial con rendición de cuentas, en que toda limitación que se produzca en materia de derechos fundamentales, igualmente, se ve constreñida a una autorización por parte del

⁶³ En relación a esta figura, *vid.* MORENO CATENA, Víctor, con CORTES DOMÍNGUEZ, Valentín, *Derecho Procesal Penal*, Tirant lo Blanch, 2017, págs. 264-269; ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, Rocío, *El policía infiltrado. Los presupuestos jurídicos del proceso penal español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010. *Vid.* también, la figura del agente encubierto en contraposición con el confidente y del agente provocador, MONTÓN GARCÍA, María Lidón, *Agente provocador y agente encubierto: ordenemos conceptos*, Diario La Ley n.º 4826 (<http://www.diariolaley.laley.es>), 1999, págs. 1-6; GASÓN INCHAUSTI, Fernando, *Infiltración policial y agente encubierto*, Editorial Comares, Granada, 2001 DELGADO MARTÍN, Joaquín, *El proceso penal ante la criminalidad organizada. El agente encubierto*, Actualidad Penal n.º 1 (<http://www.diariolaley.laley.es>), 2000, pág. 1 y ss. y en *La criminalidad organizada*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2001, págs. 21-40; ZARAGOZA TEJADA, Javier Ignacio (Coord.) con otros autores, *El agente encubierto on line* en «Investigación Tecnológica y Derechos fundamentales», Editorial Aranzadi, Navarra, 2017, págs. 327-358; COUTO DE BRITO, Alexis, *Criminalidad organizada y las formas de investigación: el agente encubierto* en «Nuevas amenazas a la Seguridad Nacional: Terrorismo, criminalidad organizada y tecnologías de la información y la comunicación», GONZALEZ CUSSAC, José Luís; CUERDA ARNAU, María Luisa (Dirs.); FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, Antonio (Coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 80-101.

⁶⁴ *Vid.* STEDH Teixeira de Castro contra Portugal de 9 de junio de 1998 de compra de Heroina por parte de dos policías de paisano que se hacen pasar adquirentes de sustancias estupefacientes y que supuso a juicio del Tribunal una vulneración del art. 6.1 CEDH. Esta cuestión también ha sido abordada en el marco de la discusión en el ámbito estrictamente procesal del denominado «Derecho Penal y Procesal del Enemigo» defendido en sus contornos por JAKOBS y que sitúa al uso de agentes encubiertos como uno de los elementos que da fisionomía a su construcción jurídica, fundamentalmente, en la lucha contra el terrorismo. *Vid.* con CANCIO MELIÁ, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, Cuadernos Civitas, 2006, pág. 75.

Juez Instructor de modo que no estamos ante un sujeto que actúa con independencia en cuanto a medios y resultados, sino que su fiscalización es permanente.

La **relación seguridad pública-Juez**, por tanto, hay que verla desde el prisma de la coparticipación de funciones en las que el Ejecutivo pone los medios operativos como agentes, unidades especializadas o recursos materiales, pero con relativa capacidad de supervisión⁶⁵, fruto de la dependencia orgánica para cumplir objetivos de política criminal propia para a la vez cumplir, esencialmente, con objetivos de naturaleza procesal donde la autoridad judicial tiene el mando real sobre los agentes policiales, supervisa la investigación, y sus avances, en virtud de la información recibida, decide su continuación o finalización archivando las diligencias, o enviando a enjuiciamiento, junto con la decisión de la vulneración de derechos fundamentales y su cese en funciones de garantía.

2.3. El juez garante ante la seguridad nacional

La «seguridad nacional» —que según el TC es una competencia estatal conforme lo dispuesto en los arts. 149.1. 4.^o (Defensa y Fuerzas Armadas) y 29.^o (Seguridad Pública) para su protección⁶⁶— es preciso examinarla desde diversas perspectivas de cara a su concreción. Así **textos internacionales** la han calificado como un motivo de limitación justificada de derechos fundamentales de los ciudadanos de modo que «*Solamente se puede invocar la seguridad nacional para justificar las medidas que limiten ciertos derechos cuando estas medidas se adopten para proteger la existencia de la nación, su integridad territorial o su independencia política contra la fuerza o la amenaza de la fuerza*»⁶⁷. Y necesariamente esto nos obliga a hacer un contraste claro entre una dimensión totalitaria, en el caso clásico de las pretéritas dictaduras latinoamericanas de los años ochenta, donde la «doctrina de la seguridad nacional» era la coartada para una situación de ex-

⁶⁵ En relación a la denominada «gobernanza policial», la potestad de supervisión policial y la consideración de los agentes como «agentes de la paz pública». *Vid. DUBBER, Markus, Guerra y paz: Derecho Penal del enemigo y el modelo de supervisión policial* en «Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión» (Vol. I), CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Manuel (Coord.), Edisofer, Madrid, 2006, págs. 685-724.

⁶⁶ *Vid. STC 184/2016*, de 3 de noviembre, Fj 3.^o.

⁶⁷ Principios de Siracusa sobre las disposiciones de limitación y derogación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Naciones Unidas /Consejo Económico y Social. Comisión de Derechos Humanos 41.^o Período de sesiones. Nota verbal de 24 de agosto de 1984 (Clausula 19).

cepción permanente que diluía la democracia en el autoritarismo⁶⁸ y una dimensión democrática de la «seguridad nacional» como herramienta de protección de la democracia misma donde la limitación de derechos es posible, pero a la vez supervisada y controlada para evitar excesos⁶⁹.

Legislativamente, es preciso indicar que nuestro país dispone desde fechas relativamente recientes de la Ley de Seguridad Nacional 36/2015, de 28 de septiembre, (en adelante LSN) donde se ha delineado un concepto de «seguridad nacional», en su art. 3 que ha sido abordado **jurisprudencialmente**, en la STC 184/2016, de 3 de noviembre FJ 3.º, con motivo de la promulgación de la anterior norma y fruto de un recurso autonómico de inconstitucionalidad que tampoco ha aclarado completamente, salvo en el aspecto competencial⁷⁰, qué

⁶⁸ Como apunta MUÑOZ CONDE «Las políticas de «seguridad nacional», «seguridad ciudadana», etc., se han utilizado siempre con ese nombre por Estados autoritarios (o en períodos autoritarios de algunos Estados de Derecho) como pretexto para restringir derechos fundamentales y libertades ciudadanas en aras de una mayor eficacia frente al «desorden» y la «inseguridad», el «caos» y «libertinaje» que según inspiradores de estas políticas amenazan la paz de la convivencia social en un momento determinado». *Vid.* con otros autores *La generalización del Derecho penal de excepción: Tendencias legislativas y doctrinales: Entre la tolerancia cero y el derecho penal del enemigo* en «La generalización del Derecho penal de excepción: Tendencias legislativas», CAMPO MORENO, Juan Carlos, GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Dir.), Estudios de Derecho Judicial n.º 127, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, págs. 13-14.

⁶⁹ En este sentido, el **Informe de la Relatora Especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo sobre el obstáculo para los derechos humanos que suponen los estados de emergencia en el contexto de la lucha contra el terrorismo** en el marco de la ONU, de 1 de marzo de 2018 señala que «Las situaciones de emergencia no son un fenómeno nuevo para los Estados. El derecho de los derechos humanos permite a los Estados limitar el pleno ejercicio de los derechos humanos derogables cuando los Gobiernos se enfrentan a problemas excepcionales que requieren restricciones proporcionales y necesarias de los derechos humanos. Sin embargo, las facultades excepcionales son un recurso limitado. *La aplicación por los Estados de medidas de seguridad nacional de excepción y de emergencia* debería proporcionar un fundamento positivo para reinstaurar el régimen de protección plena de los derechos humanos en un plazo razonable».

⁷⁰ La sentencia dictada ha señalado que «Tras todo lo dicho, puede afirmarse que existe *una coincidencia sustancial entre el sentido y finalidad de los títulos competenciales de las materias 4 y 29 del art. 149.1. CE y el concepto de seguridad nacional*, definido en el art. 3 de la Ley 36/2015, como: «la acción del Estado dirigida a proteger la libertad, los derechos y bienestar de los ciudadanos, a garantizar la defensa de España y sus principios y valores constitucionales, así como a contribuir junto a nuestros socios y aliados a la seguridad internacional en el cumplimiento de los compromisos asumidos». En la STC 133/1990, de 19 de julio, FJ 6, en la que se resuelve el recurso interpuesto contra la ya derogada Ley estatal 2/1985, de protección civil, *el Tribunal se refiere a la política de seguridad pública que la Constitución reserva al Estado en su art. 149.1.29 «en cuanto tal seguridad pública presenta una dimensión*

debemos entender por esta perspectiva de «seguridad», lo que obliga a atender a la **dimensión doctrinal** y en concreto a aquellas posiciones que construyen una definición desde una visión integral donde el concepto, que es complejo en su formulación⁷¹, de «seguridad nacional» es más amplio que el de «seguridad pública»⁷², entrando en juego consideraciones, no sólo de política interna, sino de «acción exterior»⁷³ con una colaboración entre poderes, administraciones y sujetos privados⁷⁴, aunque con un papel preeminente del Ejecutivo, y

nacional». Lo propio se reitera en la STC 40/1998, de 19 de febrero, FJ 52. Aunque el art. 9.1 de la Ley 36/2015 dice que «se consideran componentes fundamentales de la Seguridad Nacional a los efectos de esta ley la Defensa Nacional, la Seguridad Pública y la Acción Exterior, que se regulan por su normativa específica», a los efectos competenciales, que son los que nos corresponde enjuiciar, el contenido material de la seguridad nacional se incardina, por lo razonado, en los títulos citados y no a la inversa. En cuanto a la acción exterior a la que este último precepto se refiere, su mención legal no supone tampoco que la seguridad nacional tenga un contenido más amplio y distinto vinculado a su dimensión internacional. Simplemente, la mención en este precepto de la acción exterior es lógica consecuencia de la proyección exterior del ejercicio de las concretas competencias (en este caso, se reitera, las de las materias 4 y 29 del art. 149.1 CE). *Por otra parte, siendo clara la competencia estatal, tanto en materia de defensa como en materia de seguridad pública, no tendría sentido que, en un ámbito como la seguridad nacional, tan estrechamente vinculado a ambas, hasta el punto de identificarse sus fines y objetivos y los bienes jurídicos protegidos en la forma indicada, la competencia estatal pasara a ser puramente residual. En definitiva, la seguridad nacional no es una competencia nueva sino que se integra en las competencias estatales de defensa y seguridad pública».* La cursiva es mía.

⁷¹ Cfr. REVENGA SÁNCHEZ, Miguel, *El imperio de la política. Seguridad nacional y secreto de Estado en el sistema constitucional norteamericano*, Editorial Ariel, Barcelona, 1995, pág. 17.

⁷² Cfr. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, *Seguridad (es) en un futuro incierto (un estudio jurídico constitucional)*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2020, pág. 48; LOZANO MIRALLES, Jorge, *La seguridad como premisa de la lucha contra el terrorismo* en «Seguridad y libertad en el sistema democrático», FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio (Coord.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, pág. 119-120; SÁNCHEZ BARRILAO, Juan Francisco, *Servicios de inteligencia, secreto y garantía judicial de derechos*, UNED. Teoría y Realidad Constitucional, n.º 44, 2019, pág. 310; MOREIRO GONZÁLEZ, Carlos, *Clausulas de seguridad nacional*, Iustel, Madrid, 2007, pág. 55.

⁷³ Vid. BALLESTEROS MARTÍN, Miguel Ángel, *En busca de una estrategia de seguridad nacional*, Ministerio de Defensa, Madrid, 2016, pág. 63.

⁷⁴ Como apunta el CONSEJO DE ESTADO en su dictamen 405/15, de 13 mayo, del anteproyecto de la LSN «Así, la Seguridad Nacional se entiende como la acción del Estado dirigida a proteger la libertad y el bienestar de sus ciudadanos, a garantizar la defensa de España y de sus principios y valores constitucionales y a contribuir a la seguridad internacional, debiendo concebirse como un objetivo compartido por las diferentes Administraciones y órganos constitucionales, así como por el sector privado y la sociedad civil. La complejidad de los desafíos que desde esta perspectiva afectan a la sociedad y la dimensión y el carácter transversal de ciertos riesgos y amenazas exigen un esfuerzo de integración y una mejora de la coordinación de las diferentes Administraciones públicas, buscando marcos de prevención y respuesta que permitan resolver los problemas que plantea la actuación compartimentada y

que de manera, más o menos intensa, implica una limitación justificativa de los derechos fundamentales⁷⁵.

La «seguridad nacional» tiene diversos modos de expresión pues no solamente nos lleva al terreno de la protección ciudadana propiamente dicha, con una variada gama de amenazas asimétricas⁷⁶, igualmente incardinadas penalmente en el ámbito de la «seguridad pública», sino que también se contempla desde una perspectiva militar, geoestratégica, económica, diplomática o medioambiental⁷⁷ buscando evitar, o mejor dicho, manejar los riesgos que esos escenarios provocan⁷⁸ y en el que los servicios de inteligencia tienen un papel re-

organizar conjuntamente la acción de todos los agentes e instrumentos al servicio de la Seguridad Nacional». La cursiva es mía.

Si observamos el INFORME ANUAL DE SEGURIDAD NACIONAL DE 2013, el primero específicamente sobre esta cuestión, que elabora del Departamento de Seguridad Nacional de Presidencia del Gobierno, en sus conclusiones pone de manifiesto lo siguiente «En los ámbitos tradicionales de la seguridad, la adaptación a la naturaleza cambiante de las amenazas – conflictos armados, terrorismo, criminalidad organizada, proliferación, flujos migratorios irregulares, actividades de los Servicios de Inteligencia – es un rasgo constante de la acción de los diversos agentes de la Seguridad Nacional. A medida que aumenta la transnacionalidad de estos fenómenos, se intensifica la exigencia de concertación a todos los niveles. La estrecha vinculación que con frecuencia existe entre varias de estas amenazas obliga a abordarlas desde marcos estratégicos y operativos amplios, bajo la premisa del principio de unidad de acción. Del presente Informe se desprende que este enfoque tiene ya plena vigencia en la respuesta de España a los retos clásicos de la seguridad...». La cursiva es mía.

⁷⁵ *Vid. ABA CATOIRA, Ana, El secreto de Estado y los servicios de inteligencia, Cuaderno Constitucionales Fadrique Furio Ceriol, n.º 38/39, 2002, pág. 148.*

⁷⁶ Que SCHREIER define como «dynamic, less predictable, networked, fluid, self-organising and constantly adapting and evolving». *Vid. Fighting the Pre-eminent Threats with Intelligence-led Operations*, Geneva Centre for Security Sector Governance, Geneva, 2006, pág. 6.

⁷⁷ El INFORME ANUAL DE SEGURIDAD NACIONAL DE 2013, identifica como amenazas a lo largo del citado informe los siguientes: Defensa Nacional, lucha contra el terrorismo, ciberseguridad lucha contra el crimen organizado, seguridad económica y financiera, seguridad energética, no proliferación de armas de destrucción masiva, ordenación de flujos migratorios, contrainteligencia, protección ante emergencias y catástrofes seguridad marítima, protección de las infraestructuras críticas. El INFORME ANUAL DE SEGURIDAD NACIONAL DE 2017 añade seguridad frente a pandemias y preservación del medio ambiente, que se mantiene en el informe del año 2018, 2019 o 2020. Los textos se pueden consultar en <https://www.dsn.gob.es/es/estrategias-publicaciones/informe-anual-seguridad-nacional>.

⁷⁸ *Cfr. ORGIS, Markus, Operaciones impulsadas y guiadas por inteligencia, la mejor opción de combatir las amenazas en «Cuestiones de inteligencia en la sociedad contemporánea» FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, PULIDO GRAJERA, Julia, MONSALVE, Rafael (Coord.), Servicio de Publicaciones del Ministerio de Defensa, Madrid, 2011, pág. 145; SERRA CRISTÓBAL, Rosario, La opinión pública ante la vigilancia masiva de datos. El difícil equilibrio entre acceso a la información y seguridad*

levante⁷⁹. En este contexto, es acertado señalar que «la seguridad nacional es asunto tan hermético que dejar que los jueces se asomen a él resulta bastante problemático»⁸⁰ lo que determina que la vulneración de derechos fundamentales, a través de la vigilancia secreta, si bien es una excepción admitida para proteger la democracia⁸¹, requiere una presencia judicial pero tomando clara distancia de la investigación penal lo que nos obliga a hacer una serie de aseveraciones a renglón seguido.

Así la «seguridad nacional» no es un concepto codificado en términos claros en nuestro ordenamiento jurídico. El art. 3 LSN, que antes señalamos, la define del siguiente modo *«A los efectos de esta ley se entenderá por Seguridad Nacional la acción del Estado dirigida a proteger la libertad, los derechos y bienestar de los ciudadanos, a garantizar la defensa de España y sus principios y valores constitucionales, así como a contribuir junto a nuestros socios y aliados a la seguridad internacional en el cumplimiento de los compromisos asumidos»* configurando una «Política Pública» que se esboza en el marco de una «Estrategia de Seguridad Nacional», que no es una norma como tal, y que *«Contiene el análisis del entorno estratégico, concreta los riesgos y amenazas que afectan a la seguridad de España, define las líneas de acción estratégicas en cada ámbito de actuación y promueve la optimización de los recursos existentes»* (art. 4.3 LSN) documento que será presentado con posterioridad a la Cortes Generales, previa aprobación por el Consejo de Ministros. Por tanto, quien desee saber lo que debemos entender por «Seguridad Nacional» tiene que examinar la

nacional, Revista de Derecho Político UNED n.º 92, Enero-Abril, 2015, págs. 88 y ss; SCHREIER, *Fighting the Pre-eminent Threats*...op. cit., pág. 6.

⁷⁹ Como ha apuntado la primera ESTRATEGIA DE SEGURIDAD NACIONAL DEL AÑO 2013 «El espionaje se ha adaptado al nuevo escenario del mundo globalizado y aprovecha ahora las posibilidades que ofrecen las tecnologías de la información y comunicación. Las agresiones por parte de Estados, grupos o individuos con la finalidad de lograr información que les permita obtener ventajas estratégicas, políticas o económicas, han sido una constante histórica y siguen siendo una amenaza de primer orden para la seguridad», texto accesible en https://www.lamoncloa.gob.es/documents/seguridad_1406connavegacionfinalaccesiblebpdf.pdf.

⁸⁰ En este sentido REVENGA SÁNCHEZ, *El imperio de la política*...op. cit., pág. 153.

⁸¹ Como ha apuntado la STEDH Szabo and Vissy contra Hungria, de 12 de enero de 2016, en §§72 « Quite apart from what transpires from section 53(2) of the National Security Act, the Court recalls at this point that in *Klass and Others* it held that «powers of secret surveillance of citizens... are tolerable under the Convention only in so far as strictly necessary for safeguarding the democratic institutions» (see *Klass and Others*, cited above, § 42, quoted in paragraph 54 above). Admittedly, the expression «strictly necessary» represents at first glance a test different from the one prescribed by the wording of paragraph 2 of Article 8, that is, «necessary in a democratic society». La negrilla es mía.

referida «Estrategia», saber qué amenazas deben tenerse en cuenta y en definitiva si esas amenazas deben motivar, en este caso judicialmente, una limitación de derechos fundamentales a petición de los servicios secretos. **Y aunque abordar estos asuntos con la debida transparencia, publicando las estrategias y los informes es un avance⁸² en materia de gobernanza democrática**, no debe perderse de vista la complejidad interpretativa de una materia en el que confluyen cuestiones de variada índole, difícilmente simplificables, y oscilantes en cada momento.

Por ello, frente al binomio **seguridad pública-investigación penal** donde la presencia judicial ha sido una constante, de tal manera que su papel es imprescindible⁸³, en materia de **seguridad nacional-operaciones de inteligencia** la intervención judicial se ha planteado recientemente en nuestro País y de manera muy limitada a través de la Ley 2/2002, de 6 de mayo, donde se establece la participación de un Magistrado, en este caso del Tribunal Supremo, en la limitación de derechos fundamentales concretos en operaciones del servicio de inteligencia⁸⁴, de modo que hasta ese momento la actuación de nuestro servicio secreto se había desarrollado no se sabe si en la más absoluta alegalidad, o ilegalidad, lo que evidencia que no había inquietud⁸⁵, no al menos hasta el año 2002, para llevar a cabo una regulación legislativa de control judicial en lo que a operaciones de inteligencia se refería⁸⁶. Al

⁸² La posibilidad de codificar el concepto de «Seguridad Nacional» se pone de manifiesto por BORN, Hans, LEIGH, Ian, *Hacia un Control Democrático de las Actividades de Inteligencia: Estándares Legales y Métodos de Supervisión*, Geneva Centre for Security Sector Governance, Geneva, 2004, pág. 32.

⁸³ Como apunta ZAFFARONI los Estados de Derecho no son otra cosa que la contención del Estado policial. *Vid. El enemigo en el Derecho Penal*, Dykinson, Madrid, 2006, pág. 165.

⁸⁴ Como apuntó el CONSEJO DE ESTADO en el dictamen 3075/2001 de 11 de noviembre, sobre el anteproyecto de la Ley 2/2002, de 6 de mayo, «Las actuaciones del Centro Nacional de Inteligencia, antes CESID, requieren una ordenación normativa en estos extremos, inexistente —como se ha dicho— hasta el momento. *Es preciso no sólo someter a autorización judicial las actuaciones de dicho Centro que afecten a los referidos derechos fundamentales, sino establecer las condiciones exigibles para la obtención de la autorización judicial.*». La cursiva es mía.

⁸⁵ El propio Ministerio de Defensa señalaba en la Memoria presentada respecto de la Ley de Control Judicial del CNI que «Hasta la actualidad no ha existido norma alguna que contemple específicamente el régimen de autorizaciones judiciales a los servicios de inteligencia españoles». *Vid. CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, Centro Nacional de Inteligencia. Documentación preparada para la tramitación de los siguientes proyectos de Ley: Reguladora del Centro Nacional de Inteligencia y Orgánica reguladora del control de inteligencia previo del Centro Nacional de Inteligencia*, Documentación n.º 159 preparada por la Secretaría General, pág. 29

⁸⁶ Ha señalado la STEDH Szabo and Visy v. Hungary Judgment §§ 79 de 12 de enero de 2016 «**It is in this context that the external, preferably judicial, a**

hilo de lo anterior, **bajo el presupuesto de la protección de la seguridad nacional** la intervención judicial se limita a autorizar la vulneración de un derecho fundamental pero la petición, examen y decisión no se sujeta a la ley procesal⁸⁷ ni a los principios que de ella dimana⁸⁸

posteriori control of secret surveillance activities, both in individual cases and as general supervision, gains its true importance (see also *Klass and Others*, cited above, §§ 56, 70 and 71; *Dumitru Popescu*, cited above, § 77; and *Kennedy*, cited above, §§ 184-191), by reinforcing citizens' trust that guarantees of the rule of law are at work even in this sensitive field and by providing redress for any abuse sustained. The significance of this control cannot be overestimated in view of the magnitude of the pool of information retrievable by the authorities applying highly efficient methods and processing masses of data, potentially about each person, should he be, one way or another, connected to suspected subjects or objects of planned terrorist attacks». La negrilla es mía.

⁸⁷ Si bien en la STEDH Big Brother Watch y otros contra el Reino Unido de 25 de mayo de 2021 se dejan claro los estándares básicos de interceptación « 274. The Chamber expressly recognised that States enjoyed a wide margin of appreciation in deciding what type of interception regime was necessary to protect national security, but considered that the discretion afforded to States in operating an interception regime would necessarily be narrower. In this regard, it observed that the Court had identified six «minimum safeguards» which should be set out in law to avoid abuses of power: **the nature of offences which may give rise to an interception order, a definition of the categories of people liable to have their communications intercepted, a limit on the duration of interception, the procedure to be followed for examining, using and storing the data obtained, the precautions to be taken when communicating the data to other parties, and the circumstances in which intercepted data may or must be erased or destroyed**. These safeguards, which were first set out in *Huvig v. France*, 24 April 1990, § 34, Series A no. 176 B and *Kruslin v. France*, 24 April 1990, § 35, Series A no. 176-A, had been applied routinely by the Court in its case-law on the interception of communications and in two cases specifically concerning the bulk interception of communications (see *Weber and Saravia v. Germany* (dec.), no. 54934/00, ECHR 2006-XI and *Liberty and Others v. the United Kingdom*, no. 58243/00, 1 July 2008)» La negrilla es mía.

⁸⁸ Señala la Circular 2/2019 FGE, sobre interceptación de comunicaciones telefónicas y telemáticas «La LECrim dedica los arts. 588 ter a, a 588 ter m, a la regulación de la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas. En primer lugar, resulta indispensable delimitar el alcance de la regulación precisando cuales de estas comunicaciones podrán ser intervenidas al amparo de la misma para determinar posteriormente la diferencia entre comunicación telefónica o telemática. Los artículos que se analizan están comprendidos dentro del Título VIII —*de las medidas de investigación limitativas de los derechos reconocidos en el artículo 18 de la Constitución*— del Libro II —*Del sumario*—, LECrim. En consecuencia, será preciso partir de esta primera delimitación, que hace que la regulación sea únicamente aplicable cuando, en la instrucción de las causas penales, se adopten medidas de investigación que limiten los derechos reconocidos en el art. 18 CE. **En particular, deberán quedar fuera de la previsión los supuestos contemplados en la LO 2/2002, de 6 de mayo, reguladora del control judicial previo del Centro Nacional de Inteligencia**; en la LO 4/1981, de 1 de junio, *de los estados de alarma, excepción y sitio*. En el caso de la jurisdicción militar, la regulación de la LECrim resultará supletoriamente aplicable con las particularidades y en los términos previstos en la Disposición Adicional Primera de la LO 2/1989, de 13 de abril, *Procesal Militar*». La negrilla es mía.

sino a sus propias normas regulatorias⁸⁹. Y ello, porque no estamos en presencia, al menos teóricamente, de un escenario de persecución de un hecho delictivo, yendo más allá del examen respecto a la lesión de un bien jurídico protegido. Esto motiva una laxitud en las garantías constitucionales de los afectados por la intervención de los servicios secretos, donde categorías como «sospechoso», «investigado» o «encausado» carecen de contenido y sustantividad⁹⁰ y donde la agilidad y la operatividad son elementos esenciales⁹¹. Por otro lado, la información que se obtiene, ya sea de personas físicas o jurídicas, nacionales o extranjeras, pasa a ser clasificada como secreta⁹² de modo que puede que no vean la luz y, desde luego, no están destinadas a ningún examen, o control judicial, posterior dirigido a ventilar unas hipotéticas responsabilidades de manera que pueda activarse una posible contradicción o defensa.

Hay una cuestión relevante que viene determinada **cuando una materia de seguridad nacional se entrelaza con una cuestión de seguridad pública**, es decir, cuando se presentan unos hechos que, siendo relevantes para conjurar un riesgo referido a la seguridad nacional, resultan incardinables, igualmente, en el ámbito de la represión penal, teniendo en cuenta el diferente estándar de obtención de información obtenida fruto de la vulneración de derechos fundamentales, generando un problema de índole procesal cuando el material de inteligencia obtenido bajo un escenario de seguridad nacional se pretende usar en una investigación de tipo penal con la incidencia que para las garantías individuales tiene porque **hay que tener claro que la «seguridad nacional» no puede ser una suerte de válvula**

⁸⁹ Como apunta la Ley 2/2002, de 6 de junio, en su EM «A estos efectos, esta Ley Orgánica, cuyo alcance resulta de una interpretación conjunta con la Ley reguladora del Centro Nacional de Inteligencia, determina tanto la forma de nombramiento de un Magistrado del Tribunal Supremo específicamente encargado del control judicial de las actividades del Centro Nacional de Inteligencia, *como el procedimiento conforme al cual se acordará o no la autorización judicial necesaria para dichas actividades*». La negrilla es mía.

⁹⁰ Cfr. SÁNCHEZ FERRO, *Misión imposible...* op.cit, pág. 189.

⁹¹ Situación de la que alertan, determinados autores. Vid. ABOSO, Gustavo Eduardo, con otros autores, *El llamado «Derecho penal del enemigo» y el ocaso de la política criminal racional: El caso argentino en «Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión»* (Vol. I), CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Manuel (Coord.), Edisofer, Madrid, 2006, pág. 62

⁹² Artículo Único 3 II de la Ley 2/2002 de 6 de mayo de control judicial del CNI. En este sentido, **el Anteproyecto de Ley de Información clasificada de 2022** establece al SED del CNI como autoridad para clasificar, reclasificar y desclasificar lo que califica como información «confidencial» y «restringida» en su art. 2, texto que puede ser consultado <https://www.mpr.gob.es/servicios/participacion/Documents/APL%20Informacion%CC%81n%20Clasificada.pdf>.

de escape para evitar la primacía de los derechos afectados, provocando espacios ciegos carentes de control, o inmunes a la idea de supervisión. Y es aquí donde una presencia judicial, con las lógicas cautelas y prevenciones, sirve no como obstáculo sino, antes al contrario, como marco delimitador en el desarrollo de funciones que por su propia naturaleza se basan en el secreto y la discreción, y que no son incompatibles con un sistema de gobernanza democrática por cuanto no hay un «Estado profundo y paralelo» al diseñado por el ordenamiento jurídico constitucional.

3. GOBERNANZA DEMOCRATICA DEL CNI: EL CONTROL JUDICIAL

3.1. Configuración de nuestro aparato de inteligencia

El Centro Nacional de Inteligencia (CNI en lo sucesivo) se encarga de recopilar inteligencia en el ámbito de la «seguridad nacional». Es el heredero del Centro Superior de Información de la Defensa (CESID)⁹³, sucesor, a su vez, del aparato de inteligencia franquista (SECED)⁹⁴. Su marco legal se ciñe a dos normas esenciales la Ley

⁹³ El surgimiento del CNI resulta de su Ley reguladora 11/2002, de 6 de mayo, que en su EM manifiesta una necesidad clara «La sociedad española demanda unos servicios de inteligencia eficaces, especializados y modernos, capaces de afrontar los nuevos retos del actual escenario nacional e internacional, regidos por los principios de control y pleno sometimiento al ordenamiento jurídico». *Vid.* la situación del CNI no como un organismo que implica una nueva organización de inteligencia sino como continuador o heredero del CESID, así en DÍAZ FERNÁNDEZ, Antonio, *Organismos de información e inteligencia en España: La evolución del marco jurídico e institucional* en «Terrorismo global: Gestión de información y servicios de inteligencia», NAVARRO BONILLA, Diego; ESTEBAN NAVARRO, Miguel Ángel (Coordinadores), Plaza y Valdés Editores, Madrid, 2007, pág. 160; GUDE FERNÁNDEZ, Ana con otros autores, *Algunos apuntes acerca del Centro Nacional de Inteligencia* en «Internet: un nuevo horizonte para la seguridad y la defensa», Universidad de Santiago de Compostela, 2010, pág. 80; RUIZ MIGUEL, Carlos, *Servicios de inteligencia y seguridad del Estado constitucional*, Tecnos, Madrid, 2002. pág. 179; SÁNCHEZ BARRILAO, *Servicios de inteligencia*,...op. cit., pág. 312 ;BASTIDA FREIJEDO, *La inviolabilidad* ...op.cit pág. 6; ABA CATOIRA, *El secreto de Estado* ...op. cit., pág. 144.

⁹⁴ En un resumen que se realiza por el CONSEJO DE ESTADO en su dictamen de 3033/2011, de 25 de octubre, resulta el siguiente iter legislativo en la configuración de los que hoy consideramos nuestros servicios secretos «*El Centro Superior de Información de la Defensa (CESID) fue creado por Real Decreto 1558/1977, de 4 de julio. En virtud de dicho Real Decreto se dio nueva estructura a determinados órganos de la Administración Central del Estado, creándose el Ministerio de Defensa y el propio Centro Superior de Información de la Defensa bajo la dependencia directa del titular del Departamento (artículo 2.5). Por Real Decreto de 2 de noviembre, 2723/1977, se estableció que el CESID, órgano que sustituyó a los anteriores servicios de información,*

11/2002, de 6 de Mayo que es la organizativa y la Ley 2/2002, de 6 de mayo, sobre su control judicial⁹⁵ junto con RD 240/13, de 5 de abril, sobre el Estatuto de sus miembros. Estamos ante un órgano de la Administración General del Estado⁹⁶, adscrito al Ministerio de Defen-

—*Servicio Central de Información dependiente de la Presidencia del Gobierno (CESED) y Servicio de Información del Alto Estado Mayor (SIAM)*—, sería el órgano encargado de obtener, evaluar, interpretar y facilitar al Ministro de Defensa «cuanta información sea necesaria o interese a la Defensa Nacional, atendiendo prioritariamente las necesidades de la Junta de Jefes de Estado Mayor». Un posterior Real Decreto 726/1981, de 27 de marzo, redefinió las funciones del CESID configurándolo como el órgano encargado de obtener, evaluar, interpretar y facilitar al titular del Departamento de Defensa, no sólo la información que fuese necesaria o interese a la Defensa Nacional, sino también lo que interese al cumplimiento de las misiones que a las Fuerzas Armadas encomienda el artículo octavo de la Constitución. La Orden Ministerial 135/1982, de 30 de septiembre, del Ministerio de Defensa, estableció la estructura y misiones del Centro Superior de Información de la Defensa; Orden Ministerial a la que se remitía el artículo 17.2 del Real Decreto 135/1984, de 25 de enero, de reestructuración del Ministerio de Defensa y, más tarde el art. 83.2 del Real Decreto 1/1987, de 1 de enero, por el que se estableció la estructura básica de dicho Ministerio; Real Decreto que asimismo se remite a la Orden 135/1984 en cuanto a la estructura interna, relaciones, misiones y competencias del Centro. Con posterioridad a las indicadas disposiciones, y en cumplimiento de la disposición final octava de la Ley Orgánica 17/1989, de 19 de julio, reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional, se aprobó el Real Decreto 1324/1995, de 28 de julio, que constituye el Estatuto del Personal del Centro, disposición de importancia significativa porque estableció un único régimen jurídico para todo el personal del Centro, cualquiera que fuese su procedencia, sometiendo a sus integrantes a los mismos derechos y obligaciones»

⁹⁵ Apunta LÓPEZ AFRANCA que «La primera norma que se ocupó de ellos en tiempos relativamente recientes fue la Ley de 26 de julio de 1935 de reforma del capítulo II del título V libro II del Código de Justicia Militar (Ministerio de la Guerra, Gaceta de Madrid de 2 de agosto, núm. 214) en lo relativo a los delitos de espionaje, y que autorizó en su art. 3 a las autoridades de todo orden, sin incurrir en responsabilidad, a «demorar la detención de los espías, suspender la tramitación de las denuncias contra los mismos y la incautación de instalaciones o elementos de que aquellos se valieren en relación con sus actividades y las de sus cómplices, auxiliadores o encubridores, siempre que dichas suspensiones o demoras tengan lugar por estimar aquellas Autoridades que así conviene a los intereses de la defensa nacional». *Vid. ¿Pero quién vigilará a los vigilantes?*, Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales, n.º 92 mayo-agosto 2014, nota (8), pág.110.

⁹⁶ No estamos, ni tampoco deberíamos estar, ante una agencia independiente como la RTVE o la CNMV, o autónoma frente al Gobierno, antes al contrario, es un organismo, o ente, que responde ante el Ejecutivo **con rasgos de atipicidad**. No es propiamente, permítase el juego de palabras, un órgano «del» Ejecutivo sino un órgano «para» el Ejecutivo, sometido a su propia regulación normativa, presentando una naturaleza «instrumental». Lo relevante no es el órgano donde se «encaja», sino la función que presta, de modo que el debate en torno a la dependencia es un tanto artificial pues son sus cometidos los que no deben de mutar, primando, en suma, el qué frente al dónde. En todo caso, y para el cumplimiento de sus funciones, el CNI dispone de autonomía de personal, patrimonial y de contratación.

sa⁹⁷, pero que no se encarga propiamente de la inteligencia militar⁹⁸, siendo responsable ante el Presidente del Gobierno, a quien provee de información estratégica para la adopción de decisiones relevantes en materia de política interior y exterior, en el ámbito de la «seguridad nacional», algo que puede implicar la necesidad de operar en distintas áreas sensibles (económica, comercial, industrial, tecnológica...)⁹⁹ y de ahí que debamos ensanchar el concepto de «seguridad nacional» entendida también como la preservación de la estabilidad económica, social y política, con lo que su cometido es mucho más relevante que el de un mero servicio de seguridad, no porque deje de serlo, sino porque el mismo concepto de «seguridad nacional» debe estar sometido a revisión permanente abarcando aspectos muy variados y no necesariamente convergentes.

Al frente del CNI se sitúa un **Secretario de Estado** (en adelante **SED**)¹⁰⁰ siendo «Autoridad Nacional de Inteligencia y Contrainteligencia» con el título de «Director», y cuyo puesto es temporal (5 años) lo que permite una cierta estabilidad unido al hecho de evitar, por lo menos a priori, un mandato temporal ilimitado, y aunque nada im-

⁹⁷ Con el Gobierno del PP siendo Presidente don Mariano Rajoy Brey y con el RD 199/2012, de 23 de enero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de la Presidencia y se modifica el Real Decreto 1887/2011, de 30 de diciembre, se establecía la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales, y colocaba al CNI **abajo la dependencia del Ministro de Presidencia** (art. 1.5 y uso del término «adscripción»), imponiendo el deber específico de colaboración, con arreglo a su disposición adicional segunda, a los Ministerios de Asuntos Exteriores y de Cooperación, de Justicia, de Defensa, de Hacienda y Administraciones Públicas, del Interior y de la Presidencia, único cambio hasta la fecha por cuanto en la actualidad, con el Presidente don Pedro Sánchez Pérez-Castejón el control del CNI ha vuelto al Ministerio de Defensa (RD 372/2020, 18 de febrero, disposición adicional segunda).

⁹⁸ Para ello está el CIFAS como órgano encargado de la inteligencia militar ex. art. 12 RD 521/2020 de 19 de mayo regulador de la organización básica de las Fuerzas Armadas.

⁹⁹ Conforme el art. 4 de la Ley 11/2002 es competencia del CNI «a) 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». La cursiva es mía.

¹⁰⁰ Inicialmente el jefe del CESID tenía categoría de Director General (Cfr. RD 2723/1977, de 2 de noviembre en su art. 21.2; RD 726/1981, de 27 de marzo en su art. art 2; Orden 135/82, de 30 de septiembre, art. 7.º; RD 2632/1985, de 27 de diciembre, art. 3.º. El RD 1169/1995, de 7 de julio, ya le atribuye al Secretario General del CESID la categoría de Director General (art.1) auxiliando al «Director General» que con toda lógica es modificada por el RD 1396/1996, de 16 de febrero le otorga la condición de Subdirector General (Art. Único) con lo que necesariamente el responsable del CESID tenía categoría de Director General, siendo finalmente el virtud del RD 741/2001, de 29 de junio, en su artículo único donde se le otorga la categoría de Secretario de Estado al máximo responsable del CESID.

pide que sea prorrogado sucesivamente, esto facilita que el Gobierno pueda nombrar a quien considere oportuno. Sus funciones primordiales¹⁰¹ son de «impulso» y «coordinación», que podemos resumir en «dirección» con capacidad para el nombramiento y cese de los diferentes cargos existentes, la decisión sobre los puestos de trabajo, la declaración o no de la idoneidad de sus agentes o su responsabilidad sobre el Centro Criptológico Nacional, en «relación», es decir, desarrollar una suerte de actividad exterior con servicios y autoridades foráneas, en «colaboración» con los servicios y autoridades nacionales, y en «gestión» como la celebración de contratos, convenio o anteproyecto de presupuestos. Junto con el SED se encuentra un **Gabinete**¹⁰² con un director y asesores, quienes podrán ser o no miembros del propio CNI-en este caso personal eventual- o funcionarios o no de las Administraciones, sujetos a régimen disciplinario-propio de su cuerpo o conforme al Estatuto- y sin que, en el caso de los funcionarios de la Administración General del Estado, su integración en el Gabinete les pueda perjudicar en su carrera y progresión profesional. Su cese se produce con el del Director y deberán tener informe de seguridad acorde con el cargo a ocupar.

El SED es asistido por un **Secretario General**, con categoría de Subsecretario¹⁰³, formalmente número dos de nuestro organismo de inteligencia y tres direcciones técnicas¹⁰⁴ servidas por personal con categoría de **Director General**, bajo el control del Secretario General (antes lo estaban bajo el Secretario de Estado) y Unidades de Inteligencia y Apoyo cuyos responsables son **Subdirectores Generales**. El

¹⁰¹ Haciendo una lectura integrada de la previsión del art. 9 de la Ley 11/2002 y el art. 4 del RD 240/13, de 5 de abril sobre personal Estatutario del CNI.

¹⁰² Disposición adicional segunda RD 240/13. El Gabinete ya estaba previsto en el RD 2632/1985, de 27 de diciembre en su art. 10 con funciones de «coordinación» y «seguimiento de actuaciones» junto con «asesoramiento y asistencia en todos los asuntos que se le requiera».

¹⁰³ No siempre, el RD 1169/1995, de 7 de julio, ya le atribuía al Secretario General del CESID la categoría de Director General (art.1) auxiliando al «Director General» que con siendo modificada por el RD 1396/1996, de 16 de febrero le otorga la condición de Subdirector General (Art. Único)

¹⁰⁴ En relación a esa hipotética organización interna, ya se observaba en el RD 2632/1985, de 27 de diciembre con la División de Inteligencia Exterior, División de Contrainteligencia, División de Inteligencia Interior, División de Economía y Tecnología junto con la Subdirección General de Administración y Servicios y Subdirección General de Personal junto con una Asesoría Jurídica, un Gabinete Técnico, una Jefatura de Apoyo Operativo y un Servicio de Seguridad (arts. 1 y 2). Posteriormente en el RD 266/1996, de 16 de febrero, el art. 2 hablaba de la existencia de unidades de inteligencia y unidades de apoyo operativo y técnico junto con una unidad de seguridad encargada de tareas de protección.

personal del CNI es estatutario¹⁰⁵ y temporal pudiendo convertirse, transcurrido un plazo de tiempo de cinco años, en estatutario definitivo tras la realización de las pruebas oportunas¹⁰⁶. Igualmente podemos considerarlo personal «operativo» (pueden portar armas de fuego) pero sin que ostentar la condición de agentes de la autoridad¹⁰⁷.

3.2. La fisonomía del juez *ad hoc* de operaciones del CNI

Juntamente con el aspecto organizativo antes señalada y que se concreta en la Ley 11/2002, la necesidad de evitar hechos del pasado¹⁰⁸ motivaron la necesidad, expuesta en la solución dada por el An-

¹⁰⁵ En este sentido, el carácter estatutario ya se establecía en el RD 1324/1995, de 28 de julio. *Vid.* igualmente los arts. 1 a 5 del RD 436/2002, de 10 de mayo, por el que se establece la estructura orgánica del CNI, el art. Único del RD 612/2006, de 19 de mayo, y la Orden DEF/2962/2009, de 2 de noviembre.

¹⁰⁶ *Vid.* arts. 12 y 13 de la Ley 240/13 que aprueba el Estatuto del Personal integrante del CNI. En relación a las características de la relación jurídica de los integrantes, *vid.* como paradigmática la SAN 2632/2009, de 27 de mayo, de la Sala de lo Contencioso (Ponente: Gil Ibáñez), en su FJ 1.^o. Los agentes del CNI **no tienen consideración de agentes de la autoridad** (art. 5.4). Por otro lado, como ha dicho la SAN 2632/2009, de 27 de mayo, en su FJ 1.^o «Esta Sección, con motivo de pronunciamientos relativos a miembros del Centro Superior de Información de la Defensa, ha reconocido a dicho Centro un carácter y una naturaleza singular, que también se proyecta sobre el personal que en él presta sus servicios y las normas estatutarias que le regulan (Sentencias de 22 de julio —recursos 1.775/1996 y 1.897/1996— y de 31 de julio —recurso 1.888/1996— de 1.999 o de 21 de febrero de 2002 —recurso 102/2001—), idea que es perfectamente trasladable al actual Centro Nacional de Inteligencia, cuyo personal se sigue rigiendo, en tanto no se produzca el desarrollo reglamentario de la Ley 11/2002 y se apruebe un estatuto propio, por el Estatuto del Personal del Centro Superior de la Defensa, aprobado por el Real Decreto 1.324/1995, de 28 de julio (disposición transitoria única de la Ley 11/2002), que conjuga aspectos de la función pública militar y civil, matizándolos por la singularidad de dicho organismo».

¹⁰⁷ Ese carácter operativo se desprende de la posibilidad de portar armas y así la disposición adicional sexta de la Ley 240/13 al señalar «*El personal estatutario del CNI únicamente podrá portar armas de fuego reglamentadas y de dotación cuando por necesidades del servicio sea expresamente autorizado por el Secretario de Estado Director del CNI. El CNI llevará un registro de este personal autorizado. Para este personal y a los únicos efectos previstos en esta disposición, será considerada como autorización para portar las referidas armas de fuego su carné profesional*

. La cursiva y negrilla es mía.

¹⁰⁸ Como apunta LÓPEZ ALAFRANCA «Dentro de esa actividad del CESID, se captaron, escucharon y grabaron, entre otras muchas, conversaciones del Rey Juan Carlos (no consta fecha), de los ministros Francisco Fernández Ordóñez (1990) y José Barrionuevo Peña (1990), del parlamentario socialista Enrique Múgica Herzog (1986), de vocal del Consejo General del Poder Judicial, Pablo Castellano Cardalliaquet (1986). También de Gustavo Durán Romero (1989 y 1990), Ramón Mendoza Fontela (1990), José María Ruiz Mateos (1990) y Jaime Campmany Díez de Revenga (1985); de responsables de la Asociación Civil de Dianética (1987-1988).

teproyecto de Ley, de instrumentar una garantía judicial¹⁰⁹ en la intervención de nuestra agencia de inteligencia. Se optó por un sistema de control centralizado, no en un órgano judicial, sino en un Magistrado del Tribunal Supremo nombrado por el CGPJ y con ello configuró la Ley 2/2002 un Juez *ad hoc*, con tres años al menos de antigüedad, destinado, teóricamente, a una supervisión garantista de operaciones del CNI, creando una suerte de «procedimiento de inteligencia», aunque hay que decir que no deja de ser un control limitado en su impacto.

Sorprende a sectores doctrinales la configuración judicial del anterior sistema, con una magistratura unipersonal encargada de estas tareas, pues ni se ha establecido un órgano nuevo, ni la competencia se atribuye a un órgano preexistente, lo que implica algo sumamente insólito y curioso apartándose del esquema constitucional y la organización judicial en nuestro país¹¹⁰, siendo al menos dudoso que pudiera estar conforme los parámetros del art. 24 CE y del Juez ordinario predeterminado por la ley que ha sido puesto de manifiesto por nuestro TC¹¹¹, y a

Estas conversaciones, alguna de las cuales tenía contenido de carácter puramente sentimental —descrito como «palabras de amor» o «ligue» en la etiqueta de la cinta— se conservaron archivadas durante años. Un número indeterminado de grabaciones, como también alguna documentación relativa al funcionamiento del gabinete de escuchas llegó a conocimientos de algunos medios de comunicación, por vía o vías que no han podido determinarse.» (Sentencia núm. 227 de la Audiencia Provincial de 26 de mayo de 1999). *Vid. ¿Pero quién vigilará...?* op. cit., nota (9) pág. 110

¹⁰⁹ El CONSEJO DE ESTADO (CE) y el CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL (CGPJ) manifestaron diversas aportaciones organizativas en sus rigurosos dictámenes que podemos sintetizar del siguiente modo. En primer lugar, con relación a la designación de un Magistrado del TS se oscila entre uno de la Sala de lo Contencioso (Sala III) prefiriéndose al de la Sala II de lo Penal (CE) planteando el CGPJ que fuera un Magistrado de la Sala de Contencioso. En segundo lugar, no había un régimen de sustitución, ni tampoco se hacía referencia a la situación administrativa en la que quedaba el citado Juez (CE), sin que haya objeciones relevantes a que sea el propio Consejo General del Poder Judicial el encargado de su designación. En tercer lugar, se plantea el problema referido a la necesaria atribución legislativa de competencia en relación al Magistrado reformando la LOPJ, el impacto en la carga de trabajo que la designación tendría en la Sala de procedencia (CE). Dictamen del Consejo de Estado de 3075/2001 de 15 de noviembre, y del Consejo General del Poder Judicial de 6 de noviembre de 2001 que puede consultarse en CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *Centro Nacional de Inteligencia*. ...op. cit., págs. 107-122.

¹¹⁰ *Vid.* en este sentido, DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, *Escritos sobre derecho, justicia y libertad*, Editorial UNAM, Instituto de Investigaciones jurídicas, México, 2006, pág. 154.

¹¹¹ Al señalarse «El derecho constitucional al juez ordinario predeterminado por la Ley, consagrado en dicho artículo, exige, en primer término, que el órgano judicial haya sido creado previamente por la norma jurídica, que ésta le haya investido de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación o proceso judicial y que su régimen orgánico y procesal no permita calificarle de órgano especial o excepcional.» (STC 47/83, de 31 de mayo, FJ 2.º). La cursiva es mía.

la unidad jurisdiccional¹¹² del art. 117.5 CE. **No es un Juez inamovible en sus funciones, sino temporal**, con un mandato limitado, justamente con el mismo plazo de mandato que le corresponde al SED, de cinco años tal y como prevé el art. 342 bis de la LOPJ. Es posible que la razón de ello sea facilitar rotaciones y evitar rutinas que pudieran ser perjudiciales, aunque no estamos en presencia de una función gubernativa, sino jurisdiccional no hay que olvidarlo.

Su regulación procedural se encuentra recogida en un único precepto previsto en la ley 2/2002 con lo que como puede observarse se ha optado por un marco legal de mínimos¹¹³ en la que se establece una relación directa en su apartado primero¹¹⁴, entre un órgano de la administración, en este caso un Secretario de Estado, y un Magistrado del TS con lo que hay que destacar **la naturaleza extremadamente peculiar del procedimiento** que ha motivado diversos planteamientos en relación a cómo calificarlo. ¿Podría ser un *acto sui generis de jurisdicción voluntaria*? Determinados sectores han apuntado en esa dirección¹¹⁵, otros autores hablan someramente, sin entrar en tan espinosa cuestión, de un *procedimiento judicial de garantía*¹¹⁶, posición discutida o negada por otros¹¹⁷ o incluso no falta la calificación de

¹¹² *Vid.* en este sentido SANTAOLALLA LÓPEZ, Fernando, *Actos políticos, inteligencia nacional y Estado de Derecho*, Revista Española de Derecho Constitucional, n.º 65, Mayo-Agosto 2002, pág. 123.

¹¹³ Señala FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ que «La redacción de su artículo único denota una excesiva generalidad e inconcreción, que no parece justificarse en las especiales funciones del Centro Nacional de Inteligencia, que más bien reclamarían lo contrario». *Vid. Secreto e intervención de las comunicaciones en internet*, Civitas Ediciones, Madrid, 2004, pág. 146.

¹¹⁴ «1. El Secretario de Estado Director del Centro Nacional de Inteligencia deberá solicitar al Magistrado del Tribunal Supremo competente, conforme a la Ley Orgánica del Poder Judicial, 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.». Algun autor ha visto un avance importante el hecho de su regulación. *Vid.* DAMIÁN MORENO, Juan, *¿Un derecho procesal de enemigos?* en «Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión» (Vol. I), CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Manuel (Coord.), Edisofer, Madrid, 2006, nota (22) pág. 467.

¹¹⁵ *Vid.* en este sentido, DE LA OLIVA SANTOS, *Escritos sobre derecho, justicia...* op. cit., págs. 160 y ss. Igualmente se inclina por esta caracterización la STS 7056/10, de 10 de diciembre, de la Sala II (Ponente: Marchena Gómez), FJ 2.º.

¹¹⁶ *Vid.*, SÁNCHEZ BARRILAO, *Servicios de inteligencia...* op. cit., pág. 330; LOPEZ ALAFRANCA, *¿Pero quién vigilará...* op. cit., pág. 133. GONZÁLEZ CUSSAC habla de «intervenciones *extraprocesales, preventivas y prospectivas...*», siendo la cursiva del propio autor, pero presenta la intervención del Juez como un elemento de garantía. *Vid. Intromisión en la intimidad...* op. cit., págs. 88 y ss.

¹¹⁷ *Cfr.* DE LA OLIVA SANTOS, *Escritos sobre derecho, justicia...* op. cit., 182 y ss. Así PASCUAL SARRIA defiende «A la vista de esta regulación, lo primero que deberemos señalar es que no nos encontramos ante un sistema de protección de

«seudo procedimiento» de garantía del derecho a la intimidad¹¹⁸. El debate es poco clarificador y preciso, pues el sistema implantado, lejos de responder a preguntas, trae consigo numerosos interrogantes¹¹⁹. En mi opinión estamos en presencia de un *expediente secreto de solicitud de medidas limitativas de derechos fundamentales concretos, en el marco de operaciones de inteligencia para la protección de la seguridad nacional, a un Juez del TS, sometido a un mandato temporal y expresamente nombrado para tal fin*¹²⁰.

La solicitud del SED (o del Secretario General en caso de ausencia, vacancia o enfermedad del SED ex. art. 10.1 Ley 11/2002), tal y como prevé el art. Único, al Magistrado del TS para obtener una resolución habilitante para una injerencia en los derechos fundamentales antes señalados está sujeta a unos requisitos formales en cuanto al contenido de su solicitud, debiendo contener «a) Especificación de

los derechos fundamentales frente a la actividad del CNI, no parece ser esta la pretensión...» *Vid. El control judicial a la interceptación de las comunicaciones: Especial referencia al control judicial previo a las intervenciones del Centro Nacional de Inteligencia*, Revista Española de Derecho Militar núm. 89, 2007, pág. 197. ABA CATOIRA incide en la necesidad de mejorar el sistema para que se convierta en un instrumento garantizador de los derechos. *Vid. El secreto de Estado...* op. cit., pág. 164. Igualmente en sentido contrario a considerarlo un régimen de garantía de derechos, GUDE FERNÁNDEZ, *Algunos apuntes acerca...* op. cit., pág. 86.

¹¹⁸ En este sentido, PASCUAL SARRIA, *El control judicial a la interceptación...* op. cit., pág. 209.

¹¹⁹ REVENGA SÁNCHEZ ya señaló las cuestiones a las que de un modo u otro tendríamos que sujetarnos «En segundo término, el legislador toparía con un absoluto: la necesidad de resolución judicial (art. 18.3 CE). A partir de aquí, todo se tornan dudas. ¿Habrá de ser dicha resolución forzosamente previa? ¿Habrá de tener la intervención estrictos límites temporales? ¿Revestiría carácter necesario la comunicación de la medida al afectado, tan pronto como ello fuera posible, desde el punto de vista de la efectividad de la intervención? Y en el caso de que se autorizase el ingreso en un domicilio, ¿admitiría la Constitución la instalación en el mismo de dispositivos de vigilancia? Y como cuestión previa y presupuesto de todo ello, ¿no estaría vulnerando el principio de exclusividad jurisdiccional la atribución a un juez de facultades de control de ese género, fuera y al margen de un procedimiento judicial?». *Vid. Servicios de inteligencia y derecho a la intimidad*, Revista Española de Derecho Constitucional año 21, n.º 61. Enero-Abril 2001, pág. 77.

¹²⁰ Como apuntó en su Dictamen 3075/2001, de 15 de noviembre de 2001, el CONSEJO DE ESTADO sobre el anteproyecto de control del CNI «El anteproyecto de Ley sometido a consulta tiene por objeto establecer un régimen jurídico que permita conciliar la efectividad de derechos fundamentales como son la inviolabilidad del domicilio y el secreto de las comunicaciones, garantizadas, respectivamente, por lo dispuesto en los números 2 y 3 del artículo 18 de la Constitución, con las exigencias propias de la seguridad nacional y la defensa del Estado, que también son cometidos propios que se imponen en una sociedad democrática al Estado de Derecho. *Finalidad evidentemente loable, sin que quepa desconocer las dificultades que entraña la intervención de un órgano de procedencia judicial pero al margen de un procedimiento jurisdiccional en trámite o por tramitar*». La cursiva es mía.

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

No toda limitación de derechos fundamentales es susceptible de conculcación por el CNI, tan solo la que afecta a la inviolabilidad de comunicaciones y la domiciliaria previstas en el art. 18.2 y 3 CE «siempre que tales medidas resulten necesarias para el cumplimiento de las funciones asignadas al Centro», de modo que se comprenderían la **vigilancia de las comunicaciones postales, telegráficas, telefónicas y las digitales**¹²¹ por ejemplo a través de correo electrónico, permitiéndose la grabación de comunicaciones orales y, en mi opinión, la captación de imágenes en lugares o espacios públicos, que se permite **sin autorización judicial** a la Policía, quedando fuera del ámbito de la autorización judicial la posibilidad de balizamientos que permitan una localización de situación de las personas afectadas por la injerencia o el acceso a equipos informáticos, electrónicos o su control remoto no pudiendo, tampoco, acceder a archivos informáticos o soportes tangibles de su actividad¹²². La entrada en el domicilio no es para efectuar un registro, como en el supuesto policial, sino que va destinada a instalar elementos de escucha, o a verificar lo que se encuentra en el domicilio, pero no se puede aprehender ningún tipo de

¹²¹ *Vid. GONZÁLEZ CUSSAC, Intromisión en la intimidad ...op. cit., pág. 84.*

¹²² *Vid. DE LA OLIVA SANTOS, Escritos sobre derecho, justicia...op. cit., pág. 163; SÁNCHEZ FERRO, ¿Misión imposible...op. cit., págs. 193-194.* Asimismo, la Ley 25/2007, de 18 de octubre, permite el acceso a los agentes del CNI a datos generados o tratados en el marco de servicios de comunicaciones electrónicas o redes públicas de comunicación para investigaciones de seguridad de personas y entidades previa autorización judicial (art. 6.1 y 2.c) en relación con el art. 1 de la misma Ley y ello en relación con el art. Único de la Ley 2/2002, de 6 de mayo). No hay referencias al CNI en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales y una tangencial en la Ley Orgánica 7/2021, de 26 de mayo, de protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales referida a la cuestión de una titularidad supuesta de vehículos previsto en la Disposición final octava de modificación del texto refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, aprobado por el Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre.

elemento, documento o material¹²³ porque no se habilita la requisita, sino la entrada domiciliaria únicamente como un elemento accesorio de recopilación de información.

En todo caso, las limitaciones de los derechos fundamentales permitidos se hacen **para proteger la seguridad nacional**¹²⁴, concepto vertebrado, en el caso del CNI, en torno al art. 4 b) de la Ley 11/2002 que establece, entre otras, como función de nuestro servicio de espionaje el 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 **que el Juez que reciba la solicitud debe interpretar** verificando el grado de amenaza de cada hecho que se ponga en su conocimiento implique, y tiene que integrar conceptos tan indeterminados como «*la estabilidad de sus instituciones*», «*los intereses económicos nacionales*» y «*el bienestar de la población*», convirtiéndose en el guardián de la «seguridad del estado» protegiendo soberanía e integridad nacional, todo ello sin debate contradictorio y sin posibilidad de voces disonantes o de interpretaciones alternativas, configurando un «individualismo interpretativo»¹²⁵ de conceptos políticos que se puede basar en consideraciones no solo estrictamente jurídicas¹²⁶ y donde no hay posibilidad de una confrontación técnica de pareceres. O cree al CNI, o no le cree en sus planteamientos, algo que sería extraño, dando lugar a una resolución, seguramente un auto porque no sabemos que fisonomía adopta la resolución, en 72 horas (o 24 horas en función de la urgencia de la medida) salvaguardando sus actuaciones, que serán secretas. La resolución no es recurrible, ni revisable, tanto la principal como sus prorrogas sucesivas e indefinidas que conceda el Juez a petición del CNI, pues no hay límite para las mismas, al contrario que en proceso penal.

¹²³ Vid. en este sentido, GONZÁLEZ CUSSAC, *Intromisión en la intimidad...* op. cit., págs. 83-84.

¹²⁴ En este sentido, vid. ABA CATOIRA, Ana con otros autores, *Rendición de cuentas y servicios de inteligencia* en «Seguridad y libertad en el sistema democrático», FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio (Coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pág. 228; LÓPEZ ALAFRANCA, *¿Pero quién vigilará...* op. cit., pág. 50; GONZÁLEZ CUSSAC, *Intromisión en la intimidad...* op. cit., pág. 84.

¹²⁵ VERVAELE señala que no puede convertirse la política de seguridad nacional en objetivo de política judicial porque perjudica los derechos civiles y las garantías constitucionales. Vid. *La legislación antiterrorista en Estados Unidos ¿Inter armas silent leges?*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2007, pág. 5.

¹²⁶ Cfr. SANTAOLALLA LÓLEZ, *Actos políticos...* op. cit., págs. 123-124.

Finalmente, la actividad judicial se limita a autorizar pero no a **configurar ningún tipo de expediente destinado al Juez** porque no hay ningún procedimiento judicial abierto, con lo que la información queda archivada en la sede de los servicios secretos a disposición del SED quien decide la eliminación de aquello ajeno a los fines para los que la decisión se adoptó, sin que exista un procedimiento claro de cómo hacerlo y configurando un marco de discrecionalidad evidente, ayuno de control, que no impide el conocimiento de informaciones ajenas a la seguridad nacional que corresponden a ciudadanos anónimos que nunca sabrán que han sido espiados, pudiendo ser todos/as objetivo de recopilación informativa el CNI¹²⁷. No se informa tampoco al Juez de los hallazgos, ni de los progresos, tan solo se le invocan, en su caso, las razones de la prorroga en el mantenimiento de las medidas de injerencia, de modo que no hay propiamente supervisión judicial, sino una suerte de «validación» judicial de una injerencia gubernativa.

3.3. Operaciones de inteligencia e impacto procesal

Las organizaciones criminales (incluido el terrorismo) son elementos desestabilizadores por la comisión de hechos delictivos y violentos, punibles por la Justicia constituyendo un problema de seguridad pública pero a la vez sus actividades impactan en la actividad económica y política (piénsese por ejemplo en el blanqueo de capitales y la corrupción) que ponen el jaque al Estado democrático y los derechos de los ciudadanos¹²⁸, no siendo difícil verificar que su actuación, en cuanto amenaza, cabe perfectamente dentro del art. 4

¹²⁷ Algo que ya puso de manifiesto el CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL en el dictamen del Anteproyecto «Debe entenderse, en todo caso, que el expediente judicial quedará sujeto al régimen de publicidad establecido en la Ley de Secretos Oficiales. El Anteproyecto *no prevé cómo se configuraría el derecho del titular de las libertades* sacrificadas a conocer la actuación judicial y reaccionar contra ella». La cursiva es mía.

¹²⁸ Como apunta el informe del año 2016 de la UNDOC «Drug trafficking continues to be the most lucrative form of business for criminals. The trafficking of Afghan opiates is harmful in not only the destination countries, but also in those of origin and transit. There are strong inter-linkages between drug trafficking and the spread of crime, corruption, drug use, drug use disorders and HIV infection, **and this has serious implications for the legal, political, economic, and social stability**. All countries, drug producing, transit and consumption, alike have a stake in fighting this...». *Vid. UNITED NATIONS DRUGS AND CRIME, UNODC Annual Report Covering activities during 2016*, Vienna, 2017, pág. 14, puede consultarse en http://www.unodc.org/documents/AnnualReport2016/2016_UNODC_Annual_Report.pdf

b) de la Ley 11/2002 pero a la vez es limítrofe con el proceso penal¹²⁹. Sin embargo, la incógnita se genera con los efectos que puede tener un material de inteligencia obtenido bajo su propio procedimiento en el marco de las garantías procesales, singularmente las penales, es cuestión sujeta a debate¹³⁰.

Doctrinalmente las opiniones basculan entre oponerse a su empleo, al ser nulo, en el marco de un hipotético proceso penal por entender que es un material que no se ajusta a las garantías exigibles¹³¹ y las que señalan que no cabe desentenderse ante los hechos o materiales de los que tenga conocimiento el Magistrado del TS y que pueden desembocar en un proceso penal¹³², cuestión ésta que ya se había puesto de manifiesto en el debate parlamentario en el Congreso, durante la tramitación de las leyes del CNI, que sin un resultado legislativo práctico implicaba una defensa política de su uso con fines de represión penal¹³³.

¹²⁹ *Vid.* en este sentido, SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel, *La criminalidad organizada. Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*, Editorial Dykinson, Madrid, 2005, págs. 304-305; SÁNCHEZ BARRILAO, *Servicios de inteligencia...*op. cit., pág. 336.

¹³⁰ Como ha señalado el CONSEJO DE ESTADO en el dictamen 3075/2001, en el anteproyecto de la Ley 2/2002, de 6 de mayo «Sin embargo, cabe preguntarse sobre alguno o algunos de los efectos de la autorización judicial respecto del proceso a ella conectado, *en los casos en que se trate de actividades ligadas a un proceso penal*». Alertan sobre la implicación de los servicios secretos en los sumarios judiciales. *Vid.* HASSEMER, Winfried, con otros autores, *¿Proceso penal sin protección de datos?* en «La insostenible situación del derecho penal» ROMEO CASABONA, Carlos María (Dir.), Biblioteca Jurídica Comares de Ciencia Jurídica, Granada, 2000, pág. 114; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo con otros autores, *El Derecho penal del enemigo y el Estado democrático de derecho* en «Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión» (Vol. I), CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DIEZ, Manuel (Coord.), Edisofer, Madrid, 2006, pág. 820; SÁEZ VALCARCEL, Ramón, con otros autores, *Juicio penal y excepción ¿Una involución en el proceso de civilización?* «La generalización del Derecho penal de excepción: Tendencias legislativas», CAMPO MORENO, Juan Carlos, GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Dir.), Estudios de Derecho Judicial n.º 127, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, págs. 65-66; ORGIS, *Operaciones impulsadas y guiadas por inteligencia...*op. cit., pág. 162; SÁNCHEZ FERRO, *¿Misión imposible...*op. cit., pág. 207.

¹³¹ *Cfr.* REVENGA SÁNCHEZ, *Servicios de inteligencia...*op. cit., pág. 76; GONZÁLEZ CUSSAC, *Intromisión en la intimidad...*op. cit., pág. 90; SÁNCHEZ BARRILAO, *Servicios de inteligencia...*op. cit. pág. 330; PASCUAL SARRIA, *El control judicial a la interceptación...*op. cit., pág. 214. *Vid.* asimismo ORGIS, *Operaciones impulsadas y guiadas por inteligencia...*op. cit., pág. 162.

¹³² *Vid.* DE LA OLIVA SANTOS, *Escritos sobre derecho, justicia...*op. cit., pág. 165; LÓPEZ ALAFRANCA, *¿Pero quién vigilará...*op. cit., págs. 135-136; SÁNCHEZ FERRO, *¿Misión imposible...*op. cit., pág. 207; ABA CATOIRA, *Rendición de cuentas...*op. cit., pág. 233.

¹³³ Señalaba el Diputado MARSAL MUNTALÁ (PSOE) «*En cambio, en el servicio de Inteligencia el permiso judicial tiene como finalidad únicamente garantizar el derecho*

Jurisprudencialmente, parece que el empleo del material de inteligencia no es objeto de particular objeción máxime cuando se ha admitido el uso del *expediente de seguridad*, existiendo autorización de injerencia por el Magistrado del TS, sobre un agente del propio servicio para luego denunciarlo penalmente¹³⁴ o *informes del CNI, que pueden tener origen en las injerencias autorizadas, valorados judicialmente en sede de juicio para denegar, en el ámbito contencioso-administrativo, el asilo a quien parecía vinculado a organizaciones extremistas yihadistas, por motivos de seguridad nacional o expulsar a individuos vinculados con servicios de espionaje extranjeros*¹³⁵, con lo que los

y la libertad de los ciudadanos, no conseguir pruebas que después se tendrán que llevar a un tribunal. Esto mismo tiene como consecuencia que las características del juez o jueces que tengan que intervenir en las operaciones de información son distintas de las que tiene un juez que da permiso no para obtener pruebas sino para obtener elementos que permitan la Inteligencia. (...) Las actuaciones que se tengan que hacer como consecuencia de los resultados de la Inteligencia que elabora el Centro Nacional de Inteligencia van a tener que ser instrumentadas por el Gobierno a partir, primero, de decisiones políticas y, en segundo lugar, si estas decisiones políticas tienen consecuencias también en el campo de lo penal o lo administrativo, tendrán que hacerlo a través de los servicios que tengan características para realizar realizar estas operaciones, y tendrán que encargarlo a la Policía, a la Guardia Civil o a quien sea, según el tipo de actuación que se tenga que hacer...» Vid. DIARIO DE SESIONES DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS n.º 423, 2002, pág. 13696.

¹³⁴ Como ha justificado la STS 7056/10, de 10 de diciembre, de la Sala II (Ponente: Marchena Gómez), FJ I 2 A «Resulta indudable, pues, que la función del Magistrado llamado al control previo de las actividades del **CNI** no es la de un anticipado coadyuvante del Juez de instrucción. *El expediente incoado con ocasión del ejercicio de las funciones propias de los servicios de inteligencia y las diligencias penales encaminadas a la investigación de un hecho punible, no están necesariamente llamados a converger en un hipotético proceso penal. Responden a principios distintos, su contenido es también diferente y, por tanto, el sacrificio de los derechos fundamentales que se producen en uno y otro ámbito, se justifica por razones no coincidentes.* Consecuencia de todo ello es que los actos generados por la actividad del servicio de inteligencia, sometida al control previo del Magistrado autorizante, *no son verdaderos actos de prueba*. No fueron concebidos como medios de prueba —ni siquiera como diligencias de investigación— en un proceso penal. *Ello no significa que esas actividades estén llamadas, siempre y en todo caso, a su ocultación frente a quienes, de uno u otro modo, pudieron resultar afectados. La posibilidad de desclasificación de esos documentos, como se apunta Infra, forma parte de nuestro sistema. Pero lo que está fuera de dudas es que la existencia de un ulterior proceso penal en el que la notitia criminis no sea ajena al expediente de seguridad tramitado por el CNI, no implica la transmutación de la funcionalidad de ese expediente, que dejaría de ser lo que es, distanciándose de sus principios reguladores, para convertirse en un acto procesal sine qua non del verdadero proceso y, por tanto, sometido a las reglas generales que disciplinan el principio de publicidad».*

¹³⁵ Vid. STS 8589/2009 de 30 de diciembre, Sala III (Ponente: Peces Morate) que apunta en los FJ 2.º y 4.º «Este motivo tampoco puede prosperar porque el hecho demostrado es la existencia de un informe singular y razonado del Centro Nacional de Inteligencia y de un auto dictado, con fecha 18 de noviembre de 2001, por un Juzgado Central de Instrucción, en los que se explica y afirma la ideología extremista

expedientes de inteligencia no son notas de consumo interno y sin ser, lógico es, actos de prueba, ab initio no puede negarse su entrada en el seno de un proceso singularmente en el penal, recordando que nuestro TS ha señalado recientemente que conocer por el acusado las comunicaciones que «servicios de información extranjeros» hagan a la Policía no se integra en el contenido del derecho a un proceso con todas las garantías¹³⁶.

Sin embargo, el problema en la investigación penal es la diferencia de sistemas de autorización de la petición policial y la de los servicios secretos, lo que debería permitir el acceso por el acusado a los hechos¹³⁷ que motivaron la autorización al CNI algo que si bien

de la organización tunecina An Nahda y su vinculación con Al Qaeda, así como las actividades del recurrente en aquélla, que el propio recurrente ha admitido en sus diferentes escritos de alegaciones (...) La Sala sentenciadora, *después de analizar detenidamente el informe del Centro Nacional de Inteligencia* y lo declarado en el auto de fecha 18 de noviembre de 2001 por un Juzgado Central de Instrucción, opina lo contrario y, a la vista de lo expresado en el fundamento jurídico séptimo de su sentencia, transcrita en el antecedente segundo de esta nuestra, no existen razones para calificar de ilógica, irracional o arbitraria la conclusión a que ha llegado dicha Sala, de manera que no procede modificarla en casación, y, por consiguiente, este segundo motivo debe ser desestimado como los demás hasta aquí examinados». En este mismo sentido, la STS 4376/2015 de la Sala III, de 26 de octubre de 2015 Ponente (Del Riego Valledor) con relación a la expulsión de territorio nacional de un ciudadano marroquí en el que se formuló denuncia por el SED con una nota de la Brigada de Información de Policía de la Jefatura Superior de Policía de Cataluña, en la que se afirmaba que el expulsado colaboraba con un servicio extranjero «... comprometiendo la política exterior española, constituyendo una amenaza contra la estabilidad de sus instituciones» (FJ 3.º), con lo que de alguno lugar tuvo que sacar esta información el CNI.

Finalmente, resulta de interés para observar como un informe del CNI **se estima insuficiente** para la denegación de la nacionalidad en la STS n.º de recurso 1744/2013, de 9 de marzo del 2015, de la Sala III (Ponente: Trillo Alonso) y con relación a la solicitud de una ciudadana cubana a quien el CNI atribuía vínculos con los servicios secretos de su país donde la insuficiencia del informe del CNI motivo la desestimación del recurso de la Abogacía del Estado (FJ 4.º).

¹³⁶ *Vid. STS 312/21 de la Sala II, de 13 abril, (Ponente: Llarena Conde) FJ 1.13 «Ya hemos expresado que desvelar la fuente de conocimiento de los datos que los servicios de información extranjeros proporcionan a las fuerzas y cuerpos de seguridad españoles, no se integra en el contenido del derecho a un proceso con todas las garantías, de suerte que resultaron adecuadas las decisiones judiciales denegando la remisión de las comunicaciones remitidas por el FBI a la Guardia Civil...».*

¹³⁷ Como ha señalado la STEDH Weber y Saravia contra Alemania de 29 de junio de 2006 §135 «However, the fact that persons concerned by secret surveillance measures are not subsequently notified once surveillance has ceased cannot by itself warrant the conclusion that the interference was not «necessary in a democratic society», as it is the very absence of knowledge of surveillance which ensures the efficacy of the interference. Indeed, such notification might reveal the working methods and fields of operation of the Intelligence Service (see *Klass and Others*, cited above, § 58, and, *mutatis mutandis*, *Leander*, cited above, § 66). As soon as

podría pugnar con la desclasificación y motivos de seguridad nacional también lo hace con el derecho de defensa ante las consecuencias penales a sufrir, con lo que sería preciso, realizando las oportunas reformas legales, que tan pronto los hechos de los que conoce el servicio de inteligencia sean de carácter delictivo, sean puestos en inmediato conocimiento de las autoridades policiales para que éstas se encarguen de su persecución y judicialización inmediata para que el señalado derecho de defensa sea pleno, optando por unificar a la luz de la jurisprudencia del TEDH¹³⁸ los sistema de autorización de las fuerzas policiales y los servicios de inteligencia con participación en la solicitud del CNI del Ministerio Fiscal en virtud del art. 3.3 EOMF, acen-tuando la contradicción al dictaminar sobre la petición que se lleve a cabo por parte de los servicios secretos lo que sin duda contribuye a una dimensión más respetuosa de los derechos fundamentales. La unificación de criterios de autorización evita problemas procesales ulteriores y a la vez permite la reciprocidad en el uso e intercambio de informaciones para que la tarea de protección sea más eficaz en la doble dimensión de la seguridad. Para preservar la seguridad nacional, la identidad de los agentes y de las tareas desarrolladas cabe suprimir el acceso de terceros a los actos judiciales¹³⁹ donde afloren informaciones sensibles con importantes sanciones disuasorias para quienes las hagan públicas.

Por otro lado, sería interesante conocer los criterios de concesión o denegación de las solicitudes del CNI, al menos para ver como configura el concepto de «seguridad nacional» el Juez del TS y que

notification can be carried out without jeopardising the purpose of the restriction after the termination of the surveillance measure, information should, however, be provided to the persons concerned (see, *mutatis mutandis*, *Leander*, cited above, § 66, and *Klass and Others*, cited above, § 58)....».

¹³⁸ *Vid. STEDH Big Brother Watch y otros contra el Reino Unido de 25 de mayo de 2021§ 274.*

¹³⁹ Como señala la STS 7056/10, de 10 de diciembre, de la Sala II (Ponente: Marchena Gómez), FJ 1 «Pero cuando a la presencia física de agentes del CNI se suma —y este dato resulta decisivo— un relevante número de documentos íntimamente ligados a las actividades del servicio de inteligencia, las razones para una decisión restrictiva del principio de publicidad, se hacen mucho más visibles. Y eso fue lo que precisamente aconteció en el supuesto que es objeto de análisis. Basta un examen de los documentos incorporados a la causa y sobre los que, con previsible necesidad, iban a ser interrogados los testigos y el acusado, para concluir la conveniencia de excluir la asistencia de terceros a las sesiones del plenario. El hecho de que buena parte de los testigos fueran agentes del CNI y que sus respuestas —para ser veraces— pudieran obligar a una referencia a procedimientos de actuación y documentos sustraídos al conocimiento público, justificaba la decisión excluyente de la publicidad. *No existió, por tanto, vulneración del derecho a un proceso público con todas las garantías.*». La cursiva es mía.

requisitos maneja proponiendo una desclasificación parcial de resoluciones que permitan simplemente verificar los procedimientos de concesión de manera que sirva a una relativa transparencia, transcurrido un período de tiempo razonable, de modo que los juristas pueda conocer esa suerte de «jurisprudencia en materia de inteligencia». La publicación de los criterios por el propio TS también podría llegar a ser una opción plausible.

3.4. ¿El tribunal FISA de USA como paradigma de gobernanza?

El control judicial, reitero, es una herramienta clave, junto con la intervención del Legislativo y del Ejecutivo, para la adecuada gobernanza democrática y rendición de cuentas de los servicios de inteligencia pero la cuestión esencial a la que se ha enfrentado su participación ha sido conjugar la transparencia de actuación de la Administración de Justicia frente a la tradicional reserva a la que se ven obligadas las denominadas operaciones secretas o encubiertas, señalándose que nuestro sistema se ha inspirado en el modelo anglosajón¹⁴⁰ desligando la seguridad nacional de los procesos penales. Singularmente, Estados Unidos se caracteriza por una multiplicidad de agencias de inteligencia (CIA, NSA, DIA, FBI en su rama de inteligencia, Fuerzas Armadas y Departamentos del Gobierno con sus propios servicios) que son coordinadas por un Director/a Nacional de Inteligencia, cuyo origen situamos en la Ley de Reforma de Inteligencia y Prevención del Terrorismo de 2004 (IRPA) en cuanto agente del Ejecutivo para una adecuada coordinación de todas las organizaciones, conviviendo con un intenso control por parte del legislativo a través de las comisiones parlamentarias de supervisión¹⁴¹ y un peculiar control judicial que se produce en materia de recopilación de inteligencia extranjera con un tribunal específico que llama poderosamente la atención.

La intervención judicial responde a un modelo de control concentrado a través de la FISA Court (*Foreign Intelligence Surveillance Act Court*) o Tribunal de Vigilancia de Inteligencia Extranjera de Estados Unidos (en adelante Tribunal FISA) y que podría ser examinado en sus contornos como un órgano inspirador con bastantes matices y cuya pretensión es actuar en garantía de los derechos de privacidad (Cuarta Enmienda)¹⁴² frente a las intromisiones del Gobierno y sus

¹⁴⁰ En este sentido, *vid. LÓPEZ ALAFRANCA, ¿Pero quién vigilará...?* op. cit., pág. 132.

¹⁴¹ *Vid. RUIZ MIGUEL, Servicios de inteligencia...* op. cit., pág. 246

¹⁴² «The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated; and no

agencias¹⁴³. Es un Tribunal Federal, creado por una norma del año 1978 (*Act*; 50 U.S.C. § 1801 et seq.), que se encuentra integrado por once Jueces Federales cuyas identidades son públicas¹⁴⁴ aunque su trabajo es secreto, y que son designados por el Presidente (*Chief Justice*) de la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos, siendo «*de al menos siete de los circuitos judiciales de los Estados Unidos, de los cuales no menos de 3 residirán dentro de las 20 millas del Distrito de Columbia*» por espacio de siete años¹⁴⁵. El sentido de su creación vino dado por abusos llevados a cabo por parte de las agencias de seguridad domésticas (FBI) que tenían como objetivo a personas que expresaban un disentimiento político durante los años sesenta más que ser un riesgo para la seguridad nacional, intentando poner fin a lo que era un comportamiento abusivo de la denominada vigilancia electrónica, amparada por los sucesivos Fiscales Generales, que es el Ministro de Justicia e Interior, pero no autorizadas judicialmente¹⁴⁶.

Warrants shall issue but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized».

¹⁴³ Jurisprudencialmente se había exigido la necesidad de orden judicial para interceptaciones de las comunicaciones por el Ejecutivo, en cuanto podían conculcar la Cuarta Enmienda. *Vid. Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967); *Berger v. New York*, 388 U.S. 41 (1967); *United States v. US District* 407 U.S. 297 (1972). En relación a la evolución en materia de privacidad en USA, *Vid. SOLOVE, Daniel J., A Brief History of Information Privacy Law*, Proskauer on privacy, PLI, 2006, págs. 1-46 que se puede consultar en https://scholarship.law.gwu.edu/faculty_publications.

¹⁴⁴ Las identidades de diez de ellos son públicas y son las siguientes en la actualidad (agosto 2022). Rudolph Contreras (Juez Presidente) ; Anne C. Conway; Louis Guirola Jr; Kenneth M. Karas; Robert B. Kugler; Amit P. Mehta; Liam O'Grady; George Z. Singal; John J. Tharp, Jr.; Anthony J. Trenga. Consultar <http://www.fisc.uscourts.gov/current-membership>

¹⁴⁵ 50 USC §§ 1803

¹⁴⁶ Las escuchas sistemáticas del FBI a líderes de los Derechos Civiles como Martin Luther King sin control judicial por supuesto, *Cfr.* sobre la situación previa de abuso en STAIN, Robert, MONDALE, Walter, F., CAITLIN ROSE, Fisher, *No Longer a Neutral Magistrate: The Foreign Intelligence Surveillance Court in the Wake of the War on Terror*, 100 Minnesota Law Review 2251, 2016, pág. 2260, accesible https://scholarship.law.umn.edu/faculty_articles/564; BOYKIN, Scott A., *The Foreign Intelligence Surveillance Act and The Separation of Powers*, University of Arkansas at Little Rock Law Review Vol. 38, 2015, pág. 33, accesible <https://lawrepository.ualr.edu/lawreview/vol38/iss1/2> ; GORSKI, Ashley, *Summary of U.S. Foreign Intelligence Surveillance Law, Practice, Remedies, and Oversight*, American Civil Liberties Union Foundation, August 2018, pág. 5 ; BELLIA, Patricia L., *The Lone Wolf Amendment and the Future of Foreign Intelligence Surveillance Law*, Villanova. Law Review Vol. 50, 2005, pág. 431 accesible en <https://digitalcommons.law.villanova.edu/vlr/vol50/iss3/2>; THE HARVARD LAW REVIEW ASSOCIATION, *Shifting the FISA paradigm: Protecting civil liberties by eliminating ex ante judicial approval*, Harvard Law Review Vol. 121, 2008, pág. 2201.

Las solicitudes que se sustancian ante el Tribunal FISA proceden del poder Ejecutivo, quien bajo determinadas circunstancias también puede acordar una vigilancia electrónica sin orden judicial¹⁴⁷, destinada a la recopilación de inteligencia operada en Estados Unidos por **agentes extranjeros** de modo que no se usa por tanto, como objeto principal, para vigilar a ciudadanos norteamericanos salvo que estos fueran agentes de potencias extranjeras, comprendiendo la denominada «vigilancia electrónica» (control de comunicaciones variadas, instalación de micrófonos, colocación de aparatos de grabación de imágenes...). La solicitud se hace por el Gobierno¹⁴⁸ cuya **causa probable**¹⁴⁹ objeto de acreditación es que «(A) *el objetivo de la vigilancia electrónica es una potencia extranjera o un agente de una potencia extranjera: siempre que ninguna persona de los Estados Unidos pueda ser considerada una potencia extranjera o un agente de una potencia extranjera únicamente sobre la base de actividades protegidas por la primera enmienda a la Constitución de los Estados Unidos; y(B) cada una de las instalaciones o lugares a los que se dirige la vigilancia electrónica está siendo utilizada, o está a punto de ser utilizada, por una potencia extranjera o un agente de una potencia extranjera*» debiendo aportar un «procedimiento de minimización» destinado a evitar difusión de información inconsentida de ciudadanos norteamericanos¹⁵⁰, con lo que no es preciso poner de manifiesto la comisión inminente de un hecho de naturaleza delictiva, bastando con cumplir con estos estándares que, si son acreditados exitosamente, podrían permitir una orden de vigilancia por el Tribunal FISA¹⁵¹. La solicitud ante este Tribunal también se extiende a supuestos de terrorismo, incluso internacional, o sabotaje con implicación de elementos afectos a una organización o potencia extranjera¹⁵², y ello teniendo presente las cuestiones de índole criminal que resultan de los hechos correlacionados con el terrorismo.

La solicitud se sustancia ante un Juez del Tribunal en el que, además de acreditar la causa probable, se debe informar de otra serie

¹⁴⁷ 50 USC §§ 1802.

¹⁴⁸ Normalmente el Departamento de Justicia cuyo jefe, el Fiscal General, es el Ministro de Justicia, pero también el máximo responsable del FBI, agencia policial interna que también opera en cuestiones de inteligencia.

¹⁴⁹ Sospecha razonable que está basada en los conocimientos y percepciones de una persona normal o estándar. *Vid. Aguilar v. Texas*, 378 U.S. 108 (1964), *Spinelli v. United States* (1969), *Illinois v. Gates*, 462 U.S. 213 (1983).

¹⁵⁰ 50 USC §§ 1805 (a) 2.

¹⁵¹ *Vid. BERMAN*, Emily, *The Two Faces of the Foreign Intelligence Surveillance Court*, Indiana Law Journal Vol. 91, 2016, págs. 1196-1197, accesible en <http://www.repository.law.indiana.edu/ilj/vol91/iss4/4>.

¹⁵² 50 USC §§ 1804.

de consideraciones tales como la identidad de los implicados, de los funcionarios actuantes, duración de las medidas de vigilancia electrónica, certificados de las autoridades de inteligencia y detalle de solicitudes anteriores, entre otros extremos¹⁵³. El Gobierno comparece con su representación **como única parte procesal**¹⁵⁴ ante uno de los Jueces FISA, descartando que se esté en presencia de un proceso adversarial¹⁵⁵ propio de la fisonomía del sistema norteamericano donde los contendientes (adversarios) se confrontan a la espera de obtener la razón del tercero dirimente que escucha su argumentación¹⁵⁶. Ante la solicitud presentada, el Juez FISA concederá, o denegará detalladamente, la orden de vigilancia electrónica interesada por el Gobierno con identificación de sujetos, medios, tipo de información a obtener y duración de dicha orden¹⁵⁷. Hay que señalar que la denegación de la orden es susceptible de revisión ante la *FISA Court Review* integrada por tres jueces del mismo órgano¹⁵⁸, aunque es un supuesto raro en la práctica, debido a lo que se ha señalado como conducta complaciente con las solicitudes del Gobierno¹⁵⁹, cabiendo finalmente apelación ante la Corte Suprema si también la revisión es poco exitosa¹⁶⁰. El Tribunal FISA se puede hacer auxiliar de la figura del *amicus curiae* que es un experto en cuestiones legales o técnicas en relación a la privacidad¹⁶¹ que actúa como una suerte de asesor.

Existen varias cuestiones comunes que son objeto de crítica en la configuración de esta Corte y que puede servirnos como objeto de

¹⁵³ 50 USC §§ 1804.

¹⁵⁴ *Vid. CLARKE, Connor, Is the Foreign Intelligence Surveillance Court really a rubber stamp? Ex parte proceedings and the FISC win rate*, Stanford Law Review Vol. 66, 2014, pág. 127 accesible en <http://www.stanfordlawreview/online/> is-the-Foreign-Intelligence-Surveillance-Court-really-a-rubber-stamp.

¹⁵⁵ *Vid. HARPER, Nick, FISA's fuzzy line between domestic and international terrorism*. The University of Chicago Law Review Vol.81, 2014, pág. 1124 accesible en <http://chicagounbound.uchicago.edu/ulrev/vol81/iss3/5.PERSINGER>, Allison E. *Reforming the Foreign Intelligence Surveillance Court to Curb Executive Branch Abuse of Surveillance Techniques*, Campbell Law Review Vol. 37, 2015, pág. 523 accesible en <http://scholarship.law.campbell.edu/clr>; BERMAN, *The Two Faces of the...op. cit.*, pág. 1202-1204; THE HARVARD LAW REVIEW ASSOCIATION, *Shifting the FISA paradigm...op. cit.*, pág. 2206.

¹⁵⁶ Sobre su sentido procesal, *vid. desde nuestra propia doctrina, GÓMEZ COLOMER, Juan Luís, Adversarial System, proceso acusatorio y principio acusatorio: Una reflexión sobre el modelo de enjuiciamiento criminal aplicado en los Estados Unidos de Norteamérica*, Revista Poder Judicial n.º especial XIX, 2006, págs. 50-57.

¹⁵⁷ 50 USC §§ 1805.

¹⁵⁸ 50 USC §§ 1803 b).

¹⁵⁹ En este sentido, *vid. PERSINGER, Reforming the Foreign...op. cit.*, págs. 523-524.

¹⁶⁰ 50 USC §§ 1803 b).

¹⁶¹ 50 USC §§ 1803.

reflexión. En primer lugar, la necesidad de configurar la intervención ante el Tribunal FISA como **adversarial**, es decir, estableciéndola como un proceso de partes que evite el automatismo en la concesión de la orden¹⁶² a través de un abogado especial defensor de la **privacidad**¹⁶³, que se confrontaría con el Gobierno, aunque es una idea que es discutida por ser una figura que podría no ser considerada¹⁶⁴ al ser una suerte de abogado sin cliente¹⁶⁵ cuestión que ha sido en cierta manera afrontada, de manera atenuada eso sí, mediante la USA FREEDOM ACT de 2015 a través de los ya señalados *amicus curiae*¹⁶⁶. En segundo lugar, un mayor escrutinio sobre los Jueces nombrados para el Tribunal FISA con mayor intervención de los órganos legislativos, algo que también se objeta por cuanto al ser Jueces Federales ya han pasado un proceso legislativo de confirmación¹⁶⁷. En tercer lugar, la necesidad de **más transparencia** dando a conocer las opiniones del Tribunal, cuáles son sus orientaciones, haciendo una tarea de desclasificación, lo que permite ver qué clase de interpretaciones hace la Corte¹⁶⁸, algo que podría chocar con la idea de preservación de la seguridad nacional, y que no obstante se ha procedido a la desclasificación de órdenes dictadas que permiten comprender la delimitación conceptual que tiene el Tribunal FISA sobre diversos asuntos que le competen¹⁶⁹.

¹⁶² *Vid.* CETINA, Daniel, *Balancing Security and Privacy in 21st Century America: A Framework for FISA Court Reform*. The John Marshall Law Review Vol. 47, 2014, pág. 1468, en <http://repository.jmls.edu/lawreview/vol47/iss4/15>; ARNBAK, Axel, GOLBERG, Sharon, *Loopholes for Circumventing the Constitution: Unrestrained Bulk Surveillance on Americans by Collecting Network Traffic Abroad*, Michigan Telecommunications and Technology Law Review Vol. 21, 2015, pág. 332, accesible en <http://repository.law.umich.edu/mtllr/vol21/iss2/3>; BERMAN, *The Two Faces of the...op. cit.*, pág. 1194; PERSINGER, *Reforming the Foreign...op. cit.*, pág. 536.

¹⁶³ *Vid.* en relación a esta opción, VLADECK, Stephen I., *The FISA Court and Article III*, Washington. & Lee Law Review, Vol. 72, 2015, págs. 1176-1179 Accesible :<https://scholarlycommons.law.wlu.edu/wlulr/vol72/iss3/4>; ARNBAK, GOLBERG, *Loopholes for Circumventing...op. cit.*, pág. 332; PERSINGER, *Reforming the Foreign...op. cit.*, pág. 537; BERMAN, *The Two Faces of the...op. cit.*, pág. 1241; STAIN, MONDALE, CAITLIN ROSE, *No Longer a Neutral Magistrate...op. cit.*, pág. 2294.

¹⁶⁴ CETINA, *Balancing Security...op. cit.*, pág. 1469.

¹⁶⁵ PERSINGER, *Reforming the Foreign...op. cit.*, pág. 537

¹⁶⁶ 50 USC §§ 1803(i). *Vid.* sobre esta cuestión CHIN, Simon, *Introducing independence to the Foreign Intelligence Surveillance Court*, The Yale Law Journal Vol. 131, 2021, págs. 659—725 que se pueden consultar en <http://www.yalelawjournal.org/author/simon-chin>.

¹⁶⁷ CETINA, *Balancing Security...op. cit.*, pág. 1468.

¹⁶⁸ BERMAN, *The Two Faces of the...op. cit.*, pág. 1204-1205; PERSINGER, *Reforming the Foreign...op. cit.*, pág. 537

¹⁶⁹ *Vid.* DONOHUE, Laura K. *The evolution and jurisprudence of Foreign Intelligence Surveillance Court and Foreign Intelligence Surveillance Court Review*, Harvard Law School National Security Journal Vol. 12, 2021, págs. 204-287 en <http://>

Es preciso señalar, a propósito del conflicto con el proceso penal, que la PATRIOT ACT de 2001 alteró la fisonomía de la FISA ACT permitiendo la captación de inteligencia «significativa» rompiendo la separación («wall») entre recopilación de inteligencia extranjera e investigaciones criminales¹⁷⁰ pudiendo ser utilizada una orden de este Tribunal en una investigación penal que, como podemos comprobar, presentaba una relajación de requisitos mayor frente a la solicitud que procede en el marco de una averiguación criminal (con una acreditación de causa probable mucho más exigente en cuanto a formular una hipótesis fundada de hecho penal) generando una comunicabilidad vulneradora de derechos constitucionales, de modo que teniendo presentes las excepcionales situaciones derivadas del 11-S se validó el uso de recursos de inteligencia¹⁷¹ para perseguir hechos delictivos, que en todo caso exige una comunicación del material a la persona afectada (*aggrieved person*) quien puede llegar a obtener la exclusión de su uso, pudiendo analizar el Tribunal de Distrito competente, no el Tribunal FISA, la legalidad de la orden emitida¹⁷², aunque la problemática desclasificación entre en colisión clara con la seguridad nacional. En este sentido, el conocimiento de la orden y de los hechos en los que se apoya es preciso para evitar que el Tribunal FISA pueda acceder a peticiones basadas en hechos falseados o inciertos, algo que no es imposible¹⁷³, y que puede permitir la entrada en funcionamiento de las denominadas reglas de exclusión que implica la nulidad de todo lo obtenido.

harvardnsj.org/2021/06/ The evolution and jurisprudence of Foreign Intelligence Surveillance Court and Foreign Intelligence Surveillance Court Review/.

¹⁷⁰ *Vid.* SENTELLE, David B, *National Security Law: More Questions Than Answers*, Florida State University Law Review Vol. 31, 2003, págs. 13-14.<http://ir.law.fsu.edu/ir/vol31/iss1/1>; SOLOVE, *A Brief History...*op. cit., págs. 41-42; BOYKIN,.., *The Foreign Intelligence..*op. cit., pág. 41.

¹⁷¹ Sobre el uso de información obtenida al amparo de una orden FISA, *vid.* la regulación en 50 USC §§ 1806, con autorización del Fiscal General de los Estados Unidos. Asimismo *vid.* MANNA, Adelmo, *Erosión de las garantías individuales en nombre de la eficacia contra el terrorismo: La privacy en «Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión»* (Vol. I), CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Manuel (Coord.), Edisofer, Madrid, 2006, págs. 257-298.

¹⁷² *Vid.* la síntesis procedimental en MILLER, Rachel G., *FISA Section 702: Does querying incidentally collected information constitute a search under the Fourth Amendment?* Notre Dame Law Review Reflection Vol. 95, 2020, pág.143 en https://scholarship.law.nd.edu/ndlr_online; HARPER, *FISA's fuzzy line between...*opc.it., pág. 1131.

¹⁷³ *Vid.* a la luz del informe del Inspector General del Departamento de Justicia, lo señalado en GRODEN, Claire, *Fact-Checking FISA applications*, New York University Law Review Vol. 96, 2021, pág. 1674 accesible en <http://www.nyulawreview.org/issues/volume-96-number-5/fact-checking-fisa-applications/>.

4. CONCLUSIONES

La gobernanza democrática y rendición de cuentas de los servicios inteligencia se basa en un triple control de los tres poderes del Estado (Gobierno, Parlamento y Magistratura), recordando que la fortaleza de las instituciones se mide por su transparencia y su respeto a los derechos fundamentales de la ciudadanía. De ellos, el control judicial se presenta como un mecanismo de fortalecimiento garantista de los derechos frente a un órgano de inteligencia (CNI) caracterizado por el secretismo organizativo y la clandestinidad en sus operaciones y que actúa en defensa de la seguridad nacional, algo que contrasta con la transparencia que acaba imponiéndose en la gestión de la «seguridad pública» en la que el Juez, a la hora de perseguir el delito, se convierte en una pieza esencial de supervisión de la actividad policial. Sin embargo, la función judicial de garantía se difumina parcialmente cuando la «seguridad nacional» llama a su puerta solicitando medidas de injerencia.

Hay que señalar que lo importante no parece ser el modelo de control judicial de operaciones de inteligencia en su dimensión organizativa (véase el contraste entre España y USA, por cuanto los problemas parecen ser los mismos), pues la relación del Juez único, u organizado en Corte, con la denominada «seguridad nacional» es cuando menos singular, **sino las reglas de las que se dota el sistema de control para garantizar los derechos fundamentales que se pueden ver vulnerados por la labor de espionaje**, lo que justificaría una unificación procedimental, a la luz de la jurisprudencia del TEDH, de las solicitudes de fuerzas policiales y de inteligencia, resolviendo el problema del uso y acopio de la información obtenida en supuestos de espionaje que se torna enormemente complejo cuando se entremezcla con la existencia de hechos constitutivos de delito y que deberían ser comunicados inmediatamente a las fuerzas policiales para su investigación, pudiendo los servicios de inteligencia continuar con sus actividades en la parte no penal para prevenir amenazas a la seguridad nacional. Es preciso tener un sistema de solicitud de injerencia en los derechos fundamentales por los órganos de inteligencia con contradictorio donde juntamente con la petición del gobierno exista un órgano dictaminador, en aras de agotar todas las opiniones, sobre la razonabilidad de lo interesado, teniendo al Ministerio Público como una opción. Quien se vea afectado por la información facilitada por los servicios secretos tendrían derecho de acceso a los hechos que sirven para su incriminación, y ejercer el derecho de defensa, pero a cambio cabe suprimir la posibilidad de un juicio público para pre-

servar la seguridad nacional imponiendo sanciones ejemplares para aquellos que difundan información protegida.

Como exige el **ODS 16.6 necesitamos instituciones fuertes y transparentes** que sirvan adecuadamente, en un marco de gobernanza democrática, a la ciudadanía. Un adecuado control judicial con reglas perfectamente delimitadas y garantistas contribuye a una rendición de cuentas necesaria que contribuye a una mayor confianza pública y a una mayor protección de nuestro sistema democrático evitando la existencia de esferas gubernamentales no controladas y que disponen de enormes poderes de indagación y de recopilación informativa.

BIBLIOGRAFÍA

- Aba Catoira, Ana, *El secreto de Estado y los servicios de inteligencia*, Cuaderno Constitucionales Fadrique Furio Ceriol, n.º 38/39, 2002.
- aba catoira, Ana con otros autores, *Rendición de cuentas y servicios de inteligencia* en «Seguridad y libertad en el sistema democrático», Fernández Rodríguez, José Julio (Coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- Aboso, Gustavo Eduardo, con otros autores, *El llamado «Derecho penal del enemigo» y el ocaso de la política criminal racional: El caso argentino* en «Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión» (Vol. I), Cancio Meliá, Manuel; Gomez-Jara Díez, Manuel (Coord.), Edisofer, Madrid, 2006.
- Arnbak, Axeil, Golberg, Sharon, *Loopholes for Circumventing the Constitution: Unrestrained Bulk Surveillance on Americans by Collecting Network Traffic Abroad*, Michigan Telecommunications and Technology Law Review Vol. 21, 2015, en <http://repository.law.umich.edu/mttlr/vol21/iss2/3>.
- Agudo Zamora, Miguel, con otros autores, *Reflexiones sobre constitucionalismo y seguridad* en «Estudios sobre la Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana» Izquierdo Carrasco, Manuel; Alarcón Sotomayor, Lucia (Dir.), Editorial Aranzadi, Navarra, 2019.
- Bacigalupo Zapater, Enrique, con otros autores, *La noción de un proceso penal con todas las garantías* en «Derechos procesales fundamentales», Gutiérrez-Alviz Conradi, Faustino; López López, Enrique (Coords.), Manuales de Formación Continua n.º 22, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004.

- Ballesteros Martín, Miguel Ángel, *En busca de una estrategia de seguridad nacional*, Ministerio de Defensa, Madrid, 2016.
- Bellia, Patricia L., *The Lone Wolf Amendment and the Future of Foreign Intelligence Surveillance Law*, Villanova. Law Review Vol. 50, 2005, accesible en <https://digitalcommons.law.villanova.edu/vlr/vol50/iss3/2>.
- Berman, Emily, *The Two Faces of the Foreign Intelligence Surveillance Court*, Indiana Law Journal Vol. 91, 2016, en <http://www.repository.law.indiana.edu/ilj/vol91/iss4/4>.
- Born, Hans; Leigh, Ian, *Hacia un Control Democrático de las Actividades de Inteligencia: Estándares Legales y Métodos de Supervisión*, Geneva Centre for Security Sector Governance, Ginebra, 2004.
- Boykin, Scott A., *The Foreign Intelligence Surveillance Act and The Separation of Powers*, University of Arkansas at Little Rock Law Review Vol. 38, 2015, <https://lawrepository.ualr.edu/lawreview/vol38/iss1/2>.
- Bruzzone, Gustavo A., *El Juez Penal en el control de la política criminal*, en «Dogmática y Ley Penal» (Libro homenaje a Enrique Bacigalupo Zapater), T. II, López Barja de Quiroga, Jacobo, Zugaldia Espinar, José Miguel (Coords.), Marcial Pons, Madrid, 2004.
- Calamandrei, Piero, *Proceso y democracia*, Ediciones Olejnik, Argentina, 2018.
- Carnelutti, Francesco, *Cuestiones sobre el proceso penal*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1961.
- Campos Navas, Daniel, *Iniciativa, obtención y acopio de los medios de prueba en el proceso penal*, Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal I, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, Madrid, 2002.
- Casino Rubio, Miguel, *Seguridad Pública y Constitución*, Editorial Tecnos, Madrid, 2015.
- DCAF Intelligence Working Group, *Intelligence practice and democratic oversight-A practitioner's view*, Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces, Geneva, July 2003.
- Delgado Martín, Joaquín, *El proceso penal ante la criminalidad organizada. El agente encubierto*, Actualidad Penal n.º 1(<http://www.diariolaleylaley.es>), 2000.
- Delgado Martín, Joaquín, *La criminalidad organizada*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2001.

Domínguez-Berrueta de Juan, Miguel, Fernando Pablo, Marcos, Fernández de Gatta Sánchez, Dionisio, Nevado Moreno, Pedro T., *Constitución, Policía y Fuerzas Armadas*, Marcial Pons-Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 1997.

de Llera Suárez-Barcena, Emilio, *El modelo constitucional de investigación penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

Cetina, Daniel, *Balancing Security and Privacy in 21st Century America: A Framework for FISA Court Reform*. The John Marshall Law Review Vol. 47, 2014, en <http://repository.jmls.edu/lawreview/vol47/iss4/15>.

Clarke, Connor, *Is the Foreign Intelligence Surveillance Court really a rubber stamp? Ex parte proceedings and the FISC win rate*, Stanford Law Review Vol. 66, 2014, accesible <http://www.stanfordlawreview/online/is-the-Foreign-Intelligence-Surveillance-Court-really-a-rubber-stamp>.

Congreso de los Diputados, *Centro Nacional de Inteligencia. Documentación preparada para la tramitación de los siguientes proyectos de Ley: Reguladora del Centro Nacional de Inteligencia y Orgánica reguladora del control de inteligencia previo del Centro Nacional de Inteligencia*, Documentación n.º 159 preparada por la Secretaría General.

Couto de Brito, Alexis, *Criminalidad organizada y las formas de investigación: el agente encubierto en «Nuevas amenazas a la Seguridad Nacional: Terrorismo, criminalidad organizada y tecnologías de la información y la comunicación»*, González Cussac, José Luís; Cuerda Arnau, María Luisa (Dirs.); Fernández Hernández, Antonio (Coord.), Tirant lo blanch, Valencia, 2013.

Chin, Simon, *Introducing independence to the Foreign Intelligence Surveillance Court*, The Yale Law Journal Vol. 131, 2021, que se pueden consultar en <http://www.yalelawjournal.org/author/simon-chin>.

Damián Moreno, Juan, con otros autores *¿Un derecho procesal de enemigos?* en «Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión» (Vol. I), Cancio Meliá, Manuel; Gómez-Jara Díez, Manuel (Coord.), Edisofer, Madrid, 2006.

Díaz Fernández, Antonio, *Organismos de información e inteligencia en España: La evolución del marco jurídico e institucional en «Terrorismo global: Gestión de información y servicios de inteligencia»*, Navarro Bonilla, Diego; Esteban Navarro, Miguel Ángel (Coordinadores), Plaza y Valdés Editores, Madrid, 2007.

Donohue, Laura K. *The evolution and jurisprudence of Foreign Intelligence Surveillance Court and Foreign Intelligence Surveillance Court Review*, Harvard Law School National Security Journal Vol. 12, 2021, en <http://harvardnsj.org/2021/06/> The evolution and jurisprudence of Foreign Intelligence Surveillance Court and Foreign Intelligence Surveillance Court Review/.

Dubber, Markus, *Guerra y paz: Derecho Penal del enemigo y el modelo de supervisión policial* en «Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión» (Vol. I), Cancio Meliá, Manuel; Gómez-Jara Díez, Manuel (Coord.), Edisofer, Madrid, 2006.

Feijoo Sánchez, Bernardo con otros autores, *El Derecho penal del enemigo y el Estado democrático de derecho* en «Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión» (Vol. I), Cancio Meliá, Manuel; Gómez-Jara Díez, Manuel (Coord.), Edisofer, Madrid, 2006.

Fernández Rodríguez, José Julio, *Secreto e intervención de las comunicaciones en internet*, Civitas Ediciones, Madrid, 2004.

Fernández Rodríguez, José Julio, *Seguridad (es) en un futuro incierto (un estudio jurídico constitucional)*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2020.

Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. Andrés Ibáñez, Perfecto, y Andrea Greppi, Editorial Trotta, Madrid, 2006.

Gascón Inchausti, Fernando, *Infiltración policial y agente encubierto*, Editorial Comares, Granada, 2001.

González Cussac, José Luis, *Intromisión en la intimidad y Centro Nacional de Inteligencia. Crítica al modelo español de control judicial previo*, Revista Penal México núm. 8, marzo-agosto 2015.

González-Cuellar Serrano, Nicolás, *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Editorial Colex, Madrid, 1990.

Gorski, Ashley, *Summary of U.S. Foreign Intelligence Surveillance Law, Practice, Remedies, and Oversight*, American Civil Liberties Union Foundation, August 2018.

Groden, Claire, *Fact-Checking FISA applications*, New York University Law Review Vol. 96, 2021, accesible en <http://www.nyulawreview.org/issues/volume-96-number-5/fact-checking-fisa-applications/>.

Gude Fernández, Ana, con otros autores, *Algunos apuntes acerca del Centro Nacional de Inteligencia* en «Internet: un nuevo horizonte

para la seguridad y la defensa», Universidad de Santiago de Compostela, 2010.

Gutiérrez Zarza, Ángeles, con otros autores, *Proporcionalidad y medios de investigación penal*, «Hacia un catálogo de buenas prácticas para optimizar la investigación judicial», PORRES ORTIZ DE URBINA, Eduardo (Dir.), Manuales de Formación Continuada n.º 46 Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2009.

Harper, Nick, *FISA's fuzzy line between domestic and international terrorism*. The University of Chicago Law Review Vol. 81, 2014 accesible en <http://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol81/iss3/5>.

Hassemer, Winfried, con otros autores, *¿Proceso penal sin protección de datos?* en «La insostenible situación del derecho penal» Romeo Casabona, Carlos María (Dir.), Biblioteca Jurídica Comares de Ciencia Jurídica, Granada, 2000.

Jacobs, Günther, Cancio Meliá, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, Cuadernos Civitas, 2006.

López Alafranca, María del Valle, *¿Pero quién vigilará a los vigilantes?*, Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales, n.º 92 mayo-agosto 2014.

Lozano Miralles, Jorge, *La seguridad como premisa de la lucha contra el terrorismo* en «Seguridad y libertad en el sistema democrático», Fernández Rodríguez, José Julio (Coord.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020.

Manna, Adelmo, *Erosión de las garantías individuales en nombre de la eficacia contra el terrorismo: La privacy* en «Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión» (Vol. I), Cancio Meliá, Manuel; Gómez-Jara Díez, Manuel (Coord.), Edisofer, Madrid, 2006.

Martínez Escamilla, Margarita, *El papel del Juez de Vigilancia Penitenciaria en la intervención de las comunicaciones de los presos*, Revista de Derecho Penal y Criminología n.º extraordinario 1, 2000.

Mevik, Leif y Winkler, Theodor, con otros autores, *Prologo* en «Hacia un Control Democrático de las Actividades de Inteligencia: Estándares Legales y Métodos de Supervisión», Geneva Centre for Security Sector Governance, Ginebra, 2004.

Miller, Rachel G., *FISA Section 702: Does querying incidentally collected information constitute a search under the Fourth Amend-*

- ment? Notre Dame Law Review Reflection Vol. 95, 2020 en https://scholarship.law.nd.edu/ndlr_online.
- Montón García, María Lidón, *Agente provocador y agente encubierto: ordenemos conceptos*, Diario La Ley n.º 4826 (<http://www.diario-laley.laley.es>), 1999.
- Moreiro González, Carlos, *Clausulas de seguridad nacional*, Iustel, Madrid, 2007.
- Moreno Catena, Víctor, *La defensa en el proceso penal*, Editorial Civitas, Madrid, 1982.
- Moreno Catena, Víctor, con Cortes Domínguez, Valentín, *Derecho Procesal Penal*, Tirant lo Blanch, 2017.
- Muñoz Conde, Francisco, *La generalización del Derecho penal de excepción: Tendencias legislativas y doctrinales: Entre la tolerancia cero y el derecho penal del enemigo* en «La generalización del Derecho penal de excepción: Tendencias legislativas», Campo Moreno, Juan Carlos, González Cussac, José Luis (Dir.), Estudios de Derecho Judicial n.º 127, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007.
- Navarro Bonilla, Diego, *Espionaje, seguridad nacional y relaciones internacionales*, Colección de Estudios Internacionales núm. 14 (Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco), 2013/2014.
- Orgis, Markus, *Operaciones impulsadas y guiadas por inteligencia, la mejor opción de combatir las amenazas* en «Cuestiones de inteligencia en la sociedad contemporánea» Fernández Rodríguez, José Julio, Pulido Grajera, Julia, Monsalve, Rafael (Coord.), Servicio de Publicaciones del Ministerio de Defensa, Madrid, 2011.
- Pascual Sarria, Francisco Luis, *El control judicial a la interceptación de las comunicaciones: Especial referencia al control judicial previo a las intervenciones del Centro Nacional de Inteligencia*, Revista Española de Derecho Militar núm. 89, 2007.
- Persinger, Allison E. *Reforming the Foreign Intelligence Surveillance Court to Curb Executive Branch Abuse of Surveillance Techniques*, Campbell Law Review Vol. 37, 2015, accesible <http://scholarship.law.campbell.edu/clr>.
- Quintero Olivares, Gonzalo, *La Justicia Penal en España*, Editorial Aranzadi, Navarra, 1998.
- Revenga Sánchez, Miguel, *El imperio de la política. Seguridad nacional y secreto de Estado en el sistema constitucional norteamericano*, Editorial Ariel, Barcelona, 1995.

Revenga Sánchez, Miguel, *Servicios de inteligencia y derecho a la intimidad*, Revista Española de Derecho Constitucional año 21, n.º 61. Enero-Abril 2001.

Revenga Sánchez, Miguel, *El control del Centro Nacional de Inteligencia: Una perspectiva comparada*, Revista Española de Derecho Constitucional n.º 116, mayo-agosto, 2019.

Rodríguez Fernández, Ignacio, *La Policía Judicial como función de investigación y su ejercicio por funcionarios no pertenecientes a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. El caso de los agentes forenses*, Boletín de Información del Ministerio de Justicia n.º 2039, 2007.

Ruiz Miguel, Carlos, *Servicios de inteligencia y seguridad del Estado constitucional*, Tecnos, Madrid, 2002.

Saez Valcarcel, Ramon, con otros autores, *Juicio penal y excepción ¿Una involución en el proceso de civilización? La generalización del Derecho penal de excepción: Tendencias legislativas*, Campo Moreno, Juan Carlos, González Cussac, Jose Luis (Dir.), Estudios de Derecho Judicial n.º 127, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007.

Salas, Denis con otros autores, *The role of judge*, en «European Criminal Procedures», Delmas-Marty Mirelle, Spencer J.R (editors), Cambridge University Press, 2005.

Sánchez Barrilao, Juan Francisco, *Servicios de inteligencia, secreto y garantía judicial de derechos*, UNED. Teoría y Realidad Constitucional, n.º . 44, 2019.

Sánchez Ferro, Susana con otros autores, *¿Misión imposible? Un intento de comprensión jurídica del mundo del espionaje en España* en «Seguridad y libertad en el sistema democrático», Fernández Rodríguez, José Julio (Coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

Sánchez García de Paz, Isabel, *La criminalidad organizada. Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*, Editorial Dykinson, Madrid, 2005.

Santaolalla López, Fernando, *Actos políticos, inteligencia nacional y Estado de Derecho*, Revista Española de Derecho Constitucional. n.º . 65. Mayo-Agosto 2002.

Schreier, Fred, *Fighting the Pre-eminent Threats with Intelligence-led Operations*, Geneva Centre for Security Sector Governance, Geneva, 2006.

Serra Cristobal, Rosario, *La opinión pública ante la vigilancia masiva de datos. El difícil equilibrio entre acceso a la información y seguridad nacional*, Revista de Derecho Político UNED n.º 92, Enero-Abril, 2015.

Solove, Daniel J., *A Brief History of Information Privacy Law*, Proskauser on privacy, PLI, 2006, en https://scholarship.law.gwu.edu/faculty_publications.

Stain, Robert, Mondale, Walter, F., Caitlinrose, Fisher, *No Longer a Neutral Magistrate: The Foreign Intelligence Surveillance Court in the Wake of the War on Terror*, Minnesota Law Review Vol. 100, 2016, accesible https://scholarship.law.umn.edu/faculty_articles/564.

Sanso-Rubert Pascual, Daniel (coord.) con otros autores *Estrategias de seguridad, criminalidad e inteligencia criminal: Una apuesta de futuro* en «Cuestiones de inteligencia en la sociedad contemporánea» Fernández Rodríguez, José Julio, Pulido Grajera, Julia, Monsalve (Coords.), Servicio de Publicaciones del Ministerio de Defensa, Madrid, 2011.

The Harvard Law Review Association, *Shifting the FISA paradigm: Protecting civil liberties by eliminating ex ante judicial approval*, Harvard Law Review Vol. 121, 2008.

United Nations Drugs and Crime, UNODC *Annual Report Covering activities during 2016*, Vienna, 2017.

Vervaele, John A., *La legislación antiterrorista en Estados Unidos ¿Inter armas silent leges?*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2007.

Vladeck, Stephen I., *The FISA Court and Article III*, Washington. & Lee Law Review, Vol. 72, 2015, Accesible :<https://scholarlycommons.law.wlu.edu/wlulr/vol72/iss3/4>.

Zaffaroni, Eugenio Raúl, *El enemigo en el Derecho Penal*, Dykinson, Madrid, 2006.

Zafra Espinosa de los Monteros, Rocío, *El policía infiltrado. Los presupuestos jurídicos del proceso penal español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

Zaragoza Tejada, Javier Ignacio (Coord.) con otros autores, *El agente encubierto on line* en «Investigación Tecnológica y Derechos fundamentales», Editorial Aranzadi, Navarra, 2017.

