

EL CONTROL JUDICIAL A LA INTERCEPTACIÓN DE LAS COMUNICACIONES: ESPECIAL REFERENCIA AL CONTROL JUDICIAL PREVIO A LAS INTERVENCIONES DEL CENTRO NACIONAL DE INTELIGENCIA

Francisco Luis Pascual Sarría
Teniente Coronel Auditor

SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN. II. LA INVIOLABILIDAD DE LAS COMUNICACIONES. II.1. El marco legislativo. II.2 La intervención de las comunicaciones: II.2.1. Concepto y presupuestos. II.2.2. Requisitos. III. EL SERVICIO DE INTELIGENCIA EN ESPAÑA: NECESIDAD DE CONTROL JUDICIAL DE SUS ACTIVIDADES. III.1. Los Servicios de Inteligencia antes de la creación del Centro Nacional de Inteligencia. III. 2. La necesidad de someter a control judicial las intervenciones telefónicas del CESID. IV. EL CONTROL JUDICIAL PREVIO DE LAS INTERVENCIONES TELEFÓNICA DEL CNI. IV.-1. El magistrado competente: IV.2. La solicitud y resolución de las intervenciones. IV.2.1. Requisitos para la autorización de la intervención. IV.2.2. La resolución del magistrado del Tribunal Supremo. IV.3. Naturaleza del control judicial previo. V. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA.

I. INTRODUCCIÓN

Pretende ser objeto del presente trabajo el estudio de la excepción que al control judicial sobre la intervención de las comunicaciones, «*ex ante*» y «*ex post*» establecido en nuestro ordenamiento procesal penal, supone el sistema que ha sido articulado por la Ley Orgánica 2/2002, de

6 de mayo¹, y por la Ley 11/2002, de 6 de mayo, reguladoras del control judicial previo y del Centro Nacional de Inteligencia (CNI). Control jurisdiccional que con carácter previo, y a solicitud del Director del Centro (con categoría de Secretario de Estado), se realiza por un magistrado del Tribunal Supremo especialmente nombrado por el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), no por un órgano judicial, sin que se ejercite un verdadero control jurisdiccional, al no recibir el resultado de la intervención; sistema de control que encuentra su razón de ser en la necesidad de proteger la Defensa y Seguridad del Estado frente a los más graves ataques, y al carácter secreto que tienen los resultados obtenidos en la intervención.

Control judicial previo, de naturaleza distinta al legalmente establecido para los procedimientos penales –y para los contenciosos–, que resulta novedoso en nuestro país habida cuenta que los Servicios de Inteligencia, hasta la LO 2/2002 carecían de un control judicial en sus actividades; existía tan solo un control parlamentario limitado por el carácter secreto del material objeto de la intervención, que precisaba su desclasificación; Y además este control judicial que se establece en la norma se encuentra restringido a los derechos comprendidos en el artículo 18 apartados 2 y 3 de la Constitución Española (CE), esto es, en los supuestos en que deban de limitarse los derechos a la inviolabilidad del domicilio y al secreto de las comunicaciones, tratándose de un control anterior a la actuación, y no durante la misma, ni sobre sus resultados; pero las especiales misiones que le han sido encomendadas en defensa de la Sociedad, la naturaleza secreta de sus resultados, así como que la actuación no está dirigida a la prevención del delito, o a la obtención de prueba, ni que su practica sea ajena a procedimiento judicial alguno, y a presuntos responsables de hechos delictivos, le dotan de singularidades, que estudiaremos.

No obstante lo señalado, resultó un importante avance este sistema de control, que fue más allá de las recomendaciones que para las actuaciones de los Servicios de Inteligencia había establecido en sus resoluciones el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, quién tan solo señalaba la necesidad de establecer un control, no necesariamente judicial, aunque era preferible, sobre las actividades de los Servicios de Inteligencia. Así en la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) de 06 de septiembre de 1978, núm. 5029/1971 (*caso Klass y otros contra Alemania*), en la que se reconoció la legalidad de la norma

¹ BOE 109/2002, de 7 mayo 2002.

alemana que imponía un control parlamentario sobre las intervenciones de sus Servicios.

Comenzaremos con una necesariamente breve referencia al derecho a la intimidad, y en concreto al secreto de las comunicaciones, que se limita con las intervenciones telefónicas, haciendo somera mención a la normativa que lo protege y reconoce tanto en el derecho interno, como en ámbito internacional. De igual modo, y para poder establecer una comparación con el sistema establecido por la LO 2/2002, revisaremos los presupuestos y requisitos constitucionales que doctrinal y jurisprudencialmente se han establecido por el TEDH, el Tribunal Constitucional (TC) y el Tribunal Supremo (TS), para adoptar una medida limitativa de este derecho fundamental mediante la intervención, escucha o grabación de las conversaciones telefónicas, en su sentido más amplio.

Para concluir, y tras realizar un breve examen de la evolución de los Servicios de Inteligencia en nuestro país desde su origen, y constatar la falta absoluta de control de los muchos «*Servicios de Inteligencia*» existentes hasta la transición democrática española; pasaremos a analizar las actuaciones del Centro Superior de Investigación de la Defensa (CESID), así como los problemas y la alarma social que la falta de control sobre sus actuaciones, en esta materia generó, dando lugar a diversas resoluciones judiciales que expresaron la necesidad de adecuar sus actividades a la legalidad procesal y constitucional, estableciendo un sistema de control judicial. La última, y nuclear, parte del presente trabajo se dedicará a realizar un análisis crítico del sistema de «*control judicial previo*» sobre las intervenciones telefónicas que se practiquen por el CNI, establecido en la LO 2/2002, con especial referencia a la naturaleza del sistema establecido, requisitos de la solicitud y la resolución, la caracterización jurídica de la figura del magistrado del TS encargado de la autorización, y a la naturaleza del control que realiza.

II. LA INVIOlavILIDAD DE LAS COMUNICACIONES

II.1. EL MARCO LEGISLATIVO

El secreto de las comunicaciones viene consagrado en el artículo 18.3 de la Constitución Española (CE) con absoluta rotundidad entre los derechos fundamentales precisados de mayores garantías y protección, y que vincula a todos los poderes públicos (artículo 53 CE), constitucionalizan-

do la tutela de la libertad de las comunicaciones postales, telefónicas y telegráficas y la privacidad:

«Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial».

Secreto de las comunicaciones que debe ser garantizado, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo (TS), por tratarse de *«un derecho fundamental del ciudadano, cuya restricción, en cuanto supone una invasión de la zona de intimidad privada protegida por aquél, constituye un serio ataque a esferas de privacidad, que sólo puede ser acordado por resolución judicial»*².

El derecho había sido reconocido ya desde el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) de 04 de noviembre de 1950³, ratificado por España el 26 de septiembre de 1979⁴, en su artículo 8.º, donde se estableció que,

1. *«Toda persona tiene derecho al respeto (...) de su correspondencia.*
2. *No podrá haber ingerencia de la autoridad pública en este derecho, sino en tanto en cuanto esta ingerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de los derechos y libertades de los demás.»*⁵

En igual sentido, y dentro de la comunidad internacional, el derecho ha tenido un amplio reconocimiento como uno de los derechos del individuo digno de ser protegido de la ilegalidad o de la arbitrariedad; y así se

² SSTS de 18 de julio de 2005, y 17 de julio de 2006, entre otras muchas.

³ Un análisis de la doctrina sobre la materia del TEDH lo encontramos en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo: *«Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida»*. Edit. Akal/iure. 1989. Capítulo 2.º: El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la interceptación de las comunicaciones. Págs. 23 a 50.

⁴ Este derecho se encuentra también reconocido en el ámbito de la UE, en el artículo 7 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Niza, 2000) Art. 7. *«Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y sus comunicaciones»*.

⁵ Un estudio pormenorizado del precepto lo encontramos en ARZOZ SANTISTEBAN, Xavier: «Artículo 8. Derecho al respeto de la vida privada y familiar», En *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*. LASAGABASTER HERRANTE, Iñaki, Director. Edit. Thomson, Civitas. Madrid, 2004. Págs. 254 a 327.

ha visto plasmado en el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de⁶ 10 de diciembre de 1948⁷; y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁸ de 19 de diciembre de 1966, ratificado por España en Instrumento de 27 de abril de 1977⁹.

El derecho a la intimidad reconocido por el artículo 18.3 CE, no es absoluto y puede ser objeto de limitaciones, bien por resolución de la autoridad judicial, bien en situaciones de excepcionalidad constitucional; bien ante determinadas formas de delincuencia organizada, o en los centros de internamiento penitenciarios.

Así, la propia CE prevé esta eventualidad en su artículo 55.1, en supuestos de anormalidad constitucional, cuando se acuerde el estado de excepción o de sitio, con arreglo a lo dispuesto en la Carta Magna, y por supuesto ante un conflicto armado. El precepto se vio complementado por la LO 4/1981, de 1 de junio¹⁰, reguladora de los estados de alarma, excepción y sitio; en cuyo artículo 18 se autoriza a la autoridad gubernativa, con aprobación del Congreso, a intervenir las comunicaciones cuando resulte necesario para el esclarecimiento de los hechos delictivos o para el mantenimiento del orden público, debiendo comunicar la intervención al juez competente.

Pero es que además, en supuestos de normalidad constitucional, también existen posibles limitaciones al derecho al secreto de las comunicaciones, así la propia CE en su artículo 55.2, faculta a la suspensión de este derecho, mediante Ley Orgánica, para personas determinadas, en las investigaciones relativas a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas¹¹. Limitación, que en cumplimiento de la previsión constitucio-

⁶ Art. 12. «Nadie será objeto de ingerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia».

⁷ Adoptada por la 183.^a Asamblea General de las Naciones Unidas.

⁸ Art. 17. «Nadie será objeto de violaciones arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia».

⁹ BOE núm. 103/1977, de 30 de abril.

¹⁰ BOE núm. 134/1981, de 5 de junio. Art. 18. 1. «Cuando la autorización del congreso comprenda la suspensión del art. 18,3 CE, la autoridad gubernativa podrá intervenir toda clase de comunicaciones, incluidas las postales, telegráficas y telefónicas. Dicha intervención sólo podrá ser realizada si ello resulta necesario para el esclarecimiento de los hechos presuntamente delictivos o el mantenimiento del orden público. 2. La intervención decretada será comunicada inmediatamente por escrito motivado al Juez competente.»

¹¹ Art. 55.2 CE «Una ley orgánica podrá determinar la forma y los casos en los que, de forma individual y con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario, los derechos reconocidos en los arts. 17, apartado 2, y 18, apartados 2 y 3, pueden ser suspendidos para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas»

nal, se plasmó en nuestro derecho procesal penal en la LO 04/1988, de 25 de mayo¹², dando una nueva redacción al artículo 579.4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim.), donde se estableció una excepción al reconocimiento de este derecho con el fin de garantizar la seguridad pública y tener mecanismos rápidos de defensa del Estado frente al terrorismo, si bien de manera muy limitada y sujeto a garantías:

«En casos de urgencia, cuando las investigaciones se realicen para la averiguación de delitos relacionados con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas o rebeldes, la medida provisional del número 3 de este artículo –observación de las comunicaciones postales, telegráficas o telefónicas– podrá acordarla el Ministerio del Interior o, en su defecto, el Director General de la Seguridad del Estado, comunicándolo de inmediato al Juez competente, quién, de forma motivada, revocará o confirmará tal resolución, en un plazo máximo de 72 horas desde que fue ordenada la observación».

También, y en el ámbito penitenciario¹³, existen algunas limitaciones o suspensiones del derecho, así en las situaciones especiales de incomunicación de presos o detenidos; limitación que viene regulada en los artículos 506 a 511 y 527 de la LECrim, y en la LO 1/1979, de 26 de septiembre General Penitenciaria¹⁴, desarrollada en su Reglamento aprobado por Real Decreto núm. 190/1996, de 9 de febrero (artículos 43, 44 y 47)¹⁵.

Por último, una situación especial se ha producido en relación con el Servicio Nacional de Inteligencia en España, quién estuvo desprovisto de control judicial en las intervenciones de las comunicaciones hasta la creación del Centro Nacional de Inteligencia (CNI), por Ley 11/2002, de 6 de mayo, en cuyo artículo 12, se prescribía que por Ley Orgánica se establecería la forma del control judicial previo a sus actividades. La LO 2/2002, de 6 de mayo, reguladora del control judicial previo del CNI, procedió a la modificación de algunos preceptos de la LOPJ, a fin de crear un mecanismo, muy limitado, como veremos, de control de sus actividades en lo refe-

¹² BOE núm. 126, de 26 de mayo.

¹³ Véase sobre la materia: ALONSO PÉREZ, Francisco: «Intervención de las comunicaciones en el ámbito penitenciario». En *La Ley: Revista Jurídica Española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*. Núm. 4. 2001. Págs. 1486-1490. MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita: *«La suspensión e intervención de la comunicaciones del preso»*. Edit. Tecnos. Madrid, 2000.

¹⁴ BOE núm. 239 de 5 de octubre.

¹⁵ BOE núm. 40 de 15 de febrero

rente a la vulneración de este derecho. Paso importante si pensamos que hasta dicha fecha carecían sus actividades de todo control judicial, así sucedió con los Servicios de Inteligencia en la etapa preconstitucional¹⁶, y con el CESID (Centro Superior de Información de la Defensa), creado en la transición por Real Decreto 2723/1977, de 2 de noviembre¹⁷.

De la importancia que se confiere a la protección del derecho al secreto de las comunicaciones, da cuenta el sistema de garantías que tanto penales, como procesales se han establecido en evitación de arbitrariedades o ilegalidades.

En primer lugar se han regulado unas garantías de naturaleza penal, tipificando como delito en nuestro Código Penal (CP), tanto en el anterior de 1973¹⁸, como en el de 1995¹⁹, aquellas conductas de personas privadas o de los funcionarios públicos que afecten a este derecho, si bien en el vigente CP con una mejor técnica jurídica en el tratamiento de los delitos cometidos por los funcionarios públicos, introduciendo en el Capítulo V, los «*delitos cometidos por los funcionarios públicos contra las garantías constitucionales*», cuando las intervenciones tengan lugar en el marco de un procedimiento judicial, y dejando para los tipos comunes, como tipo agravado, los demás supuestos. Así, y entre los «*delitos cometidos por los funcionarios públicos contra la inviolabilidad domiciliaria y demás garantías de la intimidad*», dentro de un procedimiento penal, se sanciona en su artículo 536 a:

«La autoridad, funcionario público o agente de éstos que, median- do causa por delito, interceptare las telecomunicaciones o utilizare artificios técnicos de escuchas, transmisión, grabación o reproducción del sonido, de la imagen o de cualquier otra señal de comuni- cación, con violación de las garantías constitucionales o legales, incurrirá en la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público de dos a seis años.

Si divulgare o revelare la información obtenida, se impondrán las penas de inhabilitación especial, en su mitad superior y, además, la de multa de seis a dieciocho meses.»

¹⁶ Servicio de Información del Movimiento, Servicio de Información de la Dirección General de Seguridad, Servicios de Información del Ejército de Tierra, la Armada y el Ejército del Aire, Servicio de Inteligencia Exterior y Contrainteligencia del Alto Estado Mayor. En 1972, se creó el SECED (Servicio Central de Documentación) como Dirección General de Presidencia

¹⁷ BOE núm. 265, de 5 de noviembre.

¹⁸ BOE núm. 297, de 12 de diciembre..

¹⁹ Ley Orgánica 19/1995, de 23 de noviembre. BOE núm. 281, de 24 de noviembre.

Y, en los artículos 197 y 198, se contempla entre los «*Delitos contra la intimidad*», la interceptación de las comunicaciones cometida por cualquier ciudadano privado, así como el tipo agravado para cuando los hechos sean cometidos por un funcionario público, si la medida se adopta sin que exista una causa penal, en los siguientes términos:

«Artículo 197.1. El que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales, intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.

Artículo 198. La autoridad o funcionario público que, fuera de los casos permitidos por la ley sin mediar causa legal por delito, y prevaliéndose de su cargo, realizare cualquiera de las conductas descritas en el artículo anterior, será castigado con las penas respectivamente previstas en el mismo, en su mitad superior y, además, con la de inhabilitación absoluta por tiempo de seis a doce años.»

Es de significar, en este apartado de las garantías penales, que solo algunos miembros del CNI tienen la condición de funcionarios públicos (civiles y militares), el resto es personal laboral con carácter temporal o permanente, según se establece en su ley reguladora, teniendo consideración de agentes de la autoridad tan solo los funcionarios que se señalan en el artículo 5.4²⁰; así como que por las funciones que la ley les encomienda, sus actuaciones lo serán siempre sin que exista un procedimiento penal abierto y sin que las intervenciones vayan encaminadas a la persecución del delito y entrega de los delincuentes a la autoridad judicial para su enjuiciamiento, ni a la obtención de prueba. Es por ello que el ejercicio de sus actividades les colocaría, de no tener un régimen de excepción, o de realizarse sin el control judicial previo señalado por la LO 2/2002, en una situación de ilegalidad toda vez que las intervenciones telefónicas realizadas quedarían tipificadas como uno de los delitos que hemos señalado del

²⁰ Artículo 5.4. «Los miembros del Centro Nacional de Inteligencia no tendrán la consideración de agentes de la autoridad, con excepción de aquellos que desempeñen cometidos profesionales relacionados con la protección del personal del Centro y de las instalaciones del mismo.»

particular que interviniera las comunicaciones en su variante agravada si la actuación la practicara un funcionario del Centro.

Como hemos señalado, este régimen de garantías penales se ha visto complementado por unas garantías de naturaleza procesal, tanto en el ámbito procesal penal, como en el procesal militar, estableciendo necesariamente que solo se podrá realizar la intervención de las comunicaciones postales, telefónicas o telegráficas, respecto de los procesados y de los presuntos responsables de la comisión de un delito, cuando exista una autorización judicial, en la forma y con los requisitos que establecen nuestras normas procesales y así en el artículo 579 de la LECrim²¹ se señala que:

«1. Podrá el Juez acordar la detención de la correspondencia privada, postal y telegráfica que el procesado remitiere o recibiere y su apertura y examen, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa.

2. Asimismo, el Juez podrá acordar, en resolución motivada, la intervención de las comunicaciones telefónicas del procesado, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa.

3. De igual forma, el Juez podrá acordar, en resolución motivada, por un plazo de hasta tres meses, prorrogable por iguales períodos, la observación de las comunicaciones postales, telegráficas o telefónicas de las personas sobre las que existan indicios de responsabilidad criminal, así como de las comunicaciones de las que se sirvan para la realización de sus fines delictivos.»

En igual sentido se pronuncia para el ámbito de la Jurisdicción militar, la LO 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar²², cuyo Capítulo V, se dedica a regular la intervención de libros, papeles y comunicaciones, prescribiendo en su artículo 188, que le corresponde al Juez Togado Militar (Territorial o Central) autorizar por auto, previa audiencia del Fiscal Jurídico Militar, y mediante el correspondiente mandamiento, estas intervenciones:

²¹ Ley de Enjuiciamiento Criminal, promulgada por Real Decreto de 14 de septiembre de 1882.

²² BOE núm. 92, de 18 de abril,

Artículo 188 «.Podrá el Juez Togado acordar, mediante auto y previa audiencia del Fiscal Jurídico Militar, la intervención de las comunicaciones telefónicas o radiofónicas del procesado y la grabación de sus actividades, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa. El auto determinará con precisión la modalidad o la forma de la intervención.

Para la práctica de estas diligencias se dirigirá mandamiento a quien haya de efectuarlas y, con el fin de garantizar la autenticidad y el secreto de la grabación o filmación, se adoptarán las medidas procedentes para su revelado y constancia, cumpliéndose para su conservación lo dispuesto para la correspondencia en lo que sea aplicable»

II.2. LA INTERVENCIÓN DE LAS COMUNICACIONES

II.2.1. Concepto y presupuestos

Podemos definir las intervenciones telefónicas, siguiendo el concepto dado por el profesor GIMENO SENDRA²³, como *«todo acto de investigación, limitativo del derecho fundamental del secreto de las comunicaciones, por el que el Juez de Instrucción, en relación con un hecho punible de especial gravedad en el curso de un procedimiento penal, decide mediante auto especialmente motivado, que por la policía judicial se proceda al registro de llamadas y/o a efectuar la grabación magnetofónica de las conversaciones telefónicas del imputado, durante el tiempo imprescindible para poder preconstituir la prueba del hecho punible y la participación de su autor»*.

La simple lectura de esta definición de las intervenciones telefónicas, muestra ya *«a priori»*, su difícil encaje con la intervención de las comuni-

²³ GIMENO SENDRA, Vicente: «Las intervenciones telefónicas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal supremo». En *La Ley*. Año XVII, núm. 4024, de 26 de abril de 1996, pág. 2. También se define en: LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, Tomás: «Las intervenciones telefónicas en el proceso penal por delitos comunes». En *Cuadernos de Derecho Judicial: La restricción de los derechos fundamentales de las personas en el proceso penal*. Edit. CGPJ. 29/1993, págs. 79-113. Y en, RODRÍGUEZ RAMOS, I.: «Las intervenciones telefónicas». En *Cuadernos de Derecho Judicial; la prueba en el proceso penal*. CGPJ, Madrid, 1/1992, págs. 451-509.

caciones cuando estas sean realizadas por nuestros Servicios de Inteligencia, en las que como veremos, no hay procedimiento judicial, ni imputado, ni delito, ni preconstitución de prueba, ni tan siquiera, control del resultado de la misma.

La doctrina²⁴, y fundamentalmente la jurisprudencia, han ido elaborando unos presupuestos imprescindibles para dotar de legalidad a estas intervenciones telefónicas, en cuanto que limitativas de un derecho fundamental reconocido como privilegiado por nuestra Carta Magna; el TC ha caracterizado la intimidad personal como un derecho fundamental estrictamente vinculado a la propia personalidad que deriva, sin duda, de la dignidad de la persona, y asegura la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario para mantener una calidad mínima de vida humana²⁵. También la Sala Segunda del TS, en STS de 17 de julio de 2006²⁶, siguiendo una doctrina constante y pacífica, ha venido perfilando estos presupuestos, así como los requisitos de la intervención y del control judicial sobre la misma, que estudiaremos en el apartado siguiente.

Estos presupuestos para adoptar la medida limitativa del derecho a la intimidad reconocido en el artículo 18.3 de la CE serían los siguientes:

1.º) Que la medida a adoptar que suponga la violación del derecho al secreto de las comunicaciones, y practicada mediante la intervención telefónica, deberá estar *«prevista por la Ley»*.

Presupuesto que viene establecido en el artículo 8.2 de la CEDH y que ha ido configurando el TEDH en sucesivas sentencias (Caso *Malone*, de 02 de agosto de 1984; caso *Huvig*, de 24 de abril de 1990; caso *Kruscin*, de 24 de abril de 1990, entre otras), señalando que las,

«palabras «prevista por la ley», en el sentido del artículo 8.2, quieren expresar que la medida discutida tiene una base en el derecho

²⁴ URBANO CASTRILLO, Eduardo de: *«La Prueba ilícita penal. Estudio jurisprudencial»*. Thomson. Edit. Aranzadi. 3.ª Edicc. Pamplona, 2003. Pág. 229.

²⁵ SSTC 73/82, 23/88, 179/91, 20/92, 57/94, entre otras.

²⁶ STS 17 de julio de 2006 (Pte. Monderde Ferrer). FJ 1.º: *«Por ello la resolución judicial que la autoriza deberá cumplir una serie de exigencias que garanticen que la injerencia está suficientemente justificada. Con carácter general, puede afirmarse que, además de una adecuada cobertura legal, la intervención de las comunicaciones solo estará justificada en aquellos casos en que sea proporcional al fin perseguido, que ha de ser constitucionalmente legítimo, como lo es la persecución de delitos graves, y solo cuando sea idónea e imprescindible para la investigación, es decir, cuando para la obtención del fin que se persigue no existan otros medios menos gravosos para el derecho fundamental, todo lo cual habrá de quedar patente a través de la necesaria motivación de la resolución judicial que la autorice.»*

interno, pero abarca también de la calidad de la ley en causa; exigen la accesibilidad de ésta a la persona referida, que, además debe poder prever las consecuencias para ella, y su compatibilidad con la preeminencia del derecho»²⁷;

Ello significa que deberá de ser una norma con rango de Ley, conocida y previsible; presupuestos que en la actualidad reúne la normativa procesal española antes contemplada. No obstante, esto no siempre fue así, y la STEDH de 30 de julio de 1998 (Caso *Valenzuela Contreras* contra España)²⁸, consideró que a pesar de que la intervención de las comunicaciones se encontraba prevista por la Ley, la modificación legislativa incorporada al artículo 579 de la LECrim. por la LO 4/1988, de 25 de mayo, resultaba insuficiente, en cuanto al criterio de «calidad de la Ley», que exige la compatibilidad de la norma con su accesibilidad para la persona afectada, y que por esta se puedan prever las consecuencias de su aplicación, y ello lo motiva señalando que,

«no define con precisión la naturaleza de las infracciones que pueden dar lugar a una intervención telefónica, ni las condiciones para establecer las actas que consignen las conversaciones interceptadas, ni la utilización y el borrado de las conversaciones»;

en igual sentido se pronunció la STEDH de 18 de febrero de 2003 (Caso *Prado Bugallo* contra España), si bien matizando que la doctrina jurisprudencial del TC y del TS han ido completando estas lagunas²⁹, estableciendo la necesidad de la intervención del Secretario Judicial para dar fe de la veracidad de la prueba.

Este presupuesto también ha sido exigido por la jurisprudencia patria, y así se señaló ya en la STC (Pleno) núm. 49/1999, de 5 de abril³⁰, y en igual sentido podemos señalar la STC 201/2001, de 15 de octubre, en las que se determina que,

«En efecto, ha de destacarse en primer término que, por mandato expreso de la Constitución, toda injerencia estatal en el ámbito de

²⁷ SSTEDH de 24 de abril de 1990 (Casos *Huvig*, y *Kruslin*), párrafos 26 y 27, respectivamente.

²⁸ Párrafos 53 a 61.

²⁹ Párrafo 31.

³⁰ STC 49/1999, de 5 de abril (Pte. Vives Antón). La Sentencia fue anulada por la STC (2.ª), 202/2001, de 15 de octubre de 2001.

los derechos fundamentales y las libertades pública, ora incida directamente sobre su desarrollo (art. 81.1 C.E.), o limite o condicione su ejercicio (art. 53.1 C.E.), precisa una habilitación legal. Esa reserva de ley a que, con carácter general, somete la Constitución española la regulación de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en su Título 1, desempeña una doble función, a saber: de una parte, asegura que los derechos que la Constitución atribuye a los ciudadanos no se vean afectados por ninguna injerencia estatal no autorizada por sus representantes; y, de otra, en un Ordenamiento jurídico como el nuestro en el que los Jueces y Magistrados se hallan sometidos "únicamente al imperio de la Ley" y no existe, en puridad, la vinculación al precedente (SSTC 8/1981, 34/1995, 47/1995 y 96/1996) constituye, en definitiva, el único modo efectivo de garantizar las exigencias de seguridad jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas. Por eso, en lo que a nuestro Ordenamiento se refiere, hemos caracterizado la seguridad jurídica como una suma de legalidad y certeza del Derecho (STC 27/1981, fundamento jurídico 10). Esa doble función de la reserva de ley constituye, en el caso del derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas una doble perspectiva de análisis. Desde el primer punto de vista, es decir, desde la exigencia de que una norma legal habilite la injerencia, parece difícil negar que la propia Constitución contiene tal habilitación: desde esta perspectiva, los Jueces y Tribunales pueden, pues, acordarla, cuando concurren los presupuestos materiales pertinentes (STC 22/1984, fundamento jurídico 3.º).»

Sentado esto, la sentencia, procedió a la estimación del recurso fundándolo en la ausencia de «calidad» de la norma, por falta de accesibilidad o de previsibilidad³¹ de la misma.

³¹ «Sin embargo, desde las exigencias de certeza que han de presidir cualquier injerencia en un derecho fundamental, es también patente que el art. 18.3 C.E., al no hacer referencia alguna a los presupuestos y condiciones de la intervención telefónica, resulta insuficiente para determinar si la decisión judicial es o no el fruto previsible de la razonable aplicación de lo decidido por el legislador (SSTC 131/1997, fundamento jurídico 7.º y 151/1997, fundamento jurídico 4.º). En diversas ocasiones, y ya desde nuestras primeras Sentencias (vid., v.g., SSTC 61/1981, 86/1982, 183/1984, entre otras), hemos afirmado que la reserva de ley no es una mera forma; sino que implica exigencias respecto al contenido de la Ley que, naturalmente, son distintas según el ámbito material de que se trate. Y, así, si bien es cierto que las exigencias de certeza no son las mismas cuando se trata de imponer limitaciones a la licitud de la conducta individual que cuando se establecen las condi-

ciones bajo las cuales pueden interceptarse legítimamente las comunicaciones telefónicas (Sentencia del T.E.D.H., de 2 de agosto de 1984, Caso Malone, núm. 67), también lo es que en todo caso el legislador ha de hacer el "máximo esfuerzo posible" para garantizar la seguridad jurídica [STC 62/1982, fundamento jurídico 7.º c)] o, dicho de otro modo, "la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en aplicación del Derecho" (STC 36/1991, fundamento jurídico 5.º).

Desde este mismo punto de vista, es decir, desde las exigencias de seguridad jurídica y certeza del Derecho hemos proclamado el principio de legalidad en el marco de la injerencia en el derecho a la intimidad. Así, en la STC 37/1989, afirmamos que lo que la protección de la intimidad reclama es una decisión judicial motivada en una inexcusable previsión legislativa (fundamento jurídico 7.º). Con ello, afirmábamos, no sólo que la existencia de una previsión legal es inexcusable; sino que la resolución judicial que autorice la injerencia en la intimidad ha de hallarse fundamentada en la ley, de lo cual se infiere que la ley ha de expresar todos y cada uno de los presupuestos y condiciones de la intervención. Y en términos semejantes nos expresamos en el ámbito específico del derecho al secreto de las comunicaciones, afirmando que la injerencia estatal en dicho secreto ha de estar presidida por el principio de legalidad (ATC 344/1990 -que invoca la doctrina sentada en la STC 150/1989- y SSTC 85/1994, fundamento jurídico 3.º; 34/1996, fundamento jurídico 5.º; 49/1996, fundamento jurídico 3.º; 54/1996, fundamento jurídico 7.º; 123/1997, fundamento jurídico 4.º), especificando que el respeto a dicho principio requiere, en este caso, "una ley de singular precisión" (STC 49/1996, fundamento jurídico 3.º).

QUINTO.- Dejando, pues, sentado que es necesaria la intervención de la ley y que la norma legal de que se trate ha de reunir todas aquellas características indispensables como garantía de la seguridad jurídica, para precisarlas con mayor exactitud, siquiera sea con carácter mínimo, de conformidad con lo establecido en el art. 10.2 C.E., en relación con el art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, habremos de tener en cuenta la doctrina del T.E.D.H., como hicimos en resoluciones anteriores (por todas, STC 85/1994, fundamento jurídico 3.º).

Pues bien, por lo que respecta a la "accesibilidad" o "previsibilidad", cuando se trata de la intervención de las comunicaciones por las autoridades públicas, el T.E.D.H. ha declarado que "implica que el derecho interno debe usar términos suficientemente claros para indicar a todos de manera suficiente en qué circunstancias y bajo qué condiciones se habilita a los poderes públicos a tomar tales medidas" (Sentencia del T.E.D.H., de 30 de julio de 1998, Caso Valenzuela, núm. 46 III, con cita de las resoluciones dictadas en los casos Malone, Kruslin, y Huvig (Sentencia de T.E D H de 24 de abril de 1990), Haldford (S.T.E.D.H., de 25 de mayo de 1998) y Kopp, (Sentencia del T.E.D.H. de 25 de marzo de 1998).

Y, especificando ese criterio, por remisión a lo dicho en las resoluciones de los casos Kruslin y Huvig, el T.E.D.H., en el caso Valenzuela concreta las exigencias mínimas relativas al, contenido o "calidad" de la ley en las siguientes: "la definición de las categorías de personas susceptibles de ser sometidas a escucha judicial; la naturaleza de las infracciones susceptibles de poder dar lugar a ella; la fijación de un límite a la duración de la ejecución de la medida, el procedimiento de transcripción de las conversaciones interceptadas; las precauciones a observar, para comunicar, intactas y completas, las grabaciones realizadas a los fines de control eventual por el Juez y por la defensa; las circunstancias en las cuales puede o debe procederse a borrar o destruir las cintas, especialmente en caso de sobreesimiento o puesta en libertad" (núm. 46, IV). Se trata, en definitiva, de que la regulación legal ofrezca la "protección adecuada contra los posibles abusos" (Caso Kruslin, núm. 35, y Caso Klass, núm. 50).

Dado que, como indicamos anteriormente, esta doctrina específica remite a los mismos fundamentos de la que genéricamente hemos proclamado, hemos de afirmar ahora que ha de interpretarse conforme a ella lo dispuesto en el art. 18.3 C.E.

2.º) Un segundo presupuesto necesario para realizar la intervención, lo constituye el que la misma se debe de realizar por medio de una resolución judicial, con control judicial sobre su práctica.

Resulta indispensable que la intervención telefónica esté autorizada por un órgano jurisdiccional y en el seno de un procedimiento penal, no caben las escuchas administrativas; y así lo tiene establecido nuestro TC de manera reiterada, entre otras muchas en la STC 239/2006, de 17 de julio, cuando señaló en su FJ 2.º, que será precisa una resolución judicial motivada y proporcionada,

«Este Tribunal ha declarado reiteradamente que el juicio sobre la legitimidad constitucional de una medida de intervención de comunicaciones telefónicas exige verificar si la misma se acordó por un órgano judicial, en el curso de un proceso, a través de una resolución suficientemente motivada y con observancia de las exigencias dimanantes del principio de proporcionalidad, esto es, que su adopción responda a un fin constitucionalmente legítimo, como es la investigación de un delito grave, y sea idónea e imprescindible para la consecución de tal fin, debiendo comprobarse la proporcionalidad de la medida a partir del análisis de las circunstancias concurrentes en el momento de su adopción (por todas, SSTC 49/1999, de 5 de abril, FFJJ 6 y 7; 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 4; 184/2003, de 23 de octubre, FJ 9, dictadas por el Pleno de este Tribunal).

En concreto y por lo que interesa al presente recurso, resulta imprescindible a tal fin que el órgano judicial exteriorice –por sí mismo en la resolución judicial o por remisión a la solicitud policial, cuyo contenido puede integrar aquélla– la existencia de los presupuestos materiales de la intervención, esto es, los hechos o datos objetivos que puedan considerarse indicios sobre la existencia de un delito grave y sobre la conexión de los sujetos que pue-

Por lo tanto, en el presente caso, al haber tenido lugar la injerencia en el secreto de las comunicaciones entre diciembre de 1986 y abril de 1987, cabe concluir, como lo hizo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el Caso Valenzuela antes citado, que el Ordenamiento jurídico español ni definía las categorías de personas susceptibles de ser sometidas a escucha, ni fijaba límite a la duración de la medida, ni determinaba las condiciones que hubieran de reunir las transcripciones de las conversaciones interceptadas, ni las relativas a la utilización de las mismas. En consecuencia, la situación del Ordenamiento jurídico español, puesta de manifiesto en la concreta actuación que aquí se examina, y sufrida por los recurrentes, ha de estimarse contraria a lo dispuesto en el art. 18.3 C.E.»

dan verse afectados por la medida con los hechos investigados, puesto que tales precisiones constituyen el presupuesto habilitante de la intervención y el prius lógico del juicio de proporcionalidad que ha de realizar el órgano judicial (SSTC 49/1999, de 5 de abril, FJ 8; 82/2002, de 22 de abril, FJ 3; 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 2; 184/2003, de 23 de octubre, FJ 9; 259/2005, de 24 de octubre, FJ 2)».

No basta con la resolución judicial habilitante para que se adopte la medida limitativa del derecho a la intimidad mediante la interceptación de las comunicaciones, será preciso además que exista un control judicial sobre dicha medida (SSTC 253/2006, de 11 de septiembre y 239/2006, de 17 de julio, por citar las más recientes).

Reserva judicial que incluye cualquier medio de comunicación, así la telefonía inalámbrica (STC 220/2006, y 219/2006, de 3 de julio y 34/1996, de 11 de marzo; 26/2006, de 30 de enero), los mensajes de teléfono móvil (STS de 27 de junio de 2002) los scanner (STC 39/2004, de 22 de marzo; STS de 8 de febrero de 1989), los sistemas de buscapersonas mediante sistemas de telefonía (STEDH de 22 de octubre de 2002. Caso *Taylor-Schורי*); o las comunicaciones a través de «internet».

La resolución ha de ser adoptada por el «juez competente» predefinido por la Ley, con competencia objetiva y territorial; adoptando la forma de auto y dentro de una causa penal (Causa o Diligencias previas, en el proceso penal común, y además Diligencias Preparatorias en el proceso penal militar), así viene señalado entre otras en las SSTS de 18 de octubre y 25 de junio de 1993, siendo criticada su adopción en otro tipo de procedimientos como en las Diligencias indeterminadas (STC 49/1999, de 05 de abril y SSTS de 22 de enero de 1998 y de 18 de octubre de 1995).

3.º) Un tercer presupuesto lógico, es que la medida se adopte de manera individualizada y respecto de un sujeto determinado, esto es, que la medida se adopte sobre un procesado o sobre una persona sobre quién existan indicios de criminalidad, debiendo de estar el sujeto pasivo perfectamente identificado (SSTC 253/2006, FJ 2.º; y 239/2006 FJ 2.º); si bien nada obsta a que se proceda a autorizar la intervención de un teléfono público (STS de 03 de abril de 1998), o de los de una empresa (STC 184/2003, de 23 de octubre), pero siempre en relación con un individuo sospechoso de haber cometido un ilícito penal.

4.º) En lógica con el quebranto del derecho fundamental afectado, la medida no puede ser permanente, ha de estar limitada en el tiempo, se pro-

longará únicamente durante el tiempo que resulte indispensable (SSTC 253/2006 FJ 2, párrafo segundo, 239/2006³², y 17 de enero de 1994), tanto en su adopción inicial, de tres meses, plazo superior al del mes establecido para el secreto sumarial (artículos 118 y 302 de la LECrim.), como en las prórrogas, de otros tres meses, que no pueden hacerse de manera ilimitada o desproporcionada (STS de 25 de junio de 1993).

Estos presupuestos, si los reconducimos a las intervenciones realizadas por los Servicios de Inteligencia, constataremos que no todos concurren; si bien la medida se encuentra prevista por una ley orgánica, y se adopta por medio de una resolución judicial motivada; no se dirige a un sujeto pasivo que se encuentre procesado o sobre el que existan indicios de responsabilidad criminal, pudiendo realizarse sobre cualquier individuo sospechoso de atentar a los bienes jurídicos que se tratan de proteger por el CNI, si bien de manera motivada y para las funciones que tiene legalmente señaladas; tampoco se adopta la medida en el seno de un procedimiento judicial, ni tan siquiera en una investigación por un presunto hecho delictivo, y, lo que es más problemático, el magistrado autorizante no ejerce un control sobre la medida una vez autorizada, más allá de la autorización, o no, de las prórrogas que le sean solicitadas por el Director, y tampoco le son entregados los resultados de la intervención para su valoración, quedando bajo la custodia del Centro que destruirá la información no necesaria.

II.2.2. Requisitos

No solo se han señalado los presupuestos que condicionan la intervención de las comunicaciones, sino que jurisprudencialmente se han ido elaborando unos requisitos que debe reunir la resolución judicial autorizante, requisitos unos de configuración constitucional, y otros de configuración legal; muy brevemente, y con la misma finalidad comparativa, veremos cuales son los que constitucionalmente se han elaborado.

1.º) En primer lugar será necesario de la resolución judicial se encuentre debidamente motivada. El auto (ha de adoptar la forma de auto) por el que se adopte la medida estará motivado; y así lo señala tanto nuestro TC (SSTC 253/2006 y 239/2006; 259/2005, de 24 de octubre; 167/2002, de 18

³² STC 239/2006, de 17 de julio FJ 4.º «para considerar cumplido este requisito es suficiente con que los Autos de autorización y prórroga fijen periodos para que la fuerza actuante de cuenta al Juzgado del resultado de las intervenciones».

de septiembre, o 166/1999, 27 de septiembre), como el TS (SSTS de 11 de diciembre de 1995, 03 de febrero y 25 de octubre de 1996, 27 de febrero y 10 de septiembre de 1997, 20 de febrero y 31 de octubre de 1998, 20 de febrero de 1999, 29 de diciembre de 2000, 18 de julio de 2005, o 17 de julio de 2006). Se precisa la motivación no solo para la autorización, sino también para las prórrogas de la misma, y así la reciente STC 253/2006, señala la doctrina constitucional sobre este requisito:

«Dicha doctrina –como afirmábamos recientemente en la STC, 259/2005, de 24 de octubre FJ 2 – aparece resumida en la STC 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 2, dictada por el Pleno de este Tribunal, en los siguientes términos: «Este Tribunal ha sostenido que al ser la intervención de las comunicaciones telefónicas una limitación del derecho fundamental al secreto de las mismas, exigida por un interés constitucionalmente legítimo, es inexcusable una adecuada motivación de las resoluciones judiciales por las que se acuerda, que tiene que ver con la necesidad de justificar el presupuesto legal habilitante de la intervención y la de hacer posible su control posterior en aras del respeto del derecho de defensa del sujeto pasivo de la medida, habida cuenta de que, por la propia finalidad de ésta, dicha defensa no puede tener lugar en el momento de la adopción de la medida (STC 299/2000, de 11 de diciembre, FJ 4).

En este sentido tenemos dicho que la resolución judicial en la que se acuerda la medida de intervención telefónica o su prórroga debe expresar o exteriorizar las razones fácticas y jurídicas que apoyan la necesidad de la intervención, esto es, cuáles son los indicios que existen acerca de la presunta comisión de un hecho delictivo grave por una determinada persona, así como determinar con precisión el número o números de teléfono y personas cuyas conversaciones han de ser intervenidas, que, en principio, deberán serlo las personas sobre las que recaigan los indicios referidos, el tiempo de duración de la intervención, quiénes han de llevarla a cabo y cómo, y los períodos en los que deba darse cuenta al Juez para controlar su ejecución (SSTC 49/1996, de 26 de marzo, FJ 3; 236/1999, de 20 de diciembre, FJ 3; 14/2001, de 29 de enero). Así pues, también se deben exteriorizar en la resolución judicial, entre otras circunstancias, los datos o hechos objetivos que puedan considerarse indicios de la existencia del delito y la conexión de la persona o personas investigadas con el mismo, indicios que son algo más que simples sospechas, pero también algo menos que los indicios racionales que se exigen para el pro-

cesamiento. Esto es, sospechas fundadas en alguna clase de dato objetivo (SSTC 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 8; 299/2000, de 11 de diciembre, FJ 4; 14/2001, de 29 de enero, FJ 5; 138/2001, de 18 de junio, FJ 3; y 202/2001, de 15 de octubre, FJ 4).

Por otro lado, aunque lo deseable sería que la expresión de los indicios objetivos que justifiquen la intervención quede exteriorizada directamente en la resolución judicial, ésta puede considerarse suficientemente motivada si, integrada incluso con la solicitud policial, a la que puede remitirse, contiene los elementos necesarios para considerar satisfechas las exigencias para poder llevar a cabo con posterioridad la ponderación de la restricción de los derechos fundamentales que la proporcionalidad de la medida conlleva (SSTC 200/1997, de 24 de noviembre, FJ 4; 166/1999, de 27 de septiembre, FJ 7; 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 6; 126/2000, de 16 de mayo, FJ 7; 299/2000, de 11 de diciembre, FJ 4; 138/2001, de 18 de junio, FJ 3; 202/2001, de 15 de octubre, FJ 5; 235/2006, de 11 de septiembre, FJ2).

No basta con esta motivación inicial, sino que tanto el auto de autorización, como las prórrogas, exigen por parte del órgano judicial un control sobre la intervención que no se agota con la adopción de la medida y obtención del resultado, es preciso que se realice un seguimiento de la misma que garantice que no se excede en su finalidad (SSTC 220/2006, de 3 de julio³³, y otras que la resolución recoge; y del STS 17 de julio de 2006, 22 de junio de 2005, 23 de abril de 2004, o 18 de noviembre de 2003)³⁴.

2.º) La medida no solo ha de estar motivada y controlada, sino que debe de resultar proporcionada para la obtención de prueba en relación con el hecho delictivo a investigar, de entidad suficiente para que justifique suficientemente la limitación de los derechos del sujeto pasivo. Principio

³³ STC 220/2006, de 3 de julio FJ6: *«hemos declarado que el control judicial de la ejecución de la medida se integra en el contenido esencial del derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE), para considerar cumplido este requisito es suficiente con que los Autos de autorización y prórroga fijen periodos para que la fuerza actuante dé cuenta al Juzgado del resultado de las intervenciones, y que el órgano judicial efectúe un seguimiento de las mismas y conozca los resultados de la investigación, que debe tener en cuenta para autorizar las prórrogas (SSTC 49/1999, de 5 de abril, FJ 5 ; 82/2002, de 22 de abril, FJ 5 ; 184/2003, de 23 de octubre, FJ 12 ; 165/2005, de 20 de junio, FJ 86*

³⁴ STS 17 de julio de 2006 FJ1 *«es perfectamente admisible que el juez controle la intervención mediante la utilización de transcripciones parciales que la Policía aporte, pues, mediante ellas, el Juez puede tomar conocimiento suficiente del desarrollo de la medida y de lo que se ha ido obteniendo mediante la misma».*

de proporcionalidad establecido por la jurisprudencia del TEDH (SSTEDH 7 de diciembre de 1976, caso *Handy*; 6 septiembre de 1978, caso *Klass*; 2 de agosto de 1984, caso *Malone*; 26 de abril de 1979, caso *Sunday Times*; 24 de marzo de 1988, caso *Olison*; 21 de junio de 1988, caso *Berrehab*; 24 de abril de 1990, casos *Kuslin y Huvig*; 25 de marzo de 1998, caso *Haldford*; o 30 de julio de 1998, caso *Valenzuela*).

Y en nuestro derecho las SSTC 81/1998, de 2 de abril, 121/1998, de 15 de junio; 49/1999, de 5 de abril; 200/1997, de 24 de noviembre; 166/1999, de 27 de septiembre; 171/1999, 236/1999, de 20 de diciembre, 126/2000, de 16 de mayo; 299/2000, de 11 de diciembre; 138/2001, de 18 de junio; 202/2001, de 15 de octubre; y, la tan repetida STC 253/2006, donde se señala,:

«De otra parte, aunque lo deseable es que la expresión de los indicios objetivos que justifiquen la intervención quede exteriorizada directamente en la resolución judicial, ésta puede considerarse suficientemente motivada si, integrada incluso con la solicitud policial, a la que puede remitirse, contiene los elementos necesarios para considerar satisfechas las exigencias para poder llevar a cabo con posterioridad la ponderación de la restricción de los derechos fundamentales que la proporcionalidad de la medida conlleva»

Requisito también señalado por el TS, entre otras muchas, en sentencias de 18 de junio de 1992, 25 de junio y 5 de julio de 1993, 25 de marzo de 1994, 6 de febrero de 1995, 10 de septiembre de 1997, o 15 de octubre de 2001 FJ 2.

3.º) Especialidad de la medida a investigar. Debido a la excepcionalidad de la medida, no basta con la necesaria motivación y proporción, sino que se precisa que quede concretado el presunto delito o delitos a investigar, y ello, porque como señala GIMENO SENDRA³⁵, la medida no puede ir dirigida sino a preconstituir la prueba; esto es que el objetivo de la medida debe de ser la investigación concreta penal, sin que queda su adopción para una investigación genérica con el fin de prevenir o descubrir todo tipo de delitos, así se establece en la STC 239/2006, cuando indica:

«Precisando esa relación que ha de constatararse entre la persona y el delito investigados, hemos afirmado que las sospechas, para entenderse fundadas, han de hallarse apoyadas en datos objetivos,

³⁵ Gimeno Sendra. *Op. Cit.* Pág. 3.

en un doble sentido: en primer lugar, en el de ser accesibles a terceros, sin lo que no serían susceptibles de control; y, en segundo lugar, en el de que han de proporcionar una base real de la que pueda inferirse que se ha cometido o se va a cometer el delito sin que puedan consistir en valoraciones acerca de la persona. Es necesario examinar si en el momento de pedir y acordar la medida se pusieron de manifiesto ante el Juez no meras suposiciones o conjeturas, sino datos objetivos que permitieran pensar que la línea telefónica era utilizada por personas sospechosas de la comisión del delito que se investigaba y que, por lo tanto, no se trataba de una investigación meramente prospectiva, pues el secreto de las comunicaciones no puede ser desvelado para satisfacer la necesidad genérica de prevenir o descubrir delitos o para despejar sospechas sin base objetiva que surjan en la mente de los encargados de la investigación penal, pues de otro modo se desvanecería la exigencia constitucional (SSTC 49/1999, de 5 de abril, FJ 8; 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 2; 184/2003, de 23 de octubre, FJ 1; 165/2005, de 20 de junio, FJ 4; 259/2005, de 24 de octubre, FJ 2).»

Y en igual sentido el TS en SSTS de 12 de enero de 1995 (Ponente Martín Canivell), y 08 de julio de 1993.

4.º) Se requiere la existencia de indicios delictivos de cierta entidad, no bastando las sospechas infundadas; para ello el Ministerio Fiscal o las fuerzas policiales cuando soliciten una intervención de las comunicaciones deberán de indicar en que basan sus indicios, a fin de que estos puedan ser debidamente valorados por el Juez. Resulta suficiente la existencia de indicios genéricos de la comisión de un hecho delictivo, toda vez que en otro caso la medida no resultaría necesaria al haber prueba bastante.

La resolución judicial debe expresar las razones fácticas y jurídicas que apoyan la necesidad de la intervención, esto es, cuáles son los indicios que existen acerca de la presunta comisión de un hecho delictivo grave por una determinada persona, así como determinar con precisión el número o números de teléfono y personas cuyas conversaciones han de ser intervenidas, que, en principio, deberán serlo las personas sobre las que recaigan los indicios referidos, el tiempo de duración de la intervención, quiénes han de llevarla a cabo y cómo, y los períodos en los que deba darse cuenta al Juez para controlar su ejecución (SSTC 49/1996, de 26 de marzo, FJ 3; 236/1999, de 20 de diciembre, FJ 3; 14/2001, de 29 de enero, FJ 5 EDJ).

Y como señala la STC 253/2006 FJ 2,

«también se deben exteriorizar en la resolución judicial, entre otras circunstancias, los datos o hechos objetivos que puedan considerarse indicios de la existencia del delito y la conexión de la persona o personas investigadas con el mismo, indicios que son algo más que simples sospechas, pero también algo menos que los indicios racionales que se exigen para el procesamiento. Esto es, sospechas fundadas en alguna clase de dato objetivo»; y más adelante añade, «Estas sospechas han de fundarse en datos fácticos o indicios que permitan suponer que alguien intenta cometer, está cometiendo o ha cometido una infracción grave o en buenas razones o fuertes presunciones de que las infracciones están a punto de cometerse (Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 6 de septiembre de 1978 –caso Klass y de 5 de junio de 1992– caso Ludi) o, en los términos en los que se expresa el actual art. 579 LECrim, en «indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa» (art. 579.1 LECrim) o «indicios de responsabilidad criminal» (art. 579.3 LECrim; SSTC 49/1999, de 5 de abril, FJ 8; 166/1999, de 27 de septiembre, FJ 8; 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 8; 299/2000, de 11 de diciembre, FJ 4; 14/2001, de 29 de enero, FJ 5; 138/2001, de 18 de junio, FJ; 202/2001, de 15 de octubre, FJ 4).»

Y en el mismo sentido se pronunció el TS, en la STS de 17 de julio de 2006³⁶.

5.º) También constituye un requisito de configuración constitucional la necesidad de la medida; el auto por que se acuerde la interceptación de las comunicaciones ha de tener un carácter excepcional, no podrá adoptarse de manera ordinaria en la investigación de los delitos dado el grave atentado que supone contra la privacidad del individuo, por ello no solo debe de ser proporcional, sino necesaria.

Así lo ha señalado la doctrina del TEDH (STEDH de 25 de marzo de 1983, caso *Silver y otros*); y la doctrina del TC, ya desde la sentencia

³⁶ STE 17 de julio de 2006: «Las sospechas, para entenderse fundadas, han de hallarse apoyadas en datos objetivos, en un doble sentido: en primer lugar, en el de ser accesibles a terceros, sin lo que no serían susceptibles de control; y, en segundo lugar, en el de que han de proporcionar una base real de la que pueda inferirse que se ha cometido o se va a cometer el delito sin que puedan consistir en valoraciones acerca de la persona (...) no meras suposiciones o conjeturas, sino datos objetivos que permitieran pensar que la línea telefónica era utilizada por personas sospechosas de la comisión del delito que se investigaba».

13/1985, de 31 de enero, así como en la 253/2006, donde se establece que deben de expresarse las *«razones fácticas y jurídicas que apoyan la necesidad de la intervención»*, siguiendo la doctrina sentada por el TC, la medida deberá de ser necesaria para obtener un fin constitucionalmente legítimo (SSTC 85/1994, de 14 de marzo; 54/1996, de 26 de marzo; 123/1997, de 1 de julio; 49/1999, de 5 de abril; 166/1999, de 27 de septiembre³⁷, 202/2001, de 15 de octubre)³⁸.

6.º) El último de los requisitos, viene denominado por la doctrina la conexión de antijuridicidad. Ello supone que la adopción de la medida por el órgano judicial ha de ir dirigida a la obtención de prueba válida, no puede acordarse para otro objeto que no sea el del proceso abierto, con la finalidad de obtener prueba lícita para su utilización por el juzgador a la hora de formar su convicción (SSTC 81/1998, de 2 de abril; 49/1999, de 5 de abril; 166/1999, de 27 de septiembre, 259/2005 de 14 de octubre; 219/2006 y 220/2006, de 3 de julio); en otro caso la prueba deberá de rechazarse (SSTS de 27 de octubre de 1993, 10 de septiembre de 1997, 29 de julio de 1998, 09 de diciembre de 2004, 13 de diciembre de 2005, o de 04 de abril de 2006).

Con posterioridad a la resolución judicial, las escuchas realizadas deben de poder incluirse en el acervo probatorio común, lo que únicamente se producirá, tras realizarse la intervención con todas las garantías legales y constitucionales, si se hacen llegar *«para la íntima convicción de los jueces»* una vez que garantemente se revisen y analicen en el juicio oral. Con ello la medida no solo sirve de medio de investigación policial o judicial a los fines de instrucción del procedimiento, sino que ha de servir de medio de prueba en la vista oral. Como señala la STS de 27 de octubre de 1993, *«para que lo conseguido a través de estas intervenciones telefónicas pueda servir como medio de prueba para el juicio oral, es necesario, además, que se acredite el contenido de las conversaciones grabadas en estas intervenciones, para que puedan quedar concretados los extremos de hecho a que se refieren»*.

³⁷ STC 166/1999, de 27 de septiembre: *«En tercer lugar, afecta a la legitimidad de la decisión la falta de necesidad estricta de la medida; es decir, puede ser constitucionalmente ilegítima, dado su carácter prescindible, bien porque los conocimientos que pueden ser obtenidos carecen de relevancia respecto de la investigación del hecho delictivo o respecto de la conexión de las personas investigadas, o bien porque pudieran obtenerse a través de otras medidas menos gravosas de los derechos fundamentales en litigio (SSTC 54/1996, fundamento jurídico 8.º, 49/1999, fundamentos jurídicos 7.º y 8.º).»*

³⁸ En igual sentido SSTS de 6 de febrero de 1995 y 25 de junio de 1993.

III. EL SERVICIO DE INTELIGENCIA EN ESPAÑA: NECESIDAD DEL CONTROL JUDICIAL DE SUS ACTIVIDADES

Una vez analizados, siquiera brevemente, los presupuestos y requisitos que para la validez de una interceptaciones de las comunicaciones se exigen, y en concreto el riguroso control judicial al que debe someterse esta medida limitativa de un derecho fundamental; pasaremos a estudiar el control judicial previo al que se someten los Servicios de Inteligencia, tras la promulgación de la LO 2/2002, de 6 de mayo, y de la Ley 11/2002, de 6 de mayo, reguladoras del control judicial previo del Centro Nacional de Inteligencia (CNI).

Haremos un breve esbozo, en primer lugar, de la situación existente con anterioridad a la creación del CNI, fundamentalmente con los importantes problemas y alarma social que la actuación del Centro Superior de Investigación de la Defensa (CESID) generaron debido a la falta de control judicial de sus actividades, y las principales resoluciones judiciales que en las Audiencias Provinciales, el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional, enjuiciaron ciertas intervenciones realizadas mediante la escucha y grabación de conversaciones telefónicas sin autorización judicial, para finalizar con el estudio del «*control judicial previo*» que ha sido regulado por la Ley Orgánica 2/2002.

III.1. LOS SERVICIOS DE INTELIGENCIA ANTES DE LA CREACIÓN DEL CENTRO NACIONAL DE INTELIGENCIA

La historia de los servicios secretos es tan antigua como la propia Historia³⁹, y la necesidad de poseer información para vencer al enemigo existe desde el principio de los tiempos y ya fue reflejada, por ejemplo, en los textos del inmemorial Sun Tzu («*Conoce al enemigo y concóctete a ti mismo, lograrás cien victorias en cien batallas*»)⁴⁰.

No obstante haberse utilizado en todas las contiendas bélicas, su desarrollo y lo que le ha dotado de relevancia, se dio fundamentalmente tras la II Guerra Mundial, especialmente entre las naciones en conflicto y muy singularmente durante la llamada «*Guerra Fría*», generalizándose su utilización en otros ámbitos de la vida y de la sociedad, dejando de ser sólo

³⁹ Véanse los antecedentes y legislación en: www.cni.es

⁴⁰ Sun Tzu. «*Los trece artículos sobre el arte de la guerra*». Edit. Ministerio de Defensa. Madrid, 1988.

objetivos de naturaleza militar para ser también civiles, produciéndose una unión entre ambos en lo que se ha dado en llamarse «*Comunidad de Inteligencia*».

En España, no resulta fácil encontrar antecedentes históricos de un Servicio de Inteligencia, tan solo queda constancia de su utilización en acontecimientos concretos, como la Guerra de la Independencia, las Guerras Carlistas o las Campañas de Ultramar y Marruecos, actuaciones que no tuvieron continuidad en el tiempo.

Para encontrar un primer intento de creación de un Servicio de Inteligencia en España debemos remontarnos a 1935, cuando por el Gobierno de la Segunda República se planteó la conveniencia de articular un Servicio de Información dependiente del entonces Ministerio de la Guerra, Servicio de casi nula actividad al coincidir su funcionamiento con el inicio de la contienda bélica.

Tras la guerra civil (1936-1939), no se creó un solo servicio de inteligencia, sino que justificados en su especialización inicial, coexistieron hasta ocho servicios diferentes, mayoritariamente volcados en obtener información interior para la seguridad interior del Estado, de entre ellos destacan:

- El *Servicio de Información del Movimiento*. Se ocupaba de la información política en todo el territorio del Estado y estaba encuadrado en la Secretaría General del Movimiento Nacional.
- El *Servicio de Información de la Dirección General de Seguridad*. Se ocupaba de la investigación de los entonces denominados delitos político-sociales, en colaboración con el Servicio de Información de la Guardia Civil.
- Los Servicios de Información del Ejército de Tierra, la Armada y el Ejército del Aire. Se denominaron también Segunda bis y estaban adscritos a las *Segundas Secciones* (Inteligencia) de los respectivos Cuarteles Generales.
- Los Servicios de Inteligencia Exterior y de Contrainteligencia. Dependientes de la Tercera Sección (Operaciones) del Alto Estado Mayor.

No es hasta 1972 cuando se produce un primer intento de establecer un Servicio de Inteligencia unificado, mediante la promulgación del Decreto n.º 511/1972, de 22 de enero, que creó el Servicio Central de Documentación, el SECED, que se constituyó como Dirección General en el seno de la Presidencia del Gobierno, con dependencia directa del Ministro Subsecretario de la Presidencia, teniendo como misión principal la «*contra subversión*», esto es el control y vigilancia de los opositores al Gobierno.

Todos estos Servicios se dedicaban a obtener información, fundamentalmente dirigida al mantenimiento de la seguridad interior del Estado y la pervivencia del régimen político, no estando sometida su actuación a control ni a garantía alguna que salvaguardase, siquiera fuera mínimamente, los derechos de las personas sometidas a vigilancia, no existía un control judicial, ni tampoco podía haberlo político al formar parte de la maquinaria política de represión y autodefensa del propio régimen.

Tras la celebración de las primeras elecciones generales de la democracia, nace por Real Decreto 1558/77, de 4 de julio⁴¹, el que sería el primer Servicio de Inteligencia de carácter Nacional, bajo la denominación de Centro Superior de Información de la Defensa, el CESID, y dependencia del Ministro de Defensa (artículo 5); y por Real Decreto 2723/1977, de 2 de noviembre⁴², se establecieron las funciones a desarrollar por el CESID, sería el órgano encargado de «*obtener, evaluar, interpretar y facilitar al ministro de Defensa cuanta información fuera necesaria o interesara a la Defensa Nacional*», atendiendo prioritariamente a las necesidades de la Junta de Jefes de Estado Mayor, sin que en dicha normativa se estableciera control alguno judicial o parlamentario. Estamos ante un Servicio de Inteligencia, esencialmente militar y estructurado en el ámbito del Ministerio de Defensa, con Directores y agentes fundamentalmente militares.

Sus prioridades quedaron definidas en el Real Decreto 726/1981, de 27 de marzo⁴³, en cuyo artículo 21.1 se señalaba que «*El Centro Superior de Información de la Defensa será el órgano encargado de obtener, evaluar, interpretar y facilitar al titular del Departamento cuanta información sea necesaria e interese a la Defensa Nacional y al cumplimiento de las misiones que a las Fuerzas Armadas encomienda el art. 8.º de la Constitución, atendiendo prioritariamente a las necesidades de la Junta de Jefes de Estado Mayor.*»

Esta labor se completó con la Orden Ministerial 135/1982, de 30 de septiembre, por la que se regulaba la Estructura y Relaciones que ha de mantener el Centro Superior de Información de la Defensa⁴⁴, como órga-

⁴¹ Real Decreto 1558/1977, de 4 de julio, por el que se reestructuran determinados órganos de la Administración central del Estado. BOE 159/1977, de 5 de julio de 1977.

⁴² Real Decreto 2723/1977, de 2 de noviembre, por el que se estructura orgánica y funcionalmente el Ministerio de Defensa. BOE 265/1977, de 5 de noviembre de 1977.

⁴³ Real Decreto 726/1981, de 27 de marzo, por el que se modifica el Real Decreto 2723/1977, de 2 de noviembre, que estructura orgánica y funcionalmente el Ministerio de Defensa. BOE 96/1981, de 22 de abril de 1981.

⁴⁴ BOE 254/1982, de 23 de octubre de 1982

no encargado de satisfacer las necesidades de información del Presidente del Gobierno para el ejercicio de las funciones de dirigir y coordinar la acción de Gobierno en materia de defensa, y del Ministro de Defensa para la ordenación y coordinación inmediata de dicha política y la ejecución de la política militar (artículo 1.º).

Posteriormente, el Real Decreto 135/84, de 25 de enero⁴⁵ lo definió como «*el órgano de información del Presidente del Gobierno para el ejercicio de sus funciones de dirección de la política de defensa y de coordinación del Gobierno en la Defensa del estado, y del Ministro de Defensa en el ejercicio de las funciones que le corresponde en materia de política de defensa y política militar*» (artículo 17.1), tampoco en esta ocasión se estableció control judicial alguno, aunque cabría el Parlamentario, si bien limitado, por el carácter secreto de la información.

III. 2. LA NECESIDAD DE SOMETER A CONTROL JUDICIAL LAS INTERVENCIONES TELEFÓNICAS DEL CESID

Es fundamentalmente durante los años 80 cuando se realiza la mayor crítica a la actuación de los Servicios de Inteligencia, y en concreto a diversas actuaciones del CESID, lo que motiva importantes resoluciones judiciales que dejan ver la necesidad imperiosa de establecer un sistema de control judicial de sus actividades, que resulte compatible con su misiones.

Ya en el TEDH se discutió la necesidad de conciliación del derecho de los Estados a protegerse mediante sus Servicios de Inteligencia para defender su seguridad interna y externa, y el respeto a los derechos reconocidos en el CEDE, y en concreto, del derecho a la intimidad personal del que es reflejo la inviolabilidad de las comunicaciones telefónicas. La STEDE de 06 de septiembre de 1978 (Caso *Klass y otros contra Alemania*), debatió si la legislación de la República Federal Alemana reguladora de sus Servicios de Inteligencia era acorde con el artículo 8 del Convenio; la Corte estableció que:

«considera inherente al sistema de la Convención una cierta forma de conciliación entre los imperativos de la defensa de la sociedad democrática y los de la salvaguarda de los demás derechos indivi-

⁴⁵ Real Decreto 726/1981, de 27 de marzo, por el que se modifica el Real Decreto 2723/1977, de 2 de noviembre, que estructura orgánica y funcionalmente el Ministerio de Defensa. BOE 96/1981, de 22 de abril de 1981

duales (cif. Mutantis mutandis, el caso «lingüística belga» de 23 de julio de 1968, serie A n.º 6, p. 32, par. 5). De manera que la declaración del Preámbulo de la Convención «el sometimiento (de las libertades fundamentales) reposa esencialmente sobre un régimen político verdaderamente democrático, de un lado, y de otro lado, sobre una concepción común y un común respeto de los Derechos del Hombre del que (los Estados contratantes) se reclaman».

En el contexto del artículo 8 de la CEDH ello significa que resulta necesario encontrar un equilibrio entre el ejercicio de los derechos del individuo, que le son garantizados en el artículo 8.1, y la necesidad, según el párrafo 2, de imponer una vigilancia secreta para proteger a la sociedad democrática en su conjunto⁴⁶.

La sentencia referida, si bien consideró que no se había vulnerado el derecho a pesar de no existir un control judicial sobre las intervenciones telefónicas practicadas por los Servicios de Inteligencia alemanes, considerando suficiente a los efectos de conciliación de los intereses en conflicto, el control administrativo y político, «un primer control ejercido por un funcionario que posea las cualificaciones requeridas para el acceso a la magistratura, así como el control asegurado por el comité de cinco parlamentarios y la comisión G 10»⁴⁷; estimó deseable que el ejercicio de dicho control fuera realizado por un órgano judicial⁴⁸.

En nuestro país, y en el sentido sobre la valoración de ambos derechos, el derecho a la privacidad de los ciudadanos y la defensa de la seguridad del Estado, y su la preeminencia de uno sobre el otro, ha tenido oportunidad de pronunciarse nuestro TS, con respecto a las actividades del CESID así en la STS de 27 de septiembre de 2006 (Ponente Monterde Ferrer), en su FJ 1, señala:

«Las funciones que se le atribuían al CESID en las disposiciones vigentes, de rango reglamentario, en la época de los hechos, están claramente orientadas a la finalidad de protección de la seguridad y defensa del Estado, de manera que no es posible sostener que cualquier actuación que pudiera llevar a cabo cualquier funciona-

⁴⁶ Párrafo 59 y 60 de la STEDH de 06 de septiembre de 1978.

⁴⁷ Párrafo 56.

⁴⁸ «La Corte considera en principio deseable que el control sea confiado a un juez en un territorio donde los abusos son potencialmente tan comunes en casos individuales y podrían entrañar consecuencias perjudiciales para la sociedad democrática en su conjunto». Párrafo. 56., párrafo 2).

rio del Centro, fuera a quedar automáticamente protegida (...). Por el contrario, ha de entenderse que quedarían excluidas aquellas que claramente excedieran de esas funciones (...)».

Con ello, nuestro TS, ha optado por dar preferencia al derecho al secreto de las comunicaciones y la intimidad personal, frente a las actuaciones de los Servicios de Inteligencia, salvo que exista una resolución judicial autorizante de tan excepcional medida.

En España hasta la actual Ley 11/2002, complementada por la LO 2/2002, no se había establecido la existencia de control judicial alguno sobre las intervenciones telefónicas de los Servicios de Inteligencia, existía un vacío legislativo complementado por la escasa jurisprudencia existente, colocando sus actividades al margen de la ley, lo que motivó algunos excesos en las intervenciones del Centro. De otro lado, conviene aclarar que todo lo que digamos se refiere a los órganos estatales de inteligencia dependientes del Gobierno, no a los demás Servicios (en el seno de las Fuerzas Armadas y dentro de la denominada «Comunidad de Inteligencia Militar» se encuentran: el Centro de Inteligencia de las Fuerzas Armadas⁴⁹ –CIFAS–; o

⁴⁹ EL CIFAS: El Centro de Inteligencia de las Fuerzas Armadas es fruto de las recomendaciones de la Comisión para la Racionalización de la Inteligencia en las fuerzas Armadas (CORIFAS), creado por la directiva interna 20/2000, que establece las fases para su implantación, es mencionado en la Revisión Estratégica de la Defensa del año 2000, y es uno de los objetivos de la reciente Directiva de Defensa Nacional 1/2004: "*La unificación de los servicios de inteligencia militares en el Centro de Inteligencia de las Fuerzas Armadas, así como la coordinación de su actuación con el Centro Nacional de Inteligencia*". El Real Decreto 1551/2004, de 25 de junio, (BOD 154/2004, de 25 de junio) lo sitúa dentro del Estado Mayor de la Defensa: (artículo 2.3.b) "*En el Estado Mayor de la Defensa se encuadra el Centro de Inteligencia de las Fuerzas Armadas, órgano responsable de facilitar la inteligencia militar precisa para alertar sobre situaciones de interés militar, con riesgo potencial de crisis, procedentes del exterior, y prestar el apoyo necesario a las operaciones; y la Orden Ministerial DEF/1076/2005, de 19 de abril, por la que se desarrolla la estructura del Estado Mayor de la Defensa, desarrolla la nueva estructura de inteligencia militar, si bien la organización y funciones específicas del CIFAS, se han detallado en un Anexo con el carácter de Clasificado.*

El CIFAS esta dirigido por un General y tiene dependencia directa del Jefe del Estado Mayor de la Defensa (JEMAD), el cual a su vez informa al Ministro de Defensa. Está integrado en la "Comunidad de Inteligencia", y en una posición de cierta subordinación al Centro Nacional de Inteligencia, ya que:- El CIFAS tendrá carácter complementario del CNI en materia de Inteligencia Militar. -Recibirá Directrices del CNI, en materia de coordinación y cooperación. -El CNI supervisará el "*Plan Conjunto de Inteligencia Militar*". - El CIFAS no tendrá una representación directa ante la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos de Inteligencia, siendo el Director del CNI quien informa sobre el CIFAS.

Forma parte de la Comunidad de Inteligencia y, en materia de inteligencia militar, tiene carácter complementario del Centro Nacional de Inteligencia (CNI) quien supervisará el «*Plan Conjunto de Inteligencia Militar*» y dará las directrices que procedan a los efectos de coordinación y cooperación.

los Servicios de Inteligencia de los Cuarteles Generales de los Ejércitos⁵⁰), o Servicios de Inteligencia Policiales⁵¹, si bien estos últimos dedicados a la prevención del delito actuarán siempre dentro de un procedimiento penal y con autorización judicial.

El Secretario de Estado Director del CNI como Autoridad Nacional de Inteligencia y Contrainteligencia informará de las actividades del CIFAS a la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos de Inteligencia.

Entre sus Funciones: 1) Facilitar la inteligencia militar precisa para alertar sobre situaciones de interés militar, con riesgo potencial de crisis al Jefe del Estado Mayor de la Defensa y al Ministro de Defensa. 2) Dirigir la explotación de los sistemas conjuntos y específicos de inteligencia y guerra electrónica, salvo en materia de telecomunicaciones, ya que la Orden Ministerial DEF/1076/2005, le atribuye a la Jefatura de Sistemas: efectuar las actividades necesarias para la explotación y sostenimiento de la red conjunta de telecomunicaciones militares y el sostenimiento de *los sistemas de información, inteligencia, guerra electrónica, gestión y tratamiento de imágenes, de carácter conjunto*, y el de las infraestructuras en que se sustentan, que sean responsabilidad del JEMAD. 3) Proporcionar a los jefes de Estado Mayor de los Ejércitos y la Armada la inteligencia necesaria, inteligencia estratégica y especialmente operativa ya que la inteligencia táctica es función de la secciones de inteligencia de los Ejércitos. 4) Relacionarse y colaborar con organizaciones homologas (como el SIEDM portugués, el SISMI italiano, la DIA norteamericana, etc...) y organismos supranacionales (La OTAN, la Unión Europea). si bien a efectos de información clasificada el Director del CNI como Autoridad Nacional de Seguridad Delegada (ANS-D), es su receptor formal, el JEMAD mantiene enlace y representación ante: el Comité Militar de la Organización del Tratado del Atlántico Norte, el Comité Militar de la Unión Europea, la Representación Militar Nacional ante el Comandante Supremo Aliado en Europa, etc...

El CIFAS fue fruto de las recomendaciones de la Comisión para la Racionalización de la Inteligencia en las fuerzas Armadas (CORIFAS), creado por la directiva interna 20/2000, que establece las fases para su implantación, es mencionado en la Revisión Estratégica de la Defensa del año 2000, y es uno de los objetivos de la reciente Directiva de Defensa Nacional 1/2004: "*La unificación de los servicios de inteligencia militares en el Centro de Inteligencia de las Fuerzas Armadas, así como la coordinación de su actuación con el Centro Nacional de Inteligencia*".

⁵⁰ El Centro de Inteligencia y Seguridad del Ejército de tierra CISET, con las siguientes funciones: Inteligencia, planificación de las necesidades del Ejército de Tierra, coordinación con el CIFAS, producción de inteligencia táctica y estratégica dentro de su área. Contrainteligencia .Y seguridad, dentro de su ámbito de actuación. La Sección de Inteligencia de la Armada (SIEMON). Y la Sección A2 de Inteligencia del Estado Mayor del Ejército del Aire.

⁵¹ En el Ministerio del Interior, el Gobierno creo mediante el Acuerdo del Consejo de Ministros del 28 de Mayo de 2004, el Centro Nacional de Coordinación Antiterrorista (CNCA), que busca el tratamiento integrado de la información estratégica relativa al terrorismo, tanto en su proyección nacional como internacional, esta inspirado en el Centro Conjunto de Análisis del Terrorismo: Joint Terrorism Analysis Centre (JTAC), Británico, existe igualmente un organismo similar en Estados Unidos: National Counter-Terrorism Centre (NCTC). En la Secretaría de Estado de Seguridad se creó el Centro de Inteligencia del Crimen Organizado, en el Dirección General de la Policía, la Comisaría General de Información; y en el Guardia Civil, el Servicio de Información de la Guardia Civil. La División de Información de la Comisaría General de Investigación Criminal de los Mossos d'Esquadra; la Unidad de Información y Análisis de la Ertzaintza; o la División de Información de la Policía Foral Navarra.

Los Servicios Militares de Inteligencia para la realización de estas intervenciones carecen de una cobertura legal similar al CNI, por lo que en sus actividades, cuando supongan el quebrantar el derecho a la intimidad de los ciudadanos, bien sea mediante la realización de una entrada y registro en domicilio, bien mediante una interceptación de las comunicaciones, deberán contar con la preceptiva autorización y control judicial, autorización que dado que sus misiones no se dirigen, a diferencia de las de los Servicios de Seguridad, a la prevención del delito, ni se realizarían en el seno de un procedimiento judicial, no se autorizarían por el órgano judicial; siendo esto así, y dada la dependencia que estos Servicios tienen del CNI, consideramos que cuando por razón de las funciones que tienen encomendadas precisen realizar alguna de estas intervenciones, deberán de poner la medida en conocimiento del Director del CNI, que será quién valorando o no su pertinencia, asumirá la competencia para realizar la entrada o escucha, en función de la necesidad de la misma para la Seguridad y Defensa del Estado, interesando del magistrado la correspondiente autorización.

Ciertas actividades del CESID, en materia de escuchas telefónicas a particulares, hicieron que se colocaran las actividades del Centro bajo sospecha generando una gran alarma social, actuaciones que acabaron siendo investigadas judicialmente y resueltas por los Tribunales.

En este sentido, merece resaltarse, en primer lugar, el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 15) de 10 de mayo de 1996; resolución que revocó el Auto dictado por el Juez de Instrucción de fecha 06 de febrero de 1996, por el que se archivaban las actuaciones incoadas con motivo de la denuncia de las intervenciones telefónicas realizadas por funcionarios del CESID, mediante la escucha y grabación de conversaciones privadas de ciudadanos, carentes de autorización y control judicial, resolución del Juzgado que se había fundamentado en la «*necesidad de proteger intereses vitales*», y en que los Servicios de Inteligencia han de ser «*capaces de alertar a las máximas autoridades sobre los peligros que se vierten sobre la Nación*». La AP de Madrid, en contra del criterio sostenido por el Ministerio Fiscal que tan solo apreciaba delito sobre uno de los imputados y solicitó el sobreseimiento libre de los demás, argumentó⁵², aplicando la doctrina del TEDH, que las intervenciones telefónicas se realizaron «*sin la existencia de una ley que autorizase esas interceptaciones y grabaciones, y sin ninguna clase de autorización ni de control judicial, afectando a los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 18.3 de*

⁵² FJ 3.

la CE»; la resolución añadía que si bien es cierto que la Orden de 30 de septiembre de 1982 del Ministerio de Defensa, regulaba el CESID y le atribuía la misión de obtener información acerca de los posibles ataques a la unidad de la Patria y la estabilidad de las instituciones fundamentales del Estado; ello no le otorgaba la «*facultad de interceptar los teléfonos de los ciudadanos, ni de grabar y archivar sus conversaciones*», procediendo a admitir parcialmente los recursos presentados y a revocar el auto de archivo.

Mayor trascendencia tuvo el conocido como «*Caso CESID*», contra los que fueron Jefe del Departamento de Acción Operativa y Director del Centro, por las escuchas telefónicas a un gran grupo de personas públicas y privadas.

En Sentencia de la AP de Madrid (Sección 15), de 26 de mayo de 1999 (Ponente Andrés Ibáñez), condenó a los encausados como autores de un delito continuado de interceptación ilegal de las comunicaciones telefónicas del artículo 192 del CP de 1973 (tipo penal más favorable), en su modalidad de utilización de artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción de sonido; al haber procedido a la escucha y grabación de multitud de conversaciones, sin autorización judicial, entre ellas de SM el Rey, Ministros, parlamentarios, vocales del CGPJ y civiles, considerando que no concurría causa de justificación alguna en razón a la «*seguridad del Estado*».

Contra la citada Sentencia de la AP se interpuso recurso de casación ante la Sala Segunda del TS, que dictó resolución con fecha 22 de marzo de 2001 (Ponente Martín Pallín) desestimando el recurso y confirmando íntegramente la sentencia del Tribunal «*a quo*». La sentencia fue nuevamente recurrida ante el TC, quién por STC de 22 de marzo de 2004 (Ponente Jiménez Sánchez), estimó parcialmente el recurso si bien con base a la contaminación procesal o falta de parcialidad de uno de los magistrados de la AP de Madrid.

Vueltas las actuaciones a la Audiencia, la Sala Segunda dictó nueva sentencia con fecha 04 de abril de 2005, condenando por el precitado delito del artículo 192 del anterior CP a los miembros del CESID, resolución que fue nuevamente recurrida ante el TS, quién dictó sentencia con fecha 27 de septiembre de 2006 (Ponente Colmenero), confirmando la resolución del Tribunal de instancia, y la condena motivada en la falta de autorización y de control judicial de las escuchas del Centro.

Un último asunto al que hacer referencia lo fue el de las escuchas telefónicas realizadas por el CESID en una sede de la coalición «*Herri Batasuna*». El procedimiento se inició en el Juzgado de Instrucción 2 de Vito-

ria, ante la denuncia formulada por integrantes de dicha formación política por la sospecha de tener interceptadas sus comunicaciones telefónicas, comprobándose que la misma se realizaba por agentes del CESID; elevadas las actuaciones a la AP de Álava, dictó sentencia el 04 de abril de 2003, condenando al Director del Centro y a varios agentes como autores de un delito de interceptación ilegal de las comunicaciones.

La resolución fue recurrida en casación por los condenados, el Ministerio Fiscal y el Abogado del Estado, dictando el TS sentencia con fecha 31 de marzo de 2004 (Ponente Granados Pérez), en la que se estimó el recurso al considerar que se había vulnerado el derecho a la presunción de inocencia de los condenados, dictando nueva sentencia absolutoria.

En todas estas resoluciones se constató la actuación al margen de la legalidad de los Servicios de Inteligencia, generando una difícil situación toda vez que de un lado, al no establecerse en ninguna de sus normas el sometimiento de sus actuaciones a control judicial, todas las intervenciones telefónicas realizadas resultarían delictivas; y de otro lado, su actividad resultaba necesaria para la defensa y seguridad del Estado. Ante la difícil situación de los Servicios el legislador mediante la LO 2/2002 y la Ley 11/2002, estableció un sistema de cobertura legal a sus intervenciones, dotándolas de un procedimiento de autorización judicial.

IV. EL CONTROL JUDICIAL PREVIO DE LAS INTERVENCIONES TELEFÓNICAS DEL CNI⁵³

Fue a través de la Ley 11/2002, reguladora del CNI y de la LO 2/2002, relativa al «*control judicial previo*», cuando se ha instaurado por primera vez el control judicial de las actividades del Servicio de Inteligencia español, para que pueda realizar su actividad con respeto a los derechos fundamentales de los que gozan los ciudadanos, obteniendo

⁵³ En Europa existen otros Servicios de Inteligencias; así en Alemania el Bundesnachrichtendienst BND, Servicio Federal de Inteligencia; en Austria: Generaldirektion für die Öffentliche Sicherheit, Dirección General de Seguridad Pública y Bundesamt für Verfassungsschutz und Terrorismusbekämpfung BVT, Oficina Federal de Protección de la Constitución y de Lucha contra el Terrorismo. En Bélgica, la Surete de l'Etat SE, Agencia Federal de Inteligencia y Seguridad; en Francia, la Direction Generale de la Securite Exterieure DGSE; en Italia el Comitato esecutivo per I servizi di informazione e di sicurezza CESIS; en Portugal, el Sistema de Informaciones de la Republica Portuguesa SIRP ; en el Reino Unido, el Security Service MI5; en Rusia, el Sluzhba Vneshney Razvedki SVR, Servicio de Inteligencia Exterior; y en el seno de la Unión Europea, el Situation Center SIT-CEN, Centro Conjunto de Situación para el Análisis de La Inteligencia.

informaciones tendentes a «prevenir y evitar cualquier peligro, amenaza o agresión contra la independencia o integridad territorial de España, los intereses nacionales y la estabilidad del Estado de derecho y sus instituciones» (artículo 1 de la Ley 11/2002) ⁵⁴; y en la Exposición de Motivos de la LO se señala que para las actividades que puedan afectar al «secreto de las comunicaciones, la Constitución española exige en su artículo 18 autorización judicial, y el artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Fundamentales exige que esta ingerencia esté prevista en la Ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito».

La ley 11/2002, en su artículo 12, bajo la rúbrica «Control judicial previo», estableció que «El control judicial previo del Centro Nacional de Inteligencia se llevará a cabo en la forma prevista en la Ley Orgánica reguladora del control judicial previo del Centro Nacional de Inteligencia, complementaria de la presente Ley»; control judicial que se reglamentó en la citada LO 2/2002, en los siguientes términos:

«Artículo Único.»Control judicial previo del Centro Nacional de Inteligencia»

1. El Secretario de Estado Director del Centro Nacional de Inteligencia deberá solicitar al Magistrado del Tribunal Supremo com-

⁵⁴ Artículo 4: Para el cumplimiento de sus objetivos, el Centro Nacional de Inteligencia llevará a cabo las siguientes funciones: 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. b) 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 c) Promover las relaciones de cooperación y colaboración con servicios de inteligencia de otros países o de Organismos internacionales, para el mejor cumplimiento de sus objetivos. d) Obtener, evaluar e interpretar el tráfico de señales de carácter estratégico, para el cumplimiento de los objetivos de inteligencia señalados al Centro. e) Coordinar la acción de los diferentes organismos de la Administración que utilicen medios o procedimientos de cifra, garantizar la seguridad de las tecnologías de la información en ese ámbito, informar sobre la adquisición coordinada de material criptológico y formar al personal, propio o de otros servicios de la Administración, especialista en este campo para asegurar el adecuado cumplimiento de las misiones del Centro f) Velar por el cumplimiento de la normativa relativa a la protección de la información clasificada. g) Garantizar la seguridad y protección de sus propias instalaciones, información y medios materiales y personales.

petente, 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.

2. La solicitud de autorización se formulará mediante escrito que contendrá los siguientes extremos:

a) Especificación de las medidas que se solicitan.

b) Hechos en que se apoya la solicitud, fines que la motivan y razones que aconsejan la adopción de las medidas solicitadas.

c) Identificación de la persona o personas afectadas por las medidas, si fueren conocidas, y designación del lugar donde hayan de practicarse.

d) Duración de las medidas solicitadas, que no podrá exceder de veinticuatro horas en el caso de afección a la inviolabilidad del domicilio y tres meses para la intervención o interceptación de las comunicaciones postales, telegráficas, telefónicas o de cualquier otra índole, ambos plazos prorrogables por sucesivos períodos iguales en caso de necesidad.

3. El Magistrado acordará, mediante resolución motivada en el plazo improrrogable de setenta y dos horas, la concesión o no de la autorización solicitada. Dicho plazo se reducirá a veinticuatro horas, por motivos de urgencia debidamente justificados en la solicitud de autorización del Secretario de Estado Director del Centro Nacional de Inteligencia que, en todo caso, contendrá los extremos especificados en el apartado anterior de este artículo.

El Magistrado dispondrá lo procedente para salvaguardar la reserva de sus actuaciones, que tendrán la clasificación de secreto.

4. El Secretario de Estado Director del Centro Nacional de Inteligencia ordenará la inmediata destrucción del material relativo a todas aquellas informaciones que, obtenidas mediante la autorización prevista en este artículo, no guarden relación con el objeto o fines de la misma.»

A la vista de esta regulación, lo primero que deberemos señalar es que no nos encontramos ante un sistema de protección de los derechos fundamentales frente a la actividad del CNI, no parece ser esta la pretensión; el sistema establecido, valorando las altas misiones que tiene encomendadas en aras a garantizar la Seguridad del Estado (artículo 4 de la Ley

11/2002)⁵⁵, y el respeto a los derechos fundamentales contenidos en la CE, establece un sistema de equilibrio en el que se establece la necesidad de contar con control judicial previo únicamente para las actividades en las que se pueda afectar al derecho a la inviolabilidad del domicilio y de las comunicaciones; autores como DE LA OLIVA⁵⁶, señalan que este control judicial debería de haberse establecido con una mayor amplitud, y amparar plenamente el derecho a la propia imagen, no solo los dos supuestos regulados.

La LO 2/2002, en su tramitación parlamentaria contó con el apoyo mayoritario de los Grupos políticos (PSOE, PP, CIU, y Coalición Canaria), lo que nos da cuenta del alto consenso alcanzado. No obstante y fundamentalmente desde el Grupo Mixto, tanto en el Congreso de los Diputados⁵⁷ como en el Senado⁵⁸, se plantearon numerosas enmiendas al Proyecto de Ley Orgánica, que no fueron aprobadas por la mayoría, tendentes a ampliar las garantías, el control judicial, la motivación en las peticiones del Director del CNI, o en las resoluciones, y control posterior del magistrado; tratando, por un lado, de establecer en la norma criterios de «*ponderación de los riesgos para los intereses generales del Estado español y los peligros para los derechos fundamentales de los ciudadanos*», así como la comunicación a los individuos afectados, una vez cesase la medi-

⁵⁵ Artículo 4, L 11/2002: «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. b) 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. c) Promover las relaciones de cooperación y colaboración con servicios de inteligencia de otros países o de Organismos internacionales, para el mejor cumplimiento de sus objetivos. d) Obtener, evaluar e interpretar el tráfico de señales de carácter estratégico, para el cumplimiento de los objetivos de inteligencia señalados al Centro. e) Coordinar la acción de los diferentes organismos de la Administración que utilicen medios o procedimientos de cifra, garantizar la seguridad de las tecnologías de la información en ese ámbito, informar sobre la adquisición coordinada de material criptológico y formar al personal, propio o de otros servicios de la Administración, especialista en este campo para asegurar el adecuado cumplimiento de las misiones del Centro. f) Velar por el cumplimiento de la normativa relativa a la protección de la información clasificada. g) Garantizar la seguridad y protección de sus propias instalaciones, información y medios materiales y personales.»

⁵⁶ *Op. Cit.* Pág. 153.

⁵⁷ Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. Núm. 58-5, 121/000058. Proyecto de Ley. 7 de febrero de 2002.

⁵⁸ Boletín Oficial de las Cortes Generales. Núm. 55 ©, de 2 de abril de 2002. 621/000055. Proyecto de Ley Orgánica reguladora del control judicial previo del Centro Nacional de Inteligencia.

da, de su adopción a fin de que puedan poner en marcha los «*procedimientos judiciales y constitucionales de protección de los derechos fundamentales, así como de cualesquiera acciones judiciales*»⁵⁹; o que la autorización se concediera únicamente «*cuando previamente se hayan mostrado como ineficaces o inaplicables otras medidas y medios de actuación que no requieran excepcionalidad alguna*»⁶⁰. Este control judicial se pretendió, sin éxito, extender a la fase posterior a la autorización, así como a que el Director del CNI se viera obligado a informar periódicamente al Magistrado de los avances obtenidos, pudiendo ordenar el levantamiento de la medida en atención a «*la variación en el tiempo del citado principio de proporcionalidad*»⁶¹.

También y por los Grupo de los Nacionalistas Vascos, se pretendió que el «*control judicial*» regulado por la norma, no quedara en manos de un único magistrado del Tribunal Supremo, sino por una comisión mixta que estuviera compuesta por «*1 magistrado de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, 1 magistrado del Tribunal Constitucional y 1 Fiscal de la Sala Segunda del Tribunal Supremo*»⁶², o La Sala competente del TS, «*dentro de las que se rotará entre sus miembros*»⁶³.

El Grupo Parlamentario de Izquierda Unida en el Congreso, señaló la necesidad de establecer un procedimiento judicial, no considerando como tal el establecido en el Proyecto, al que señala como «*nominalmente llamado control judicial previo*», plagado de «*lagunas y peligros para el Estado de Derecho*»⁶⁴, criticando el sistema en base a que «*No conocemos el orden jurisdiccional en el que se tramitarán los procedimientos judiciales de enjuiciamiento de la actividad del CNI, no conocemos el parámetro procedimental y legal que será utilizado por el «superjuez» de autorizaciones, no conocemos cuales son los derechos de los ciudadanos que sean espiados para reaccionar de forma jurídica contra lo que consideren violaciones de des derechos*». Críticas que fueron seguidas, mediante la presentación de numerosas enmiendas por el Bloque Nacionalista Gallego, Chunta Aragonesista, Esquerra Republicana de Catalunya, o el Grupo Nacionalista Vasco (EAJ-PNV), intentando que en la Ley se regulara con

⁵⁹ Enmiendas núms. 4 y 5 en el Senado de D. Manuel Cámara Fernández y D. José Cabrero Palomares (Senadores de Izquierda Unida).

⁶⁰ Enmienda núm. 13. Del Grupo Parlamentario de Senadores de Coalición Canaria..

⁶¹ Enmienda núm. 26 de l Grupo Parlamentario de Senadores del PNV.

⁶² Enmienda núm. 9 Senado de D.^a Inmaculada de Boneta y Piedra, por Eusko Arka-tasuna.

⁶³ Enmienda núm. 23 de l Grupo Parlamentario de Senadores del PNV.

⁶⁴ Enmienda núm. 2 Congreso. Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida.

mayores garantías el control judicial previo, se pudiera revisar la actuación del Centro, y el órgano jurisdiccional autorizante lo fuera un órgano colegiado, o la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

Tras la promulgación de la LO 2/2002, y desde el Grupo Parlamentario Mixto en el Congreso de los Diputados, se presentó con fecha 24 de febrero de 2005, una moción de la Diputada de *Eusko Alkartasuna* Begoña LASAGABASTER OLIAZÁBAL⁶⁵, a fin de que en un plazo no superior a un año se procediera a la modificación de la Ley 11/2002, y de la LO 2/2002, en la que, y en relación con el «control judicial previo», se insiste en que la autorización deberá ser otorgada «por decisión colegiada de una Comisión en la que esté representado un magistrado del Tribunal Constitucional, un magistrado del Tribunal Supremo y el Ministerio público»; así como que el control por la Comisión sobre la medida debiera de contar con tres estadios: «Cuando se ordenan, cuando se llevan a cabo, cuando han cesado».

El Anteproyecto de LO 2/2002, contó, además, con el preceptivo informe, no vinculante, del CGPJ (Ponentes: Enrique ARNALDO ALCUBILLA y Ramón SÁEZ VARCÁRCCEL)⁶⁶, emitido con fecha 06 de noviembre de 2001, en dicho informe se hacía notar la necesidad de llenar el vacío legislativo existente, señalando que «llena un importante vacío legislativo respecto a la actuación de los servicios secretos, por cuanto en la actualidad no existe disposición legal alguna que contemple específicamente el régimen de autorizaciones judiciales con relación a los servicios de inteligencia. De esta forma, en estos momentos, la actuación de los citados servicios, si incidiera en el ejercicio de los derechos fundamentales, no solo se encontraría al margen de la legalidad, sino que podrá dar lugar a responsabilidad penal», y en este sentido se hace referencia a los casos, ya vistos en el apartado anterior, en los que agentes del CESID se vieron sujetos a responsabilidad penal, señalando la SAP de Madrid de 26 de mayo de 1989, o la del TS de 22 de marzo de 2001, en relación con las escuchas ilegales del Centro de Inteligencia. Y se proponían mejoras, a fin de precisar «el particular alcance del régimen de control al que quedaría sujeta la actividad del centro, cuando pudiera colisionar con otros derechos fundamentales distintos de los recogidos en el artículo 18.2 y 18.3 de la Constitución, singularmente en lo atinente al uso de la informática previsto en

⁶⁵ www.euskoalkartasuna.org/doks/dokuteka/050304cnimozioa.pdf

⁶⁶ Citado en GALLEGO, Javier:» Por la senda del Estado de Derecho: Análisis de la Ley Orgánica 2/2002, de 6 de mayo, reguladora del control judicial previo del CNI». En www.documentos.serviciodeinvestigacion.es.

el artículo 18.4 de la Constitución.» Igualmente se señaló que no se concreta el orden jurisdiccional encargado del control, ni se establece mecanismo alguno de revisión jurisdiccional, así como el problema que plantea de conexión entre la autorización de la medida, sus presupuestos y consecuencias, al no estar vinculada la intervención judicial a un concreto procedimiento.

IV.1. EL MAGISTRADO COMPETENTE

Pasando al análisis crítico de la normativa referida al control judicial previo de las actividades del CNI; el primer punto que debemos estudiar es el de la figura del magistrado encargado por la Ley de autorizar las intervenciones. Cargo unipersonal que, como hemos visto, fue objeto de enmiendas tanto durante la tramitación, como con posterioridad a la publicación de la norma, pretendiendo que la decisión correspondiera, bien a una Sala del TS, bien a un órgano colegiado.

La LOPJ, modificada por la LO 2/2002, señaló que el control judicial previo incumbe a un magistrado de la Sala Segunda del TS (Sala de lo Penal), o de la Tercera (Sala de los Contencioso-Administrativo), según reza la nueva redacción que se dio al artículo 127.2 de la citada norma reguladora de la orgánica procesal, correspondiendo al Presidente del CGPJ (artículo 125.5), someter al Pleno la propuesta para su nombramiento, así como la del magistrado que le sustituya en caso de «*vacancia, ausencia o imposibilidad*»⁶⁷. Estamos ante un nombramiento que reúne iguales requisitos que para el nombramiento de los Presidentes de Sala y Magistrados del Tribunal Supremo, si bien no requiere de una mayoría cualificada (artículo 127.1 y 2 LOPJ). Se nombrará entre Magistrados del TS que cuenten con tres años de antigüedad en la categoría, y por un período de cinco años (artículo 342 bis LOPJ), al igual que los Presidentes de Sala del TS, lo que ya le dota de una singularidad que le diferencia del resto de los nombramientos de magistrado del TS, que son elegidos entre miembros de la Carrera Judicial con quince años de antigüedad y diez de

⁶⁷ Art. 127 LOPJ. «*Será competencia del Pleno del Consejo General del Poder Judicial:: 4.- La propuesta de nombramiento del Magistrado de la Sala Segunda de lo Penal o Tercera de lo Contencioso-Administrativo, del Tribunal Supremo, competente para conocer de la autorización de las actividades del Centro Nacional de Inteligencia que afecten a los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 18.2 y 3 de la Constitución, así como la propuesta de nombramiento del Magistrado de dichas Salas del Tribunal Supremo que lo sustituya en caso de vacancia, ausencia o imposibilidad*».

magistrado, o entre abogados y juristas de reconocido prestigio (artículo 343 LOPJ).

Esta figura de magistrado nos plantea a nivel doctrinal alguna duda, duda ya planteada por el propio CGPJ en su informe, acerca de cual sea su naturaleza, esto es, no nos encontramos ante un órgano jurisdiccional preexistente, sino que se crea, no un órgano judicial, sino la figura de un magistrado al que sin dotarle competencia para instruir o conocer de procedimiento determinado alguno en los órdenes jurisdiccionales existentes (civil, penal, laboral, contencioso-administrativo, o militar) que se establecen en el artículo 9 de la LOPJ, se le atribuyen funciones judiciales limitadas.

Nos hallamos, como señala DE LA OLIVA⁶⁸, ante un control judicial, sin órgano judicial, ni potestad jurisdiccional. Y efectivamente, según tiene señalado artículo 117.3 de la CE, el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, *«juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan»*, y en igual sentido el artículo 2 de la LOPJ.

Se trata de un magistrado que no ejerce *«potestad jurisdiccional»* en el sentido constitucional y orgánico judicial, sino de manera muy limitada, toda vez que ni juzga, ni ejecuta lo juzgado; pero es más, constreñida su actividad al control judicial del CNI, su actuación se limita a la autorización y prórrogas en dos supuestos concretos (artículos 18.2 y 18.3 de la CE), sin que como veremos, ejercite un auténtico control judicial en el sentido señalado al analizar los requisitos que debe de cumplir el control judicial regulado en la LECrim. para la limitación de estos derechos. La LO 2/2002 regula el ejercicio muy *«limitado»* de funciones judiciales (potestad jurisdiccional), sin el establecimiento formal de un órgano público jurisdiccional.

No obstante esta especial caracterización de figura del magistrado regulado por esta ley, no cabe decir que no se ajuste a los límites que señala la CE para el ejercicio del Poder Judicial, toda vez que el artículo 117 de nuestra Carta Magna, en su apartado 4, prevé expresamente que por Ley pueda atribuirse a Juzgados o Tribunales funciones distintas de la Administración de Justicia o el ejercicio de la potestad jurisdiccional. Y en el presente supuesto, nos encontramos ante una regulación por Ley privilegiada de la figura de un magistrado de la máxima categoría de la Carrera Judicial, a quién se le encomienda velar por los derechos de los ciudadanos en una materia tan vulnerable como el derecho a la intimidad, conjugándolos con la necesidad de protegerse el Estado frente a los más graves ataques.

⁶⁸ *Op. Cit.* Pág. 155.

Se trata, por lo tanto, de un nuevo «*órgano jurisdiccional*» unipersonal cuya actividad no se corresponde con la del resto de los magistrados del TS, no ejercitando sus funciones en uno de los órdenes jurisdiccionales del Estado, ni ejerciendo potestad jurisdiccional. Y ello porque resulta innegable que no puede ejercerse jurisdicción ni funciones jurisdiccionales, sin la existencia de un órgano jurisdiccional (Juzgado o Tribunal); pero sí que puede realizar «*otras funciones*» legalmente establecidas, que sin ser potestad jurisdiccional, forman parte del control realizado por el poder judicial en defensa de los derechos individuales. En el presente supuesto, el magistrado del TS, en nombrado con todas las garantías por el Pleno del CGPJ, y ejercita unas competencias que por ley y doctrina jurisprudencial, tan solo les corresponden a los jueces, el control judicial y autorización de las intervenciones telefónicas, si bien dentro de un ámbito tan especial como los Servicios de Inteligencia, y más concretamente del CNI.

No nos encontramos tampoco ante un órgano político, toda vez que su nombramiento compete al CGPJ, y no al ejecutivo, con lo que forma parte del poder judicial, pero tampoco estamos ante un órgano jurisdiccional, sino ante un órgano unipersonal de naturaleza judicial limitada, que para mayor singularidad no goza de uno de los requisitos imprescindibles del ejercicio de la jurisdicción, la inamovilidad, la LOPJ (artículo 342 bis), limita su nombramiento a un período de cinco años, con lo que carece de una de las notas caracterizadoras de la independencia de jueces y magistrados; si bien cuando cese en sus funciones retomarará sus competencia en la Sala de procedencia, aunque nada se establece en la norma acerca de la posibilidad de volver a ser nombrado.

IV.2. LA SOLICITUD Y RESOLUCIÓN DE LAS INTERVENCIONES

Examinado el órgano creado por la LO 2/2002, debemos de pasar a analizar, el contenido del «*procedimiento*» que se regula, tanto en cuanto a la solicitud del Director del CNI, como a la resolución que se adopte por el magistrado.

IV.2.1. Requisitos para la autorización de la intervención

Como ya hemos visto el artículo único,¹ de la LO 2/2002, señala que el Director del CNI, con categoría de Secretario de Estado, deberá de solicitar del magistrado antes señalado, «*autorización*» para la adopción de

medidas por sus Servicios que afecten a la inviolabilidad del domicilio o al secreto de las comunicaciones, siempre que *«tales medidas resulten necesarias para el cumplimiento de las funciones asignadas al Centro»*.

De la simple lectura del precepto podemos determinar los requisitos que resultan exigibles para la solicitud de la autorización del magistrado:

a) En primer lugar la única autoridad con competencia para dirigirse al magistrado en solicitud de la autorización para realizar una intervención, lo es el Secretario de Estado Director del CNI. Competencia que no resulta delegable al resto de personal del Servicio, ni tan siquiera al Secretario General, sino que corresponde en exclusiva a su titular al haberlo así determinado la Ley Orgánica 2/2002. La Ley 11/2002, reguladora del CNI, entre las competencias que corresponden al Director señala, en su artículo 9 g), *«cuantas otras funciones le sean atribuidas legal o reglamentariamente»*. Tampoco cabe la solicitud dirigida por los Jefes de los otros Servicios de Inteligencia; en caso de ser necesaria la medida, deberán de solicitarla al Director del CNI, quién si la estima necesaria, deberá de asumir la competencia para el Centro de la investigación.

b) La solicitud deberá de realizarse por escrito dirigido al magistrado competente, y en ella se especificará cual sea la medida a adoptar. No será válido que se establezca de manera genérica que la solicitud se realiza para intervenir las comunicaciones, deberá quedar concretado de manera indubitada el medio de intervención que se pretende utilizar, esto es, si van a realizar escuchas telefónicas, de teléfono fijo o móvil, telegráficas, o de la correspondencia postal. Consideramos que también se deberán concretar, la persona o personas, físicas o jurídicas, que van a sufrir la intervención de sus comunicaciones, y los aparatos de telefonía a controlar, a fin de que por el magistrado se pueda valorar la necesidad de la intervención y su proporcionalidad.

c) Deberá de concretarse igualmente en el escrito el hecho o hechos motivadores de la intervención a realizar, la finalidad que las motiva, o las razones que la aconsejan, así como el interés que para el eficaz cumplimiento de las funciones que legalmente tiene encomendadas al CNI tiene la adopción de la misma. Con ello se añadirán elementos de juicio necesarios para que se pueda valorar la medida, toda vez que en otro caso difícilmente estaríamos ante un sistema de control.

d) De singular importancia es el requisito de la necesidad. Requisito de *«necesidad»* de adopción de la medida al que nos hemos referido con anterioridad y que en el presente caso, no puede someterse a la doctrina jurisprudencial establecida sobre las intervenciones telefónicas, deberá de estar motivada y ser proporcionada, pero no requiere, por la naturaleza de

las funciones del Centro que vaya dirigida a preconstituir prueba alguna. La función del Centro no es esa, sino obtener información tendente a la defensa del Estado y de su Seguridad interior y exterior, por lo que las razones de necesidad en las que se funde la solicitud irán dirigidas a la obtención de información de una entidad razonable sobre dichos extremos; información que además no pueda ser obtenida por otra vía que no suponga la limitación del derecho afectado.

e) Por último, la medida no puede prolongarse de manera indefinida, por lo que en su solicitud el Director deberá de limitarla al período máximo señalado por la el artículo 1.2.d de la LO 2/2002, que es de tres meses para las intervenciones de las comunicaciones, si bien el plazo resulta prorrogable, por igual periodo, en caso de necesidad; solicitud de prórroga que entendemos deberá de reunir necesariamente para que sea autorizada iguales requisitos que la autorización inicial.

Vistos los requisitos de la solicitud de autorización, ya encontramos grandes diferencias con las solicitudes que se regulan en el artículo 579 de la LECrim. en el ámbito del procedimiento penal. Así, y la principal a la que nos hemos referido con anterioridad, es que la solicitud no se realiza en el seno de una investigación judicial, ni con la finalidad de perseguir un presunto delito, ni, por último, se pretende la obtención de material probatorio válido para proceder contra nadie. Y además, la solicitud no se realiza por una autoridad o funcionario policial, sino por un órgano político dependiente del poder ejecutivo, el Director del CNI que tiene categoría de Secretario de Estado; no obstante, conviene recordar que ante delitos relacionados con la actuación de bandas armadas, elementos terroristas o rebeldes, se llega a autorizar la adopción de la intervención por órganos no judiciales, así el Ministro del Interior o del Director de la Seguridad del Estado pueden acordarlas, si bien con la obligación de comunicarlo de inmediato y por escrito al juez competente, quién revocará o confirmará la actuación, en resolución motivada (artículo 579.4 de la LECrim.)

Podemos, a la vista de lo señalado hasta el momento, concretar unas notas caracterizadoras del sistema establecido por la Ley:

1. En la LO 2/2002, no se establece la necesidad de concretar los hechos, que si bien todavía no probados, estén al menos mínimamente acreditados, a fin de que por el magistrado se posibilite, al menos en esta fase de autorización, un control efectivo y no meramente formal sobre la medida a adoptar. Se nos crea la duda de si a diferencia de lo señalado al analizar los requisitos constitucionales de la medida, bastará con meras sospechas para que se autorice la limitación de los derechos del individuo, cuya fundamentación podría derivar exclusivamente de las especiales fun-

ciones que tiene encomendadas en CNI, que hacen que su actividad no esté condicionada a la obtención de prueba, debiendo de obtener información, incluso indiciaria, sobre las actividades que pudieran poner en riesgo la seguridad nacional.

Ello dificultará notablemente la valoración que se realice por el magistrado del juicio de racionalidad acerca de la conveniencia, o no, de autorizar la intervención, basándose exclusivamente en la posibilidad de unos hechos, aceptando los que se le informan en la solicitud, sin mayor posibilidad de control. No obstante, no debemos de olvidar que el magistrado tiene, como no podría ser de otra manera, la posibilidad de denegar la autorización de la medida, sin posibilidad de recurso, como veremos.

2. Señala DE LA OLIVA⁶⁹, que en la norma no se establece ante quién se debe de solicitar la prórroga una vez agotado el plazo de autorización de los tres meses, si bien señala que se deduce del contexto. Efectivamente el artículo único, 2 d) al señalar la duración de la medida solicitada señala, que el plazo será prorrogable *«por sucesivos períodos iguales en caso de necesidad»*, y en el apartado 3, tan solo se señala que el magistrado acordará o denegará *«la concesión o no de la autorización solicitada»*. Consideramos que del contexto de la norma, y sobre todo de su fundamentación, que no pretende sino que por el magistrado del TS se controlen las actividades que afecten a la inviolabilidad de las comunicaciones, no cabe duda alguna acerca de que las prórrogas deberán de ser solicitadas y motivadas, ante el citado magistrado, quién gozará de la misma facultad para autorizarlas o no, motivadamente y sin recurso.

IV.2.2. La resolución del magistrado del Tribunal Supremo

Una nueva duda nos surge al analizar el texto de la norma, así el apartado 3 señala que el magistrado acordará lo que proceda en relación con la solicitud *«mediante resolución motivada»*, pero sin señalar que forma deberá de adoptar dicha resolución (providencia, auto, o mandamiento). Ello no supone ninguna especialidad con respecto al régimen general de autorizaciones, toda vez que el artículo 579. de la LECrim en sus apartados 2, 3 y 4, utiliza la misma fórmula *«resolución motivada»* para acordar esta medida o ratificar la adoptada, tanto en situaciones ordinarias, como en los supuestos especiales, en que se solicita su convalidación por el Ministro del Interior o el Director de Seguridad del Estado.

⁶⁹ *Op. Cit.* Pág. 158.

La autorización con una resolución motivada, emitida por el magistrado del TS nombrado, es suficiente y no supone ninguna excepción al régimen general establecido en la LECrim., a pesar de que la medida no sea adoptada en un procedimiento penal, y que el magistrado designado, no pueda considerarse «*stricto sensu*» órgano jurisdiccional. La autorización deberá de revestir la forma de auto, y ello porque nos encontramos ante una resolución judicial, equiparable a las que se señalan el artículo 141 de la LECrim., donde se concreta que adoptarán la forma de auto, las resoluciones «*que según las leyes deban fundarse*», y de entre ellas, necesariamente fundadas deben ser las que supongan la interceptación de las comunicaciones. Al tratarse de una resolución emitida por un magistrado, relativa a los derechos fundamentales, y que debe motivarse, consideramos que no puede ser adoptada sino por medio de auto.

La resolución se encuentra sometida al plazo improrrogable de 72 horas, salvo que por razones de urgencia, debidamente especificadas en la solicitud, se interese que la autorización acorte su plazo a 24 horas. El plazo de 72 horas es igual al señalado en el artículo 579.4 de la LECrim. para la convalidación judicial de las intervenciones acordadas por el Ministro del Interior, si bien la fundamentación es diferente. En la convalidación de la autorización dada por el Ministro, el plazo se señala como garantía del ciudadano al que se le limitan sus derechos, mientras que en la LO 2/2002, la perentoriedad del plazo para resolver se encuentra fundamentada en la urgencia de las actuaciones y en las importantes funciones del Centro.

Al señalar el apartado 3 de la Ley Orgánica que todas las actuaciones tienen la calificación de secretas, consideramos que igual consideración tendrán tanto la solicitud, como la resolución del magistrado del TS, que gozarán de la clasificación de secretas. La Ley 9/1968, de 5 de abril, reguladora de los Secretos oficiales⁷⁰, en su artículo 1.2, establece que «*tendrán carácter de secreto, sin necesidad de previa clasificación, las materias así declaradas por Ley*», y esta es la clasificación que la LO 2/2002, da a las actuaciones del CNI, entre las que se encontrarán tanto la solicitud, como la resolución, que solo podrán ser conocidas por las personas autorizadas, salvo que se proceda a su desclasificación, mediante el procedimiento adecuado.

El carácter de secreto llega a más, al corresponder al Director del Centro, y no al magistrado, el conocimiento exclusivo del resultado de la

⁷⁰ Publicada en el BOE núm. 84, de 6 de abril. Modificada por Ley 48/1978, de 7 de octubre (BOE de 11 de octubre)

actuación, no debiendo dar cuenta del resultado de las mismas, correspondiéndole incluso la destrucción de la información obtenida que no guarde relación con los fines de la autorización. Con ello, difícilmente se puede considerar que la norma establezca un control judicial de las actuaciones del CNI, sino tan solo de un control inicial, que se agota con la autorización inicial y la concesión de las prórrogas, no pudiendo conocer el magistrado ni la marcha de las actuaciones, ni los resultados de la intervención, ni su utilización, no custodiando el resultado de la intervención, y sin cotejo o fe judicial que garantice la fiabilidad de los resultados.

IV.3. Naturaleza del control judicial previo

En el momento de proceder a determinar ante que tipo de proceso o procedimiento nos encontramos con el control judicial previo que establece la LO 2/2002, nos planteamos varias cuestiones de difícil respuesta

Dado el carácter especial y limitado de este control judicial a las intervenciones telefónicas del CNI, se nos plantea el problema de determinar la naturaleza jurídica de este control.

Lo primero que nos surge es determinar si nos encontramos ante un proceso en sentido amplio, entendido como una secuencia o serie de actos que se desenvuelven progresivamente con el objeto de llegar a un acto estatal determinado; o como un proceso judicial, en sentido más estricto, como conjunto de actuaciones realizadas durante un período de tiempo, dirigidas a decidir la aplicación del derecho a un supuesto concreto.

Según establece la LO 2/2002, nos encontramos con dos únicas actividades en el procedimiento, unas de la Administración, la solicitud por escrito que realiza el Director del CNI, así como las solicitudes de prórroga; y otras del magistrado del TS, la resolución motivada autorizante, y las de las prórrogas. Con estos dos únicos actos, difícilmente podemos hablar de proceso, en sentido estricto, más aun cuando la resolución adoptada por el magistrado carece de recurso alguno, y el ciudadano que ha visto limitado su derecho, no tiene derecho no ya a conocer el resultado de la intervención sufrida, sino ni tan siquiera la limitación que ha sufrido en su intimidad.

El hecho de que solo estemos ante estas limitadas actuaciones por parte del magistrado del TS, quién tan solo puede autorizar o no la intervención y conceder o no las prórrogas, hace dudar de que nos encontremos ante un proceso. No existe procedimiento alguno que permita al magistrado, con carácter previo a adoptar su decisión, solicitar la ampliación de

datos, aclaraciones, o informes al escrito de solicitud del Director del Centro; además, el corto plazo para resolver y la calificación de secretas de las actuaciones, impedirían la práctica de cualquier tipo de prueba que le sirviera para fundamentar su decisión. No cabe interesar informes periciales, tomar declaración a los agentes intervinientes, o solicitar documentos que le sirvieran para razonar la resolución, dada su naturaleza secreta, por lo que se ve obligado a resolver con la única motivación que se le da en el escrito de solicitud.

Nos hallamos ante un «*procedimiento*», que carece de todos los requisitos para tener la consideración de un proceso judicial, ni siquiera de carácter limitado, en ninguno de los órdenes jurisdiccionales. Se resuelve sin dualidad de partes, sin que el «*juez*» pueda intervenir, el solicitante recurrir la decisión, y el afectado en su intimidad enterarse de la actuación. DE LA OLIVA⁷¹ establece una similitud con el concepto de «*acto de jurisdicción voluntaria*» que establece el artículo 1811 de la LEC⁷²,

«Se considerarán actos de jurisdicción voluntaria todos aquellos en que sea necesaria o se solicite la intervención del Juez sin estar empeñada ni promoverse cuestión alguna entre partes conocidas y determinadas.»

Frente al concepto legalista de jurisdicción voluntaria tanto la doctrina como la jurisprudencia han elaborado una definición de jurisdicción voluntaria que se caracteriza inicialmente por los siguientes rasgos:

a) Inexistencia de conflicto entre partes procesales. A través de un procedimiento de jurisdicción voluntaria se ventila una pretensión que no entraña disputa o litigio entre dos partes procesales, ya que en puridad no existen dos partes procesales, sino solamente una, que es la que insta el procedimiento de jurisdicción voluntaria.

b) Procedimiento unilateral o no contradictorio: es decir, si en los procedimientos declarativos o ejecutivos existen dos partes procesales y

⁷¹ *Op. Cit.* Pág. 160.

⁷² Libro III (arts. 1811 a 2181) mantenido expresamente en vigor hasta la vigencia de la Ley sobre Jurisdicción Voluntaria por disp. derog. única 1 1.^a Ley 1/2000 de 7 enero, de Enjuiciamiento Civil. El 20 de octubre de 2006, el Consejo de Ministros aprobó el Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria. Boletín Oficial de las Cortes Generales núm. 109-1, de 27 de octubre de 2006, en cuyo artículo 1.2 se establece que son expedientes de jurisdicción voluntaria «*todos aquellos en los que se solicita la intervención de un Juez, secretario Judicial, Notario, Registrador, u otro funcionario designado para la administración o tutela de cuestiones de derecho civil o mercantil en las que no exista contraposición entre los interesados*».

enfrentadas, y en función de ello se desarrolla el proceso correspondiente, en sede de jurisdicción voluntaria, no existen dos partes procesales, y menos aun enfrentadas (por lo menos inicialmente): existe una sola parte que solicita ante el órgano jurisdiccional un pronunciamiento en relación a una materia concreta pero sin que exista otra parte que alegue lo que considere conveniente frente a la pretensión de la parte que insta el proceso de jurisdicción voluntaria.

c) El pronunciamiento o resolución de un expediente de jurisdicción voluntaria carece de eficacia de cosa juzgada: al no existir inicialmente en estos procesos el principio de contradicción (como consecuencia de la inexistencia de partes propiamente dichas en el proceso) la resolución obtenida no provoca dicho efecto, por lo que, en su caso, se podrá acudir ante la Jurisdicción ordinaria para discutir la misma pretensión. La no existencia del efecto de cosa juzgada no significa que dicha resolución no produzca efectos: en tanto en cuanto no se inste el correspondiente litigio, la resolución obtenida en sede de jurisdicción voluntaria producirá efectos no solo en relación a los participantes en el proceso sino también frente a terceros.

No obstante, estos actos de jurisdicción voluntaria tienen una naturaleza administrativa que no se corresponde con el «*control judicial previo*» en materia tan sensible como la limitación de un derecho fundamental reconocido y amparado por la constitución.

Es por ello que consideramos que no nos encontramos ante un proceso judicial, y que la resolución dictada por el magistrado, siendo una actividad de naturaleza jurisdiccional al ser emitida por un «*juez*», en un acto con el que se pretende garantizar que no cometan abusos o extralimitaciones innecesarias en la limitación del derecho a la intimidad, no es sin embargo un acto procesal penal, ni contencioso-administrativo, al no existir dualidad de partes que pueden ejercitar sus acciones en defensa de sus intereses ante el órgano judicial que resuelve la petición.

Tampoco nos encontraremos ante un procedimiento de garantía constitucional, toda vez que quien tiene afectado su derecho a la intimidad, no tiene posibilidad alguna de defensa, al no conocer ni la actuación o intervención practicada por el CNI, ni su finalidad, ni el resultado de la misma, a pesar de dilucidar cuestiones de derecho constitucional.

Para DE LA OLIVA, nos encontraremos ante un negocio de naturaleza jurídica, que considera de «*jurisdicción voluntaria atípico*», al resultar ajeno al origen y desarrollo histórico de dicha jurisdicción, y extraño al objeto del procedimiento que son asuntos de naturaleza civil y mercantil.

Tampoco es jurisdicción contenciosa, aunque, para la entrada y registro, que no para la interceptación de las comunicaciones, los artículos 91 de la LOPJ⁷³ y 8.6 de la Ley 29/1998 de 13 de julio reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa⁷⁴, prescriben que corresponde a los juzgados de los contencioso-administrativo resolver, mediante auto las solicitudes de autorización de entrada en domicilio y otros lugares cerrados, cuando sea preciso para la ejecución forzosa de los actos de la administración pública. Existen similitudes entre este procedimiento contencioso y el regulado en la LO 2/2002, en cuanto que ambos requieren: una solicitud escrita de un órgano administrativo, una autorización por resolución judicial, y el procedimiento se realiza sin que existan actuaciones. Pero también hay notables diferencias: en este procedimiento administrativo de ejecución la solicitud se dirige a un juzgado, trae su causa en un anterior procedimiento administrativo que culmina con la ejecución forzosa del acto, existen interesados a los que dar audiencia, y la resolución del Juzgado resulta revisable en apelación por el perjudicado. Ninguno de estos extremos se dan en el control judicial que establece la LO 2/2002, no hay órgano judicial, ni procedimiento anterior, ni interesados a los que se les permita alegar o recurrir.

Se trata, a nuestro entender de un «*seudo procedimiento*» de garantía del derecho constitucional a la intimidad que reconoce el artículo 18 de la CE, de naturaleza especial en razón del carácter secreto de las actuaciones y de la finalidad que se persigue con la intervención telefónica, ajena a todos los órdenes jurisdiccionales. Limitaciones a los derechos de los ciudadanos de tal importancia para garantizar la seguridad y pervivencia de la sociedad democrática y demás finalidades establecidas en el artículo 4 de la Ley 11/2002, que el propio Estado ha arbitrado un sistema de equilibrio de bienes jurídicos en el que sin poner en riesgo esa alta finalidad que cumplen los Servicios de Inteligencia, se garantice, siquiera sea mínimamente, el control judicial de las actividades que mayor riesgo generan para la intimidad del individuo.

⁷³ Artículo 91. 2 LOPJ. «Corresponde también a los Juzgados de lo Contencioso-administrativo autorizar, mediante auto, la entrada en los domicilios y en los restantes edificios o lugares cuyo acceso requiera el consentimiento del titular, cuando ello proceda para la ejecución forzosa de actos de la Administración». Precepto redactado por art. único LO 6/1998 de 13 de julio.

⁷⁴ Artículo 8.6 LJC. «Conocerán también los Juzgados de lo Contencioso-administrativo de las autorizaciones para la entrada en domicilios y restantes lugares cuyo acceso requiera el consentimiento de su titular, siempre que ello proceda para la ejecución forzosa de actos de la Administración pública». Precepto redactado por disp. adic. 14.ª dos LO 19/2003, de 23 de diciembre.

Una especialidad que abunda en la difícil caracterización del procedimiento de control judicial previo es el hecho de que de las resoluciones del magistrado del TS no sean recurribles. No a otra conclusión puede llegarse a tenor de lo establecido por LO 2/2002, que no encuentra complementación ni en el articulado de la LECrim., ni en la LOPJ, normas en las que ni se establece la posibilidad de atacar las resoluciones judiciales, ni se atribuye competencia a órgano jurisdiccional alguno para revisar las decisiones adoptadas por el magistrado del TS designado, tanto para la aprobación, o denegación, de la intervención telefónica solicitada, como para la autorización o denegación de las prórrogas. No se establece en norma alguna, ni se puede suplir el vacío legal con otra disposición, la posibilidad de que por el Director del CNI se recurra el auto motivado por el que se deniegue la medida interesada; ni tampoco la denegación de la solicitud de su continuidad desautorizando las prórrogas. Y del lado del ciudadano que ve afectado sus derechos, no existe posibilidad alguna de alegar o recurrir ninguna de las resoluciones, por el sencillo motivo de que no las va a conocer, ni aun cuando hayan concluido las intervenciones. Ello es así porque no nos encontramos ante un procedimiento judicial en que haya dualidad de partes e intereses, prima el interés del Estado, con unos mínimos de control judicial, al menos para acordar o prorrogar al intervención, mínimos garantistas que no pueden ser atacados ante órgano jurisdiccional alguno, en razón, entendemos, no solo del secreto de las actuaciones, sino y fundamentalmente de la urgencia y necesidad de la medida, que si pudiera ser recurrida, y tuviera que esperar una nueva decisión de un órgano superior, carecería de eficacia ante situaciones críticas; y además, de ser conocida la actuación por los afectados, resultarían innecesarias por ineficaces.

Con ello, este control judicial previo, abunda en la idea anterior de que no se corresponde con ninguno de los procedimientos judiciales establecidos en nuestras leyes, uno de cuyos principios básicos es la posibilidad de que las decisiones judiciales puedan ser sometidas a un órgano superior para que sean ratificadas, modificadas o anuladas, en caso de controversia; y en los supuestos de derechos fundamentales, no solo ante la jurisdicción ordinaria, sino ante la constitucional, y el TEDH.

Pero quizás de entre todas las singularidades de este particular procedimiento, la que más extrañeza puede llegar a producir es el hecho de que el magistrado del TS, una vez autoriza la intervención de las comunicaciones, pierda todo control sobre las mismas, y ello porque el Director del CNI no tiene obligación legal alguna de dar cuenta al magistrado del desarrollo de la actuación, ni de los resultados que con la misma se han obte-

nido, a quién le queda únicamente la facultad, motivada, de autorizar o no las prórrogas.

La resolución adoptada por el magistrado como se ha señalado debe estar debidamente motivada, lo que excluye el arbitrio, que se conjugaría mal con el inicial control judicial de la intervención a autorizar. Además deberá de reunir unos presupuestos y requisitos, que en parte coinciden con los que la jurisprudencia ha señalado como garantías constitucionales de la limitación del derecho a la intimidad:

- La medida ha de estar establecida por la ley, y en el presente caso resulta indudable que el requisito se cumple al establecerse la limitación en una ley orgánica.
- Se acuerda mediante una resolución motivada que adoptará la forma de auto; si bien habida cuenta que desconoce el resultado de las intervenciones, difícilmente salvo que en la solicitud se le aporte base suficiente podrá motivar la decisión adoptada.
- Sobre ciudadanos españoles y sobre extranjeros en sus actividades en España. No cabrá la autorización para las intervenciones telefónicas fuera del territorio nacional, aunque la Ley 11/2002, establezca que el CNI puede actuar fuera del territorio nacional; pero entendemos que la competencia del magistrado no permite la aplicación extraterritorial de sus decisiones, lo que no impide que se contacte con los Servicios Secretos de otros países en petición de colaboración.
- El auto deberá de estar motivado tanto para su estimación como para su desestimación, y en él el magistrado antes de adoptar una decisión deberá de comprobar que la medida reúne los requisitos jurisprudenciales antes señalados.
- La medida deberá ser proporcionada para el objetivo que se quiere conseguir con su adopción, debiendo denegarse si considera que la intervención telefónica resulta excesiva para el resultado que se pretende.
- Deberá ser necesaria, analizando si no existe un medio menos gravoso para la intimidad que pueda conducir a obtener el mismo resultado.
- Entendemos, además, que de la solicitud se deben de derivar unos indicios racionales, en este caso no de criminalidad, sino de actividades que puedan afectar a los intereses económicos, industriales, comerciales y estratégicos de España, y fundamentalmente actividades que pongan en riesgo, amenacen o atenten contra el ordenamiento constitucional, los derechos y libertades de los españoles, la sobe-

ranía, integridad y seguridad del Estado, la estabilidad de sus instituciones, los intereses económicos nacionales y el bienestar de la población. Valorando tanto la presunta gravedad de la actividad, como el interés afectado para autorizar esta medida, y teniendo en consideración que nos encontramos ante fines de naturaleza no jurídica.

Nada parece impedir que se pueda desarrollar en paralelo una actuación penal realizada por un órgano judicial, sin que este conozca las actividades que esta realizando el CNI, dada su naturaleza secreta, y la finalidad que en ningún caso tiene que ver con un proceso penal, ni con la obtención de prueba, teniendo finalidades distintas. No obstante, debemos de señalar que el CNI, como órgano del Estado, no podrá dejar de promover la acción de la justicia cuando de la información obtenida se derive la comisión de un delito, conforme establece el artículo 262 de la LECrim., siempre que la denuncia no suponga la divulgación de material de deba ser desclasificado.

Un último aspecto a considerar, en orden a la especial naturaleza de la institución que tratamos, es que no solo no tiene el magistrado el control de las actividades una vez que estas han comenzado, sino que tampoco conoce el material obtenido, ni tan siquiera de aquél que por no ser útil a la finalidad perseguida deba ser desechado. El apartado 4 de la LO 2/2002, establece que corresponde al Director del CNI ordenar la inmediata destrucción del material e informaciones, que obtenidas con la intervención telefónica autorizada, no guarde relación con el objeto o el fin de la misma.

Cabe preguntarnos si el material así obtenido resultaría con validez probatoria en un proceso penal; señala DE LA OLIVA que habiéndose obtenido el material con una autorización judicial no debería de resultar problemático, no obstante existen serias dificultades para su validez:

a) No puede dotarse de validez a la prueba obtenida mediante la intervención telefónica autorizada por el magistrado y practicada por el CNI, cuando el sujeto afectado por la medida limitativa de su derecho, no ha tenido oportunidad de saber el resultado de la misma, o recurrir su práctica, una vez realizada.

b) El material obtenido por medio de la intervención tiene la naturaleza de material secreto conforme establece la Ley 9/1965 de Secretos Oficiales, por lo que se requeriría la previa desclasificación de los resultados, lo que es un proceso complejo y lento, a este respecto merece destacarse la STS (Sala 3.ª) de 04 de abril de 1997 (Ponente Trillo Torres), en la que anuló un acuerdo del Consejo de Ministros por el que no se desclasificaban unos documentos del CESID interesados por el Juzgado de Instrucción.

A estos dos argumentos cabe añadir, que la medida no va dirigida contra el presunto responsable de la comisión de un delito, ni tampoco se rea-

liza en el seno de una investigación de naturaleza penal, así que la prueba obtenida carecería de validez para ser utilizada en un procedimiento penal. A esta falta de validez de la prueba contribuye el hecho de que el magistrado carece de control sobre la ejecución de la medida, limitándose a las autorizaciones, también desconoce el resultado de la misma, y no se le hace entrega de las grabaciones ni de sus transcripciones, sin que sea custodiada con garantía por un Secretario Judicial; de modo que estaríamos ante una prueba prohibida al no haberse obtenido con las garantías legales para acreditar su autenticidad.

V. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

V.1. LIBROS

- ALONSO PÉREZ, Francisco: «*Intervención de las comunicaciones postales, telegráficas y telefónicas: legislación, comentarios, jurisprudencia*». Edit. Dykinson, Madrid, 2001.
- ARZOZ SANTISTEBAN, Xavier: «Artículo 8. Derecho al respeto de la vida privada y familiar», En *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*. LASAGABASTER HERRANTE, Iñaki, Director. Edit. Thomson, Civitas. Madrid, 2004.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio: «*Secreto e intervención de las comunicaciones en Internet*». Edit. Thomson Civitas. Madrid, 2004.
- GIMENO SENDRA, V.; MORENO CATENA, V.; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.: «*Derecho Procesal Penal*». Edit. COLEX. Madrid, 2003.
- LÓPEZ DE BARJA DE QUIROGA; Jacobo: «*Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*». Edit. Akal/Iure. Torrejón de Ardoz, 1989.
- LÓPEZ-FARGOSO ÁLVAREZ, T: «*Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*». Edit. COLEX. Madrid, 1991.
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita: «*La suspensión e intervención de la comunicaciones del preso*». Edit. Tecnos. Madrid, 2000.
- MONTERO AROCA, Juan: «*La intervención de las comunicaciones telefónicas en el proceso penal (un estudio jurisprudencial)*». Edit. Tirant lo Blanch. Valencia, 1999.
- OLIVA SANTOS, Andrés de la: «*El control judicial previo de la inteligencia militar*». Escritos sobre derecho, justicia y libertad. Edit. Universidad Autónoma de México. 1.ª Edicc. México, 2006.
- URBANO CASTRILLO, Eduardo de: «*La Prueba ilícita penal. Estudio jurisprudencial*». Thomson. Edit. Aranzadi. 3.ª Edicc. Pamplona, 2003.

V.2. REVISTAS

- ALONSO PÉREZ, Francisco: «Intervención de las comunicaciones en el ámbito penitenciario». En *La Ley: Revista Jurídica Española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*. Núm. 4. 2001. Págs. 1486-1490.
- BARCELONA LLOP, J: «Escuchas telefónicas y acción de policía de seguridad». En *Revista de Administración Pública*. Núm. 112, enero-abril 1987.
- CATALÁ I BAS, Alexandre H.: «La problemática adecuación de la legislación española sobre escuchas telefónicas a las exigencias del Convenio Europeo de Derechos Humanos y sus consecuencias». En *Revista del Poder Judicial*, núm. 66. Segundo trimestre 2002. Edita: Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2002.
- DOMÍNGUEZ ÁLVAREZ, M.I.: «Escuchas telefónicas: planteamiento práctico desde la perspectiva jurisprudencial». En *Revista General del Derecho*. Núm. 616-617 (enero-febrero), 1996.
- ESTRELLA RUÍZ, Manuel: «Entrada y Registro, interceptación de comunicaciones postales, telefónicas, etc». En *Cuadernos de Derecho Judicial: Medidas restrictivas de los derechos fundamentales*. Edit. CGPJ. 12/1996, págs. 351-391.
- FELIP, Joseph María: «Cuatro años de CNI y la nueva cultura de la inteligencia en España». En www.documentos.serviciodeinvestigaron.es. Cátedra Servicios de inteligencia y Sistemas democráticos, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid.
- GALLEGO, Javier: «Análisis de la Ley Orgánica 2/2002, de 6 de mayo, reguladora del control judicial previo del CNI». En www.documentos.serviciodeinvestigaron.es. Cátedra Servicios de inteligencia y Sistemas democráticos, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid.
- GIMENO SENDRA, Vicente: «Las intervenciones telefónicas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo». En *La Ley*, año XVII, núm. 4024, de 26 de abril de 1996.
- LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, Tomás: «Las intervenciones telefónicas en el proceso penal por delitos comunes». En *Cuadernos de Derecho Judicial: La restricción de los derechos fundamentales de las personas en el proceso penal*. Edit. CGPJ. 29/1993, págs. 79-113.
- MACIÁ GÓMEZ, Ramón: «Requisitos jurisprudenciales de la intervención telefónica y de la entrada y registro». En *Diario de Jurisprudencia El Derecho*. Núm. 567, pág. 1 y ss. Publicado el 23 de abril de 1997.

- MONTAÑÉS PARDO, Miguel Ángel: «La intervención de las comunicaciones: doctrina jurisprudencial». En *Cuadernos Aranzadi del Tribunal Constitucional*, 1139-7691. Aranzadi. Pamplona, 1999.
- MONTÓN REDONDO; A.: «Las intervenciones telefónicas constitucionalmente correctas». En *La Ley*. Tomo 4, 1995.
- PULIDO QUECEDO, Manuel: «Sobre escuchas telefónicas e imparcialidad judicial». En *Actualidad Jurídica Aranzadi*. Núm. 622, 2004.
- RAFOLS LLACH, Juan: «Autorización judicial para la instalación de aparatos de escucha, transmisiones y grabación en lugar cerrado». En *Cuadernos de Derecho Judicial: La prueba en el proceso Penal*. Edit. CGPJ. 1/1992, págs. 559-571.
- RODRÍGUEZ RAMOS, I.: «Las intervenciones telefónicas». En *Cuadernos de Derecho Judicial; la prueba en el proceso penal*. CGPJ, Madrid, 1/1992, págs. 451-509.
- ZARAGOZA TEULER, Vicente A: «Intervención de las comunicaciones: puntuales aspectos sustantivos y procesales». En *Pórtico legal*, artículos doctrinales.