

# SERVICIOS DE INTELIGENCIA Y DERECHO A LA INTIMIDAD (1)

MIGUEL REVENGA SÁNCHEZ

*SUMARIO:* I. LOS CONTORNOS DEL DERECHO A LA INTIMIDAD Y SU PROTECCIÓN LEGAL.—II. ENCUADRE JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DE LOS SERVICIOS DE INTELIGENCIA.—III. DELIMITACIÓN DE LAS COMPETENCIAS DEL CESID.—IV. EL CASO DE LAS ESCUCHAS DEL CESID.—V. LA «ANOMALÍA ESPAÑOLA» A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (TEDH).—VI. SOCIEDAD DEL RIESGO Y DERECHO CONSTITUCIONAL: ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA REFORMA DE LOS SERVICIOS DE INTELIGENCIA.—VII. DOS CUESTIONES CONFLICTIVAS: LAS INTERVENCIONES PROSPECTIVAS Y EL RECURSO A AGENTES ENCUBIERTOS.—REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

## I. LOS CONTORNOS DEL DERECHO A LA INTIMIDAD Y SU PROTECCIÓN LEGAL

Como ningún título es inocente, el de la ponencia que se me ha asignado parece sugerir que lo que imprecisamente podemos llamar «el mundo de los servicios de Inteligencia» tiende a convivir en relación conflictiva con el sistema constitucional de los derechos. Señaladamente, con un derecho de nombre impreciso — derecho a la vida privada, a la *privacidad* o a la intimidad — que ha acabado por adquirir en el Estado de nuestros días connotaciones cada vez más complejas.

Si la relación entre una cosa y otra se percibe como conflictiva, ello podría deberse a que el *modus operandi* de los servicios de Inteligencia no acaba de

---

(1) Ponencia presentada al curso de verano «Seguridad y Democracia. El futuro de los Servicios de Inteligencia», celebrado en El Escorial, del 10 al 14 de julio de 2000. [Agradezco al profesor Rubio Llorente su cordial invitación para escribir estas páginas, y sus comentarios y sugerencias acerca de las mismas.].

cuadrar del todo con el componente garantista que todo genuino sistema de derechos conlleva. En su versión más burda, la idea subyacente a ese supuesto desajuste sería que a más garantías jurídicas menor eficacia de los servicios («demasiado Derecho», podríamos decir); y en una versión más refinada, que los haberes del Estado de Derecho resultan pesados débitos cuando se trasladan a un ámbito cuyas «necesidades existenciales», por así decir, repelen su presencia.

Nadie con un mínimo de conocimiento acerca de lo que los servicios de Inteligencia hacen en nuestros días suscribiría tan simplistas suposiciones. O al menos nadie que contemplara la cuestión desde las necesidades de la Inteligencia en una sociedad democrática, que es lo que aquí interesa, pues en una sociedad de otra naturaleza no habría lugar para el conflicto. Si proponemos tal punto de partida es sólo porque nos resulta funcional con respecto a lo que queremos indagar, esto es, los puntos de contacto que es posible hallar entre los servicios de Inteligencia y el derecho a la intimidad personal del artículo 18.1 de nuestra Constitución (CE).

Una primera precisión se impone. Tratándose, como se trata, de un derecho de contornos no del todo claros, y al servicio del cual el propio artículo 18 CE individualiza al menos otros tres derechos o garantías (inviolabilidad del domicilio, secreto de las comunicaciones y límites en el uso de la informática), hemos de acotar nuestro ámbito de indagación.

El debate doctrinal sobre el significado del derecho a la intimidad ha sido profundo y cargado a menudo de una deriva filosófica que no procede abordar detalladamente. Baste decir que la caracterización del mismo oscila entre el estatuto puramente negativo del derecho, es decir, como garantía de no intromisiones en un ámbito reservado de vida privada y, por otro lado, su significado como un derecho activo, esto es, como la posibilidad de ejercer un control efectivo, mediante el acceso a los registros o bases de datos que correspondan, sobre las informaciones que afectan a cada cual. Uno y otro componente —suele decirse— aparecen en nuestros días indisolublemente unidos. También se discute si lo que importa del derecho a la intimidad es lo que el derecho protege por sí mismo —su significado intrínseco, por así decir— o bien su valor instrumental: el derecho a la intimidad como una garantía al servicio de la realización de otros valores, derechos o bienes constitucionales.

Lo que aquí nos interesa es el significado sustantivo: la intimidad como apartamiento de la mirada pública; como ámbito de no intromisión o fortaleza que cada persona erige para sí, cerrando el paso a las interferencias de la acción pública o privada. En la célebre definición de los jueces norteamericanos Warren y Brandeis, formulada hace más de un siglo, la intimidad es el derecho a estar solo, *the right to be let alone*, el derecho, por decirlo castizamente, a que a uno lo dejen en paz.

Nuestro derecho positivo, tan parco y alicorto, como después veremos, en materia de servicios de Inteligencia, contiene un desarrollo bastante satisfactorio para la protección de los derechos del artículo 18.1 CE. Una protección que es de carácter penal: Título X del Libro II del Código Penal de 1995, con su rúbrica «Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio», y Sección Segunda del Capítulo V del Título XXI, con la rúbrica «De los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra la inviolabilidad domiciliaria y demás garantías de la intimidad». Y una protección que alcanza también al ámbito civil, mediante la Ley Orgánica 1/1982 (reformada en 1995) «de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen». Quizá en el artículo 7 de esta ley, al delimitar lo que se considera intromisión ilegítima en el ámbito protegido por la misma, podemos encontrar el elenco más completo de conductas, por parte de autoridades públicas o por parte de personas privadas, potencialmente atentatorias contra la intimidad. Los siete apartados del artículo van desgranado, en efecto, una serie de actuaciones (emplazamiento de aparatos de escucha o filmación, divulgación o revelación de hechos o datos privados, captación de imágenes, utilización de nombre o imputación de hechos), cuyo común denominador consiste en derribar de manera ilegítima el muro de privacidad que cada persona, a tenor de sus propios actos y conforme a los usos sociales, alza en torno a su vida. Esos mimbres legislativos, junto a la propia Constitución, que —no lo olvidemos— consagra los Apartados 2 y 3 del artículo 18 a garantizar, respectivamente, la inviolabilidad del domicilio y el secreto de las comunicaciones, en ambos casos *salvo resolución judicial*, representan el marco de referencia, a partir del cual podemos ya abordar la cuestión que se nos ha asignado.

A tal efecto, procederemos del siguiente modo. En primer lugar, examinaremos el encuadre constitucional de los servicios de Inteligencia, y la normativa que regula la actuación del CESID. Las carencias de dicha normativa, desde un punto de vista formal y material, nos darán pie para adentrarnos en un conflicto que podemos tomar como el «caso de referencia», un *leading case*, en el que hallamos por vez primera criterios jurisprudenciales (si bien todavía no definitivos, por hallarse el asunto pendiente de resolución ante el Tribunal Supremo) que caen de lleno sobre la cuestión que nos ocupa. Me refiero al llamado *caso de las escuchas del CESID*, un conflicto que nos dará pie para resaltar lo que puede considerarse, hasta cierto punto, como una anomalía del caso español en el contexto del panorama comparado. Tal es la ausencia de un verdadero debate sobre el estatuto de los servicios de Inteligencia en sede legislativa. El silencio del legislador se va mostrando cada vez más insostenible a la luz de la no escasa jurisprudencia en materia de derecho a la intimidad y régimen de intervención de las comunicaciones, dimanante del Tribunal Cons-

titucional (TC) y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), un órgano este último cuyas decisiones, no lo olvidemos, tienen valor «paramétrico» o «informador» en la interpretación de nuestro derecho interno (art. 10.2 CE). Por último, nos atreveremos a realizar algunas consideraciones de cara a la anunciada reforma del régimen jurídico de los servicios de Inteligencia

## II. ENCUADRE JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DE LOS SERVICIOS DE INTELIGENCIA

Hablando en términos comparativos, puede decirse, sin temor a exagerar, que el mundo de los servicios de Inteligencia resulta, todavía hoy, por completo opaco a las Constituciones escritas. El *espionaje*, la *inteligencia*, o la *información* organizada son para éstas la «cara oculta de la luna». Haberlos hailos, como las *meigas* o brujas de los gallegos, pero los textos constitucionales nada nos dicen acerca de ellos. Y no es porque la propia existencia de unos Servicios llamados comúnmente *secretos* venga a ser una especie de patología a incluir, junto a la violencia, la corrupción y la propaganda, en el género de las patologías de la política democrática estudiadas en una obra clásica (Friedrich, 1972). Más bien se trata de la persistencia de una timorata y oficialista «cultura del secreto», una cultura que pretende rendir tributo a un supuesto realismo político y que tiene efectos contaminantes sobre cuanto concierne al asunto.

El mutismo constitucional y el oscurantismo normativo resultan tanto más sorprendentes cuanto que quien quiera evitar un largo recorrido por los vericuetos del *Boletín Oficial*, a la búsqueda de disposiciones de variopinto rango, hará bien en consultar la página *webb* del propio CESID (<http://esint60.tsai.es/cesid>). Allí podrá encontrar una concisa, pero a mi juicio bien certera, glosa del encuadre constitucional de nuestro organismo de Inteligencia. Los servicios de Inteligencia —se nos dice— son «organismos estatales encargados de conocer e informar al Gobierno de aquello que pueda afectar a la seguridad, estabilidad y defensa de un Estado, tanto en el ámbito exterior como en el interior, con objeto de ayudar a los responsables políticos a tomar las decisiones más oportunas en estos campos».

Y a renglón seguido de estas consideraciones genéricas, la página pone gran énfasis en resaltar dos circunstancias:

a) El CESID es el único organismo del Estado español encargado de obtener, evaluar y poner en conocimiento del Gobierno la información necesaria para la eficaz protección de los intereses económicos, políticos y de seguridad de España (*principio de exclusividad de la función de inteligencia*, podríamos decir).

b) El CESID depende en sentido funcional del Presidente del Gobierno, de quien es «órgano de información», pero a efectos orgánicos y administrativos, está subordinado al Ministro de Defensa, pese lo cual —se puntualiza— el CESID no es un organismo militar, pues «el Centro, como tal, posee un ámbito de actuación y competencias diferentes a las de los servicios que atienden las necesidades de los Ejércitos» (*principio de la doble dependencia* que, así enunciado, resulta incompatible con el anterior).

Uno y otro principio se infieren de lo que son, hoy por hoy, las principales fuentes normativas de nuestro servicio de Inteligencia, todas ellas de rango reglamentario: el Real Decreto 726/1981 (desarrollado por la Orden Ministerial 1.35/1982), además de los Reales Decretos 2.632/1985, 1.324/1995 y 1.883/1996, este último regulando la estructura orgánica básica del Ministerio de Defensa.

Hay en el encuadre jurídico cierta mixtura entre lo funcional y lo orgánico que no favorece precisamente una delimitación diáfana de lo que podríamos llamar el estatuto constitucional de nuestro servicio de Inteligencia. Ya el propio nombre, Centro Superior de Información de la Defensa (que procede de un Real Decreto de 1977), puede resultar demasiado amplio como para hacerse una idea de los cometidos del organismo y, a la vez, demasiado estricto, por sugerir un perfil rigurosamente militar del mismo que no se corresponde en absoluto con la realidad.

### III. DELIMITACIÓN DE LAS COMPETENCIAS DEL CESID

No es necesario insistir mucho en el hecho de que una cuidadosa delimitación normativa de las funciones de los servicios de Inteligencia resulta de importancia primordial en el contexto de una sociedad democrática. Las razones son múltiples, pero (para señalar una que afecta de modo directo a nuestro tema) baste con decir que no hay sistema de derechos fundamentales cuyo desarrollo normativo y cuya salvaguarda y defensa frente a las vulneraciones que puedan producirse, no tenga que valerse de juicios ponderativos entre bienes y objetivos constitucionales de diverso alcance.

Entendámonos: bien sabemos que la actual dogmática de los derechos fundamentales destaca el doble carácter de éstos, no sólo como derechos subjetivos de atribución individual, sino además como elementos objetivos o factores cualificadores del orden político y jurídico. Eso es lo que, de modo bien expresivo, resalta el artículo 10 de nuestra Constitución: la persona, con su dignidad, y el elenco de derechos inviolables que le son inherentes, es fundamento del orden político y de la paz social. De ahí, el mandato genérico de vinculación de

todos —ciudadanos y poderes públicos— a la Constitución (art. 9.1 CE), y el mandato específico, dirigido a los poderes públicos, para reiterar su vinculación a los derechos de mayor rango constitucional (art. 53.1 CE). Éstos son derechos atribuidos *uti singuli* a las personas, y cualificados como *fundamentales*, precisamente por su capacidad de resistencia frente a la consecución de cualesquiera finalidades colectivas.

Pero al mismo tiempo no hay sistema de derechos que se sustente sobre un entendimiento *absolutista* (en el sentido de ilimitado) de los derechos que lo componen. Intentando identificar determinados principios específicos de la interpretación constitucional, un influyente iuspublicista alemán, Konrad Hesse, habla del «principio de la unidad de la Constitución». Se trata de un principio fundamentado en la idea de que la Constitución es un todo no susceptible de parcelarse en «zonas» más o menos blindadas a efectos hermenéuticos. En materia de interpretación de los derechos, eso significa que los derechos fundamentales pueden ser objeto de límites legítimos, siempre y cuando se den tres requisitos, a saber: *a*) que el límite venga justificado por la necesidad de preservar otros derechos o bienes constitucionales; *b*) que concorra adecuación y proporcionalidad entre las medidas limitadoras y los bienes (constitucionalmente lícitos) perseguidos; y *c*) que la medida limitadora no venga a conculcar el *contenido esencial* del derecho, un concepto éste del contenido esencial, incorporado a nuestro texto constitucional desde la Ley Fundamental de Bonn, y que vendría a operar así como una especie de «límite de los límites».

Todo eso representa el «abc» de la doctrina jurídica contemporánea en materia de derechos fundamentales. Si lo recordamos ahora es porque parece claro que cuanto más perfilado se halle el régimen jurídico de los servicios de Inteligencia, y señaladamente cuanto más se atine a la hora de delimitar el crucial aspecto de cuáles sean sus cometidos, mejor será el repertorio de argumentos de que dispondremos la comunidad de los (llamados) «operadores jurídicos» para dirimir conflictos e intentar zanjar controversias. Una previsión acabada acredita que la ponderación (por así decir) *inicial* entre los valores en juego —por ejemplo la seguridad nacional frente al derecho a la información de los ciudadanos— es el resultado de un debate minucioso y pausado, realizado en abstracto, con cruce de diferentes puntos de vista, y sin las urgencias, servidumbres y limitaciones consustanciales a la resolución de litigios concretos.

Una buena previsión normativa posibilita, además, y genera, seguridad jurídica. El principio de legalidad, por espectaculares que puedan ser las transformaciones a que se ha visto sometido desde los tiempos de la Revolución francesa, continúa siendo el armazón estructural desde el que cualquier sistema de derechos deviene operativo. Los derechos, incluso aquellos que no pueden calificarse como derechos de *delimitación legal*, esto es, aquellos que no preci-

san de desarrollo legislativo a partir del enunciado constitucional, sufren una merma cuando resulta imposible predecir cuáles pueden ser los casos de afectación o limitación singular del derecho por razones de interés público. Las actuaciones de dudosa ortodoxia constitucional, y las razones espurias traídas en auxilio de ellas, encuentran siempre en la indeterminación normativa su aliado natural.

Desde esas premisas de partida, podemos ya preguntarnos si la actual normativa española sobre los servicios de Inteligencia satisface unos estándares mínimos de calidad. La respuesta —puede deducirse de cuanto llevamos dicho— ha de ser, a nuestro juicio, negativa. No se trata sólo de que unas cuantas disposiciones de rango reglamentario en ningún caso puedan suplir las ventajas que por sí mismo posee el debate en sede legislativa. Es que además la normativa en cuestión adolece de imprecisión y falta de cualquier rigor sistemático.

Las funciones del CESID aparecen dispersas por lo menos en tres disposiciones. La que más se detiene en el asunto es curiosamente la que tiene menor rango: una Orden del Ministerio de Defensa —la ya citada 135/1982—, en la que se atribuye al Centro la finalidad de «satisfacer las necesidades de información del presidente del Gobierno (...) en materia de defensa», y las del ministro de Defensa en materia de ejecución de la política militar. A tal efecto, el CESID deberá *obtener, evaluar y difundir* toda la información que resulte necesaria para prevenir amenazas y peligros en una serie de ámbitos: agresiones exteriores contra la independencia o la integridad territorial de España, amenazas (en sentido amplio) contra los intereses nacionales, en los campos político, económico, tecnológico y militar, oposición y neutralización, dentro y fuera del territorio nacional, del espionaje extranjero, protección de instalaciones, tecnología e información relevantes para la Defensa, así como (transcribo literalmente) «información relativa a los procesos internos que, mediante procedimientos anticonstitucionales, atenten contra la unidad de la Patria y la estabilidad de sus Instituciones fundamentales».

A ese cúmulo de funciones que acabo de resumir, el Real Decreto 1.883/1996 añade la de coordinar la acción de los distintos organismos que utilicen procedimientos de cifra, así como la de garantizar la seguridad criptográfica. Finalmente, el Real Decreto 2.632/1985, sobre «estructura interna y relaciones» del CESID, sin añadir nada de sustancia a las funciones del organismo, moderniza el lenguaje normativo (sobre todo en la llamada función de *Inteligencia Interior*), y distribuye las funciones del CESID entre el Director general y las diversas Divisiones de Inteligencia (Exterior, Interior, Contrainteligencia, y Economía y Tecnología).

Se trata, como se ve, de una normativa que resulta en extremo ambiciosa a la hora de recoger las finalidades y los objetivos de nuestro organismo de inte-

ligencia, pero en la que la mixtura entre lo estrictamente político y lo militar, de un lado, y entre lo orgánico/procedimental y lo sustantivo, de otro, acaba por oscurecer el propio estatuto jurídico del CESID. Por muy avezado que uno esté en la lectura del *Boletín Oficial*, no es fácil entender cabalmente cuáles son los campos a los que se extiende la acción del CESID, y mucho menos hacerse una ligera idea acerca del modo en que se materializa su triple cometido de obtener información, evaluarla y difundirla.

#### IV. EL CASO DE LAS ESCUCHAS DEL CESID

Como es bien sabido, uno de los ámbitos tradicionales cubiertos con el sello de «materia clasificada» o materia secreta es el que se refiere a las fuentes y a los métodos de los servicios de Inteligencia. Así ocurre en las democracias de nuestro entorno, y así sucede en España, por decisión del Consejo de Ministros, al amparo de una Ley cuya sustitución nos parece también tarea urgente: la Ley 9/1968, «reguladora de los secretos oficiales».

Sólo con elevadas dosis de ingenuidad y utopismo puede hacerse de la transparencia un principio rector cuando se trata de dotar a los servicios de Inteligencia de un marco legal que les permita atender eficazmente lo que se les encomienda. Como dice Rafael del Águila en un reciente ensayo, Kant nunca hubiera podido estar en el CESID, ni en institución parecida, pues sus puntos de vista sobre la «ética de la publicidad» resultan incompatibles con la propia existencia de unos Servicios dichos «secretos» (Del Águila, 2000). La humorada de Del Águila alude a un artículo de prensa —*Kant en el CESID*— en el que su autor, José Luis Villacañas, polemizaba con el catedrático de Filosofía del Derecho, Elías Díaz, a propósito de una propuesta de éste para instituir mecanismos de control sobre el CESID que evitaran la repetición de un caso como el de las escuchas indiscriminadas, que salió a la luz pública a mediados de 1995.

Esto de que las discusiones sobre la reforma de los Servicios Secretos se produzcan sólo a raíz de escándalos que atraen la atención de la opinión pública durante varios meses, es también lo habitual allende nuestras fronteras. Las *políticas del escándalo* (Allen, 1990), y no consideraciones normales de conveniencia o agenda, suelen ser el principal, por no decir el único, impulso capaz de activar los procesos de reforma.

Como es bien sabido, lo que se discute en el *caso de las escuchas* es si incurrieron en el delito de interceptación ilícita de comunicaciones los encausados que, desde diferentes destinos y responsabilidades en el CESID, intervinieron en la grabación y almacenamiento de conversaciones producidas a través



de telefonía celular. La captación de las mismas se realizaba desde mediados de los años ochenta con un equipo adquirido al efecto, cuya capacidad de barrido del espacio radioeléctrico se fue incrementando progresivamente, no obstante lo cual —dicho sea de paso— comparada tal capacidad con lo que hoy puede hacerse, sin consideración de fronteras, recurriendo a satélites, se nos aparece como un sistema bastante rudimentario.

El Juzgado de Instrucción ante el que se tramitaban Diligencias Previas a raíz de las querellas presentadas por varios de los afectados por las escuchas, dictó en febrero de 1996 un Auto de sobreseimiento, precisamente sobre la base de que el carácter aleatorio e indiscriminado de las conversaciones que se grababan excluían la concurrencia del dolo específico requerido para la aplicación del tipo punitivo. Criterio frontalmente opuesto al seguido por la Audiencia Provincial al revocar dicho Auto, en mayo de 1996, y al condenar finalmente a los encausados tres años más tarde.

Lo que sorprende no son tanto los avatares del caso, como el carácter elemental, y por así decir descarnado, de los términos legales en que se plantea el conflicto. Ahí puede comprobarse bien lo peculiar y rudimentario de nuestra aproximación al problema. En mi condición de constitucionalista, simpatizo de manera entusiasta con la fuerza normativa de la Constitución, pero bien sé que no basta con aplicar la norma fundamental para hallar solución a todos los problemas legales.

Las resoluciones judiciales dictadas en el *caso de las escuchas* pasan como sobre ascuas en todo cuanto se refiere a las normas reguladoras del CESID. El Auto del Juzgado de Instrucción, decretando el archivo de las actuaciones, tan sólo alude a ellas para echar una rápida mirada sobre las funciones del organismo, y constatar a renglón seguido —cito literalmente— que «se ordena la observancia de una conducta sin establecer para su consecución cuales (*sic*) deben ser los medios a utilizar (...)». Y en ese llamativo olvido del legislador, legislador reglamentario, pero no *reglamentista*, la titular del juzgado parece encontrar el resquicio por el que se cuele la errónea doctrina, que la Sala de la Audiencia Provincial rebate con tanta consistencia.

Las dos resoluciones de la Sección 15 de la Audiencia Provincial de Madrid (el Auto que deja sin efecto el archivo en lo que se refiere al delito de escuchas, y la Sentencia condenatoria, hoy pendiente de recurso ante el Tribunal Supremo) son dos muestras excelentes de lo que pudiéramos llamar «jurisprudencia de principios», es decir, una jurisprudencia que alza el vuelo sobre las imperfecciones y carencias del «derecho legislado» y afronta las cosas desde las exigencias constitucionales de un genuino sistema de garantías para los derechos.

Aparece así en la Sentencia la contraposición entre una supuesta cultura,

doctrina o «*sistema normativo de la casa*», acreditada por las declaraciones de algunos encausados respecto a su convicción subjetiva de no estar actuando *contra legem*, cultura caracterizada por un «débil sentido de la legalidad» (apartado II.6 de la Motivación), de un lado, y de otro una *cultura constitucional*, ahora genuina, merced a la cual la seguridad, nacional o del Estado, nunca puede erigirse en una especie de «*macro-causa general de justificación en favor del Estado*» (cursiva en el original) capaz de legitimar vulneraciones masivas de los derechos, pues ello supondría un «puro intento de recuperación de la más cruda forma de *razón de Estado*, que es incompatible con el Estado constitucional de derecho, y más en concreto, con el encarnado en la Constitución española de 1978» (apartados I.3 y II.6 de la Motivación).

Sintetizando al máximo, creo que lo que se infiere de un caso como el de las escuchas es lo siguiente: la falta de imperio de ley al que sujetarse se demuestra como un poderoso incentivo para que germine una supuesta «cultura *praeter legem* de la eficacia», aunque la misma resulte *contra Constitutionem* y se revele, a la postre, como absolutamente ineficaz y costosa, en extremo, para la credibilidad del Servicio. Por su parte, el juzgador ha de explayarse en el plano del razonamiento de principios, por carecer de argumentos *lege data* capaces de guiar su tarea interpretativa. Una vez desbrozado el camino para reafirmar la imparcialidad objetiva de la Sala, puesta en cuestión por alguno de los encausados, a raíz de la doctrina del TEDH en el *caso Castillo Algar*, la sentencia del *caso de las escuchas* contiene un excelente repertorio de consideraciones generales sobre el concepto *constitucional* de seguridad nacional, la doble vertiente (objetiva y subjetiva) de los derechos, y el significado capital del derecho a la intimidad en el conjunto de ellos.

#### V. LA «ANOMALÍA ESPAÑOLA» A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (TEDH)

En las decisiones sobre el *caso de las escuchas* se cita profusamente un caso resuelto en 1978 por el TEDH. Se trata del caso *Klass y otros contra la República Federal de Alemania*, el conflicto inaugural de una saga de casos en los que el TEDH examina el secreto de las comunicaciones a la luz del criterio establecido en varios artículos del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), para definir como legítimos determinados límites de los derechos. Me refiero (en los términos del CEDH) a «las medidas previstas por la ley que resulten necesarias en el marco de una sociedad democrática» para la salvaguarda de una serie de bienes, entre los que se encuentran la seguridad nacional y la prevención del delito, que son los límites que más interesan a nuestros

efectos. La saga llega hasta un caso de 1998, *Valenzuela Contreras contra España*, en el que la condena de España por parte del TEDH parece haber marcado o, al menos, debería hacerlo, un verdadero punto de inflexión.

El asunto *Klass*, por su carácter inaugural, y por las especiales circunstancias que lo rodean, ilustra, quizá más que ningún otro, lo peculiar de nuestro caso. *Klass* llegó al TEDH después de un amplio debate en la República Federal de Alemania sobre las facultades de los servicios secretos frente a las amenazas procedentes del espionaje exterior y el terrorismo. Un debate que se adentró de lleno en el terreno de la política constitucional, hasta el punto de que, como consecuencia del mismo, se añadió al artículo 10 de la (por entonces) Ley Fundamental de Bonn —el que garantiza el secreto de la correspondencia y las comunicaciones— un extenso párrafo de reforma.

En dicho párrafo de lo que es hoy la Constitución de la Alemania reunificada se capacita a la ley para levantar la garantía del secreto de las comunicaciones, especialmente con la finalidad de «proteger el orden fundamental libre y democrático o la existencia o seguridad de la Federación o de un *Land*». En tal caso, la ley puede estatuir que no se comunique la limitación al interesado, así como sustituir la garantía de la tutela judicial del derecho por un control *ex post* verificado por órganos creados al efecto en sede parlamentaria. A resultas de esa reforma constitucional, el legislador aprobó en 1968 una Ley específica de desarrollo del artículo, ley que fue recurrida ante el Tribunal Constitucional, quien se pronunció favorablemente sobre ella en diciembre de 1970.

Cuando el asunto llega al TEDH a instancias de un fiscal, el señor *Klass*, y otros demandantes, todos ellos abogados en ejercicio, lo que éstos seguían cuestionando, después de tan amplio debate, es si la ley que posibilitó la interceptación secreta de las comunicaciones contaba, a la luz de los derechos del Convenio, con suficientes garantías para evitar desviaciones en su uso. La respuesta del TEDH simpatiza plenamente con la causa de la «defensa frente a lo excepcional», implícita en la reforma constitucional alemana, pero es mucho más matizada en lo que se refiere a la cuestión de los controles sobre las medidas adoptadas al amparo de dicha causa.

En cuanto al primer extremo, el Tribunal constata —recuérdese que estamos en el año 1978— que «las sociedades democráticas viven en nuestros días bajo la amenaza de formas muy sofisticadas de espionaje, y sufren además la presión del terrorismo. Ello implica —prosigue el párrafo 48 de la Sentencia— que el Estado de Derecho ha de ser capaz, para hacer frente a tales riesgos, de someter en secreto a control a los elementos subversivos que operan en su territorio». Y concluye: «el Tribunal ha llegado a la convicción de que, ante una situación excepcional, las facultades de controlar secretamente la correspondencia y las telecomunicaciones son necesarias en una sociedad democrática

para la salvaguarda de la seguridad nacional, la defensa del orden y la prevención del delito».

En cambio, en la cuestión de los controles sobre el uso de las facultades de vigilancia secreta, el párrafo 58 de la Sentencia *Klass*, sin llegar a condenar a Alemania, sí se decanta claramente por preferir un control de naturaleza judicial a cualesquiera otros, de índole administrativa o parlamentaria: «(...) las injerencias del Poder Ejecutivo en los derechos individuales —dice el Tribunal— han de quedar sometidas a controles eficaces, cuya realización debe ser confiada, al menos en último extremo, al Poder Judicial, pues es dicho Poder quien ofrece las mejores garantías de independencia, imparcialidad y procedimiento legal».

Desde este último punto de vista, en España podemos estar tranquilos; en nuestra Constitución la autorización judicial aparece como un *prius* cuasi absoluto de cualquier medida de intervención. Tan recientemente como en diciembre de 1998, el texto constitucional alemán ha sido objeto de una nueva reforma, para posibilitar, en determinados casos, el ingreso policial en un domicilio al objeto de instalar dispositivos de escucha. Pues bien el artículo 13 de la Constitución, en la versión resultante de la reforma, también parece haber optado por el sistema de la autorización judicial previa, salvo en circunstancias muy especiales y tasadas.

La jurisprudencia del TEDH en *Klass* es aducida profusamente siempre que se discute sobre las facultades estatales de vigilancia. A menudo, dicha Sentencia es utilizada «a beneficio de inventario», una inclinación muy fuerte a la que los juristas solemos sucumbir, extrayendo los párrafos que nos interesan del contexto de su Sentencia. En realidad, el TEDH es extraordinariamente prudente cuando tiene que decidir asuntos que afectan a la seguridad nacional de los Estados, y/o éstos aducen circunstancias excepcionales justificadoras de un régimen legal de emergencia. La doctrina del «margen nacional de apreciación» le sirve entonces para auto-contenerse en lo posible, con el fin de no herir la susceptibilidad de los Estados signatarios.

Pero si el TEDH se muestra respetuoso con respecto a lo que cada Estado considera «medida necesaria en una sociedad democrática», no ocurre lo mismo en lo que se refiere a la calidad del soporte normativo. En esto, es decir en la necesidad de que la medida limitadora «esté prevista en la ley», y en las calidades intrínsecas de la ley misma, el Tribunal es muy exigente. Podría, pues, decirse que el componente deficitario en materia de apreciaciones sustanciales sobre lo que la seguridad estatal demanda, viene compensado por el TEDH con un decidido rigorismo en cuanto a las formas de regulación y en cuanto a los procedimientos de control de las medidas adoptadas, todo ello en aras de la salvaguarda del principio de seguridad jurídica.

La línea de razonamiento que desemboca en la condena de España, en el caso *Valenzuela Contreras*, arranca de un caso decidido en 1984, *Malone contra el Reino Unido*, en el que el TEDH hubo de enjuiciar la práctica británica en materia de intervenciones telefónicas. La ausencia de un estatuto parlamentario que delimitara las facultades del ministro del Interior a la hora de autorizar pinchazos telefónicos y/o apertura de la correspondencia, le parece al TEDH una flagrante violación del artículo 8 del Convenio: «(...) la frase *de acuerdo con la ley* no es una simple remisión a la ley nacional, sino que se refiere a la calidad de la propia ley (...). La ley debe ser lo suficientemente clara como para dar a los ciudadanos noticia suficiente de las circunstancias en las que las autoridades quedan investidas de la facultad de recurrir a la interferencia secreta (...). El grado de precisión de la ley dependerá de las peculiaridades de la materia (...), pero sería contrario al principio del imperio de la ley equiparar la discrecionalidad a ausencia de límites» (*Malone*, párrafos 67 y 68).

El siguiente paso dentro de la línea interpretativa del TEDH se centra en precisar el alcance del requisito de la predictibilidad de la ley. Esto es lo que hace el TEDH en un par de casos de 1990, ambos con Francia como demandado y con resultado condenatorio para ella. En los casos *Kruslin contra Francia* y *Huvig contra Francia*, se discute si las palabras del Convenio «de acuerdo con la ley» exigen perentoriamente ley del Parlamento —ley, en sentido formal, podríamos decir con añeja terminología— o bien si hay que atender al régimen normativo de las escuchas, incluido el derecho jurisprudencial, para comprobar si satisface, tomado en su conjunto, la exigencia de ser un «derecho cierto» o predecible (predictibilidad), que proporcione además el suficiente nivel de garantías. El TEDH se decanta por la segunda alternativa: el Convenio europeo no exige ley formal, pero el derecho a la intimidad puede vulnerarse cuando —como era por entonces el caso de Francia— el régimen normativo en materia de escuchas telefónicas carece de unos mínimos de calidad (cfr., sobre todo, los párrafos 35 de *Kruslin* y 34 de *Huvig*).

Cuáles son en concreto esos mínimos de calidad es algo que el TEDH vuelve a plantearse frontalmente en el caso *Valenzuela Contreras contra España*. El caso llegó al TEDH después de que nuestro Tribunal Constitucional (TC) desestimara el recurso de amparo interpuesto por el señor Valenzuela alegando vulneración de su derecho al secreto de las comunicaciones. La vulneración, según él, se habría producido a consecuencia de la intervención de su línea telefónica, autorizada por el juez, durante la instrucción de un procedimiento penal. Eso ocurría en 1985, con el telón de fondo de un precepto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim) que, aunque no se refería a la intervención de teléfonos, sí autorizaba «la detención de la correspondencia privada, postal y telegráfica que el procesado remitiere o recibiere y su apertura y examen».

Hasta el año 1988, en que una Ley Orgánica (la 4/1988, de 25 de mayo) añadió varios Apartados al citado artículo de la LECrim, se dio, pues, en España la curiosa situación de una especie de *reformatio in peius ex Constitutione* en materia de interceptación de conversaciones telefónicas: el 18.3 CE las admite con resolución judicial, pero la LECrim no las contemplaba. Así las cosas, nuestros Tribunales, Constitucional y Supremo, fueron construyendo una doctrina jurisprudencial, tan consecuyente con la fuerza normativa directa de la Constitución, como garantista y en extremo exigente en cuanto a los requisitos, de fondo y forma, relativos a la autorización del juez (como botón de muestra, pueden verse las SSTC 22/1984 y 85/1994, así como el Auto del TS de 18 de junio de 1992).

En *Valenzuela Contreras* el TEDH no se muestra muy convencido respecto a la capacidad de tales líneas jurisprudenciales para suplir la falta de una ley —no se sabe bien si *material* o *formal*— pero una ley que contenga «reglas claras y detalladas en la materia (...), tanto más cuanto que los procedimientos técnicos no cesan de perfeccionarse» (párrafo 46.iii). Y en concreto, la exigencia del mínimo de calidad de tales reglas incluye, según el TEDH, los siguientes elementos: «definición de las categorías de personas susceptibles de ser sometidas a vigilancia telefónica judicial; carácter de las infracciones cuya investigación pueda dar lugar a la vigilancia; fijación de límites para la duración de la medida; procedimiento para la transcripción y registro de las conversaciones interceptadas, y medidas de salvaguarda dirigidas a la adecuada conservación de las mismas, así como al acceso a ellas por parte de la defensa y por parte del juez; circunstancias en las que se podrá (o se deberá) proceder al borrado o destrucción de las cintas, especialmente en caso de sobreseimiento o absolución» (*Valenzuela...*, párrafo 46.iv).

Como se ve, todo un programa normativo que, en opinión del TEDH, no cumplía la legislación española, ni siquiera con la aportación de los jueces, cuando menos antes de la reforma de la LECrim.

Recientes decisiones del TEDH en la materia avanzan decididamente por la misma línea, y se han resuelto con condenas de los Estados demandados: así, por ejemplo, en los casos *Halford contra el Reino Unido*, y *Kopp contra Suiza*. Nada tiene, pues, de extraño que en nuestra jurisprudencia constitucional hayamos podido leer recientemente que son los defectos de nuestra legislación sobre intervenciones, por sí solos, los que vulneran el derecho al secreto contemplado en la CE. Véase, en ese sentido, el importante voto particular suscrito por el presidente Cruz Villalón a la STC 49/1999, de 5 de abril, una Sentencia que, estimando el amparo solicitado, decretó la nulidad de determinadas pruebas obtenidas mediante intervenciones telefónicas.

En dicho voto particular se expresa, concisa pero elocuentemente, el dile-

ma a que conduce la pasividad del legislador o, como ocurre en el caso de los servicios de Inteligencia, no ya su pasividad, sino su silencio: «Nunca hemos dudado —dice Cruz Villalón— de que la *resolución judicial* del artículo 18.3 CE es una resolución motivada. A partir de ahí, lo que sea *motivar* es una actividad que se encuentra en estrecha relación con la *calidad de la ley* (...). La calidad de la ley formal facilita la motivación; las carencias de la misma la dificultan y, a la vez, la hacen más necesaria».

VI. SOCIEDAD DEL RIESGO Y DERECHO CONSTITUCIONAL:  
ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA REFORMA  
DE LOS SERVICIOS DE INTELIGENCIA

En lugar de enemigos precisos, las naciones —suele decirse— afrontan hoy riesgos de la más variada naturaleza. El diagnóstico realizado por Ulrich Beck, en el sentido de que el precio a pagar por el desarrollo de la ciencia y la tecnología, era el surgimiento de una *sociedad del riesgo*, se ha revelado, al cabo de los años, sumamente certero. El riesgo es un componente esencial de nuestro mundo interdependiente, un mundo que vive orientado hacia el futuro, y en el que el futuro se nos aparece como un territorio previsible cuya conquista exige evaluación y análisis de los peligros y amenazas que se ciernen de continuo sobre el presente (cfr. Giddens, 1999).

La disolución de las certidumbres del pasado, en el que el tríptico clásico libertad/igualdad/fraternidad, preconizado en la Revolución francesa, se resumía en la aprobación parlamentaria de grandes leyes generadoras de seguridad jurídica, hace tiempo que plantea al mundo de lo jurídico grandes interrogantes. El «adiós a todo eso» lleva a algunos a preconizar un tríptico de valores alternativo, diversidad/solidaridad/seguridad, donde esta última significa, antes que nada, previsión. Se habría producido así un tránsito desde la «certeza del derecho» al «Estado de prevención» (Denninger, 1998).

En la «sociedad del riesgo» y en el «Estado de prevención», las funciones que puedan atribuirse a los servicios de Inteligencia son potencialmente ilimitadas. Pero un servicio de Inteligencia no es un organismo de investigación avanzada, ni un Gabinete de Estudios o un *Think Thank*. En un Estado democrático, no hay lugar para el acercamiento de ellos al tipo de una policía política, y tampoco al de una agencia autónoma, independiente e irresponsable —un «Estado dentro del Estado»— obsesionada por lo que a veces se ha llamado el *nacional-seguritismo*, bajo la idea motriz de que «la cultura de guerra en tiempo de paz es el espionaje y la información» (cfr. Keller, 1989).

El funcionamiento de los servicios de Inteligencia conforme a uno u otro de los modelos perfilados en la teoría depende de una multitud de factores que

no hay espacio para analizar aquí. Al decir de un reconocido especialista, uno de tales factores es, sin embargo, crucial: me refiero al de la precisión del mandato legal en lo que concierne al cometido de los servicios (Gill, 1994). Una precisión que, teniendo en cuenta la naturaleza radicalmente ambigua de los conceptos centrales en la materia (seguridad, amenaza, necesidad, etc.), nunca será completa (algo que, por lo demás, no consigue ningún mandato legal en cualquiera de las ramas del Derecho). Pero, al menos, un mandato preciso en cuanto a las esferas de actuación, y capaz de delimitar lo que es la misión puramente prospectiva de recolecta de información para su posterior análisis (Inteligencia, en sentido técnico), frente a lo que es ya prevención y lucha contra actividades delictivas concretas, algo que desborda los cometidos que son propios de un servicio de Inteligencia.

La aspiración a un mandato y a una regulación legal lo más precisa posible ha sido una constante de los principales Comités de diversa naturaleza creados por doquier para analizar a fondo el funcionamiento de los servicios de Inteligencia cuando, a raíz de determinados escándalos o «sacudidas» nacionales, éstos se habían convertido en un problema. Sin ánimo de ser exhaustivos, podemos recordar, en este sentido, el *Church Committee* en los Estados Unidos, la *McDonald Commission* en Canadá, la *Hope Commission* en Australia, o la *Scott Inquiry* en el Reino Unido. Las conclusiones de tales Comités contienen propuestas de lo más variado, pero todas ellas ponen gran énfasis en resaltar la necesidad de una supervisión y un control permanentes sobre el funcionamiento de los servicios de Inteligencia.

Por poner un ejemplo, y por su relevancia para nuestro tema, permítasenos citar las cinco recomendaciones de la Comisión *McDonald* relativas a las técnicas de investigación de los servicios de Inteligencia: 1.º) nunca deberían producirse vulneraciones de la legalidad, de manera que cuando se aprecien razones de seguridad nacional que empujen a un quebrantamiento de la ley, ello debería ser motivo para debatir sobre la necesidad de cambiar la ley. 2.º) Los medios utilizados para investigar han de guardar proporcionalidad con respecto a la amenaza percibida y a la posibilidad de que la misma se concrete en daño efectivo. 3.º) Cualesquiera de las técnicas de investigación que se utilicen, aun cuando no haya dudas sobre la legalidad de las mismas, debe ser ponderada a la luz del daño que puedan producir sobre los derechos constitucionales, procurando evitar el efecto inhibitorio (*chilling effect*) sobre el ejercicio de alguno de ellos susceptible de producirse. 4.º) Cuanto más *incisiva* sea una técnica de investigación más exigente debe ser la ley a la hora de prever la necesaria autorización para utilizarla. 5.º) Por último, como regla general se preferirán las técnicas menos *incisivas*, y especialmente las fuentes *abiertas*, a las más potencialmente *lesivas* para los derechos.



Todo eso puede parecer mera palabrería leguleya. Pero recuérdese que el Derecho no tiene otra herramienta que las palabras, y que de éstas depende la calidad de las leyes, así como la fuerza persuasoria de quienes están llamados a aplicarlas. Técnicas como la del análisis de la razonabilidad de una determinada restricción, la de la ponderación de los valores en juego, o el juicio de proporcionalidad (al que alude el Informe *McDonald*), son hoy moneda corriente en la interpretación y aplicación de cualquier genuino sistema de derechos garantizados.

Especialmente, el juicio de proporcionalidad va cobrando una importancia decisiva a la hora de enjuiciar la constitucionalidad de los límites de los derechos. Dicho juicio se desglosa en tres componentes: (i) *adecuación* entre la restricción impuesta al derecho, y la finalidad que con ella se persigue; (ii) *indispensabilidad* del límite, esto es, examen de la necesidad de la restricción, tomando en cuenta si no hay *medios menos gravosos*, desde el punto de vista de la efectividad de los derechos, para lograr el fin perseguido; (iii) *proporcionalidad en sentido estricto*, lo que significa que, ponderando en conjunto la gravedad de la intervención en el derecho, y lo imperioso de los motivos que la justifican, ha de velarse por el mantenimiento constante de los márgenes de lo que es razonablemente exigible ( cfr. Hesse, 1996; Barnés, 1998). Como bien hemos comprobado en España —me refiero a la STC 136/1999, en la que se otorgó el amparo a los miembros de la Mesa de *Herri Batasuna*— tales componentes del principio de proporcionalidad no sólo sirven para el enjuiciamiento de «casos y controversias» sobre limitaciones concretas, sino que son utilizados también en abstracto para enjuiciar al legislador en su tarea de desarrollar y concretar la Constitución (concebida como ordenamiento-marco), un fenómeno frente al que la doctrina más reciente no deja de manifestar sus reticencias ( Jiménez Campo, 1999).

#### VII. DOS CUESTIONES CONFLICTIVAS: LAS INTERVENCIONES PROSPECTIVAS Y EL RECURSO A AGENTES ENCUBIERTOS

En el sistema constitucional español —lo hemos dicho reiteradamente— la garantía del secreto de las comunicaciones descansa, sobre todo, en la exigencia estricta de un control judicial sobre su levantamiento. Como alguna vez ha advertido nuestro TC, la autorización judicial «afecta al núcleo esencial del derecho al secreto de las comunicaciones» (entre otras, SSTC 86/1995 y 49/1996). Esa característica también se da en el caso de la garantía de la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE), pero no en términos tan rotundos, pues-

to que admite las excepciones del consentimiento del titular del domicilio, la existencia de delito flagrante o (implícitamente) la del estado de necesidad.

El *salvo autorización judicial* del artículo 18 CE ha sido interpretado hasta ahora como una autorización que ha de ser previa a la intervención y que ha de cumplir, según hemos visto, estrictos cánones de calidad relativos a la motivación de la medida. La LECrim recoge, de todos modos, una sola excepción a la regla del carácter previo de la autorización: se trata del supuesto contemplado en el artículo 579.4 LECrim, introducido mediante Ley Orgánica en 1988, como instrumento de la lucha antiterrorista: «en caso 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 intervención) podrá ordenarla el Ministro del Interior o, en su defecto, el Director de la Seguridad del Estado, comunicándolo inmediatamente por escrito motivado al Juez competente, quien, también de forma motivada, revocará o confirmará tal resolución en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que fue ordenada la observación».

Nótese que en nuestro derecho positivo la intervención de las comunicaciones viene contemplada, siempre y en todos los casos, como instrumento al servicio del esclarecimiento de un delito. La intervención no puede tener, pues, otro *tiempo* ni otro *espacio* que el delimitado por el procedimiento penal. Se interviene un teléfono, o se registra un domicilio, para averiguar lo que se hará pasar por «la verdad» cuando el procedimiento llegue a su término, pero no a cualquier precio, pues el «material probatorio» (como suele decirse) así obtenido tan sólo será susceptible de utilizarse al efecto si la medida de intervención cumple los estándares de calidad garantista estipulados y no incurre en vulneración de derechos fundamentales (art. 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

Tanto el El Tribunal Supremo como el TC han afirmado que «no caben (...) escuchas predelictuales o de prospección, desligadas de la realización de un hecho delictivo» —cfr. el FJ. 3.º del ya citado Auto del TS, de 18 de junio de 1992—; lo que no significa que tan sólo después de dictado Auto de procesamiento contra determinada persona quepa decretar la intervención. Ésta también es posible con anterioridad a tan decisivo momento procesal, incluso durante la tramitación de las (llamadas) «diligencias indeterminadas», siempre y cuando las mismas «se unan (...) sin solución de continuidad al proceso judicial incoado en averiguación del delito, *satisfaciendo así las exigencias de control del cese de la medida que, en otro supuesto, se mantendría en un permanente, y por ello constitucionalmente inaceptable, secreto*» (STC 49/1999, FJ. 6.º). Subrayamos ese aserto de la indicada Sentencia, porque resulta de trascendental interés: para el TC, el que la intervención de las comunicaciones só-

lo pueda producirse en el transcurso del proceso es lo que garantiza el adecuado control de la medida decretada por el juez: por parte del Ministerio Fiscal mientras el interesado desconoce la intervención, y por parte del propio interesado cuando la medida se alza, algo —dice el TC, citando el caso *Klass*— «constitucionalmente necesario dentro de ciertos límites».

Tal es, a grandes rasgos, el «estado de la cuestión» relativo a la intervención de las comunicaciones. Si el legislador decidiera dotar al servicio de Inteligencia de instrumentos como la entrada en un domicilio o la intervención de comunicaciones, se encontraría, en primer lugar, con un requisito de rango: la ley en cuestión habría de ser orgánica por afectar directa y profundamente al desarrollo de determinados derechos fundamentales (art. 81 CE). Por más que, como el TC ha recordado hace poco, tanto los derechos individuales como sus limitaciones se integren en un único ordenamiento inspirado en los mismos principios, y por más que ambos, derechos y limitaciones, vengan considerados como fundamento del orden político y de la paz social (cfr. STC 81/1998, FJ. 2.º), la injerencia potencial en el derecho a la intimidad sería de tal calado que el legislador habría de superar satisfactoriamente el test del respeto al contenido esencial del derecho (art. 53.1 CE), lo que en la práctica significaría examen minucioso de la proporcionalidad de la ley (cfr. al respecto, entre otros, Medina Guerrero, 1996; Rodríguez Ruiz, 1998).

En segundo término, el legislador toparía con un absoluto: la necesidad de resolución judicial (art. 18.3 CE). A partir de aquí, todo se tornan dudas. ¿Habría de ser dicha resolución forzosamente previa? ¿Habría de tener la intervención estrictos límites temporales? ¿Revestiría carácter necesario la comunicación de la medida al afectado, tan pronto como ello fuera posible, desde el punto de vista de la efectividad de la intervención? Y en el caso de que se autorizase el ingreso en un domicilio, ¿admitiría la Constitución la instalación en el mismo de dispositivos de vigilancia? Y como cuestión previa y presupuesto de todo ello, ¿no estaría vulnerando el principio de exclusividad jurisdiccional la atribución a un juez de facultades de control de ese género, fuera y al margen de un procedimiento judicial?

Como es bien sabido, la libertad conformadora del legislador dentro de los márgenes de lo constitucionalmente admisible, es uno de los principios cardinales de cualquier sistema con control de constitucionalidad de la ley. De ahí que, sin tener a la vista una regulación concreta, no resulte fácil responder cabalmente a las cuestiones que acabo de plantear. No obstante, al igual que el *ciceroniano* «hombre sencillo», capaz de orientarse a la luz de las conjeturas probables, me atreveré a decir algo, aunque sea de manera telegráfica.

Comenzando por la última de las cuestiones planteadas, la clave está en el apartado 4.º del artículo 117 CE. Se enuncia ahí el principio de exclusividad de

la función jurisdiccional por los Juzgados y Tribunales, lo que significa que éstos no ejercerán más funciones (reservadas, por otra parte, solamente a ellos) que las que recoge el apartado 3.º del mismo artículo: las de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en todo tipo de procesos. Pero el artículo 117.4 CE añade luego un párrafo que bien podría dar cobertura al control judicial sobre las actividades de los servicios de Inteligencia. Se trata de la frase «y las (funciones) que expresamente les sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho». En apoyo de una atribución de ese género *en garantía de la inviolabilidad del domicilio y/o del secreto de las comunicaciones*, podría aducirse el sistema establecido, en garantía genérica del derecho a la intimidad y a la propia imagen, por la Ley Orgánica 4/1997 (la llamada *Ley de la videovigilancia*). El artículo 3 de esta ley sujeta, en efecto, la instalación de videocámaras en la vía pública a un régimen de autorización, que corresponde otorgar «a un órgano colegiado presidido por un Magistrado y en cuya composición no serán mayoría los miembros dependientes de la Administración autorizante». Pese a las reservas del Consejo General del Poder Judicial, puestas de manifiesto en su preceptivo Informe sobre el Anteproyecto de dicha ley —reservas que, de todos modos, no fueron tan duras como las manifestadas en 1996 a propósito de la participación de magistrados en la Comisión y en las Juntas de Seguridad del País Vasco— no creo que con argumentos *ex constitutione* pudiera excluirse en absoluto la presencia de magistrados, dotados de facultades decisorias, en los organismos de control *rutinario* sobre los servicios de Inteligencia que pudieran establecerse.

He escrito deliberadamente «rutinario», jugando con el doble sentido del adjetivo: quiero decir rutinario en cuanto a la regularidad de su secuencia temporal, no en cuanto al grado de exigencia de la inspección. Los estrictos requisitos impuestos jurisprudencialmente para las autorizaciones en el transcurso de los procedimientos penales deberían valer, hechas todas las salvedades que se quiera, para las autorizaciones judiciales en el transcurso de las operaciones de Inteligencia.

Ello está muy relacionado con la respuesta que puede darse a casi todas las demás cuestiones. Si la autorización ha de revestir unas determinadas cualidades, pues sólo así se satisface el requisito de la motivación que es propio de toda resolución judicial, eso significa que tiene que haber mecanismos de control del controlador. Quiérese decir, en otros términos, que la intervención debe autorizarse con plazo de ejercicio y sujeta, si es preciso, a un régimen de prórroga, transcurrido el cual, debe ponerse al afectado por la intervención en disposición de cuestionar ante el juez ordinario la legalidad de la misma. El principio puede estar sujeto a todas las reservas que se quiera para no comprometer la utilidad de operaciones en marcha, pero la efectividad de la tutela ju-

dicial (art.24 CE) —o el «recurso efectivo ante una instancia nacional», en los términos del art. 13 CEDH, por más que pueda dar lugar a conflictos relativos al uso de información secreta, no permiten soluciones de otro género (cfr., en tal sentido la jurisprudencia del TEDH en los casos *Chahal contra el Reino Unido*, de 1996, y más recientemente, *Tinnelly & Sons Ltd & Others y McEl-duff & Others contra el Reino Unido*, de 1998).

Mientras el carácter previo de la autorización judicial podría estar —como ocurre en el caso de la normativa antiterrorista— sujeto a la excepción de la urgencia, mucho más dudoso nos parece que, tratándose de la inviolabilidad del domicilio, tal autorización pudiera contemplar la posibilidad de instalar dispositivos que permitieran una vigilancia permanente sobre el mismo. La vulneración provisional del domicilio se transformaría así en apoderamiento permanente e *in toto* de la intimidad de quienes allí residieran, algo que la CE, a diferencia de la Constitución alemana, tras la reforma de 1998, no parece contemplar en ninguna hipótesis.

Digamos, por último, dos palabras acerca de uno de los instrumentos tradicionales de los servicios de Inteligencia, que ha sido, de siempre, materia de inspiración para la novelística de género. Me refiero al uso de agentes encubiertos, con capacidad para infiltrarse en organizaciones o ámbitos de interés para los servicios. En España, hace bien poco, una Ley Orgánica, la 5/1999, de 13 de enero, ha introducido un artículo *bis* en la LECrim, regulando el recurso policial al agente encubierto como «instrumento de perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico ilegal de drogas y otras actividades ilícitas graves». Se trata del art. 282 *bis*, cuyos cinco apartados, además de concretar el tipo de delitos para cuya investigación se permite la infiltración bajo nombre supuesto, recogen los criterios jurisprudenciales sobre el particular sentados por el TEDH en un par de casos: *Lüdi contra Suiza*, de 1992 y, sobre todo, *Teixeira de Castro contra Portugal*, de 1998.

Tales criterios podrían también tener validez en el campo de los servicios de Inteligencia; sustancialmente pueden resumirse en dos: autorización judicial para el uso de la figura y para cualquier actividad del agente que suponga vulneración de derechos fundamentales, y proscripción de toda actividad susceptible de convertir al agente encubierto en un *agente provocador*, que aliena la comisión de delitos.

La Exposición de Motivos de la Ley Orgánica recién citada subraya que «por más abyectas que sean las formas de delincuencia que se tratan de combatir, ello no justifica la utilización de medios investigadores que puedan violentar garantías constitucionales». El dilema garantías *versus* eficacia, que enunciábamos al principio de esta intervención, resulta ser, digámoslo una vez más, un falso dilema. La fiabilidad, consistencia y la propia utilidad de los ser-

vicios de Inteligencia en una sociedad democrática dependen de la medida en que se atengan a los términos de un mandato capaz de suscitar un amplio consenso, y en el que los objetivos, los límites de los métodos de trabajo, así como la rendición de cuentas y el control externo, se encuentren claramente perfilados.

En mayo de 1999, un Comité *ad hoc* del Parlamento europeo, siguiendo la estela de la Directiva 95/46 sobre protección de la intimidad, aprobaba una Recomendación —la 2/99 sobre respeto a la intimidad en el contexto de intervención de comunicaciones— cuyo punto núm. 9 contiene todo un programa de política legislativa, de cuyos criterios garantistas muchas legislaciones nacionales se encuentran todavía muy lejos. Si el Parlamento español hallara la ocasión para dotar a nuestro servicio de Inteligencia del estatuto legal que necesita, no debería desatender las condiciones que, en materia de intervenciones, establece dicho documento comunitario.

#### REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALLEN, L. (1990): *Political Scandals and «Causes Célèbres» since 1945. An International Reference Compendium*, Chicago, Saint-John Press.
- BARNÉS, J. (1998): «El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar», en *Cuadernos de Derecho Público*, 5 (monográfico sobre el principio de proporcionalidad), págs. 15 y sigs.
- DEL ÁGUILA, R. (2000): *La senda del mal. Política y razón de Estado*, Madrid, Taurus.
- DENNINGER, E. (1998): «Stato di prevenzione e diritti dell'uomo», en *Diritti dell'uomo e Legge Fondamentale*, Turín, Giappichelli.
- FRIEDRICH, C. (1972): *The Pathology of Politics. Violence, Betrayal, Corruption and Propaganda*, Nueva York, Harper & Row.
- GIDDENS, A. (1999): *Un mundo desbocado. Los efectos de la globalización en nuestras vidas*, Madrid, Taurus.
- GILL, P. (1994): *Policing Politics: Security Intelligence and the Liberal Democratic State*, Londres, Frank Cass.
- HESSE, K. (1996): «Significado de los derechos fundamentales», en BENDA, MAIHOFFER, VOGEL, HESSE y HEIDE: *Manual de Derecho Constitucional*, Madrid, Marcial Pons.
- JIMÉNEZ CAMPO, J. (1999): *Derechos Fundamentales. Concepto y garantías*, Madrid, Trotta.
- KELLER, W. (1989): *The Liberals and J. Edgar Hoover: Rise and Fall of a Domestic Intelligence State*, Princeton, Princeton University Press.
- MEDINA GUERRERO, M. (1996): *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, Madrid, McGraw-Hill.
- RODRÍGUEZ RUIZ, B. (1998): *El secreto de las comunicaciones: tecnología e intimidad*, Madrid, McGraw-Hill.