



Study Abroad FOM in Spain

"The academic experience of your life"

¡Más de 35 años formando alumnos internacionales en España!

- ▶ Programas de Lengua, Historia, Filosofía, Literatura, Arte, Economía, Psicología, Neurociencia, Psicología, Marketing, Antropología, Cross Cultural Health track...
- ▶ Créditos convalidados por la Universidad de Minnesota.
- ▶ Calidad académica e inmersión cultural con enfoque profesional y atención personalizada.
- ▶ Programas con prácticas en instituciones de referencia.

Contacto



+34 917004100



studentsinspain.com



Revista de Occidente

Fundada en 1923

por

José Ortega y Gasset

Director:

Fernando R. Lafuente

Secretaría de Redacción:

Amalia Iglesias Serna

Gerente:

Carmen Asenjo Pinilla

Consejo de Redacción:

**Rosa Aparicio • Esther Bendahan • María Blasco • Anna Caballé
Jorge Edwards • Elea Giménez • Angeles González-Sinde • Jon Juaristi
Manuel Lucena Giraldo • María Luisa Maillard • César Antonio Molina
Mercedes Monmany • Eduardo Posada-Carbó • Pablo Posada Varela
Mario Vargas Llosa**

Diseño de maqueta: **Vicente Alberto Serrano**

Edita:

Fundación José Ortega y Gasset-Gregorio Marañón

Redacción y Publicidad:

Fortuny, 53. 28010 Madrid Telef.: 91 700 35 33

revistaoccidente.coordinacion@fogm.es

www.ortegaygasset.edu



Esta revista ha recibido una ayuda a la edición del Ministerio de Cultura y Deporte en 2022.

Distribuidora: **SGEL** (Sociedad General Española de Librería)

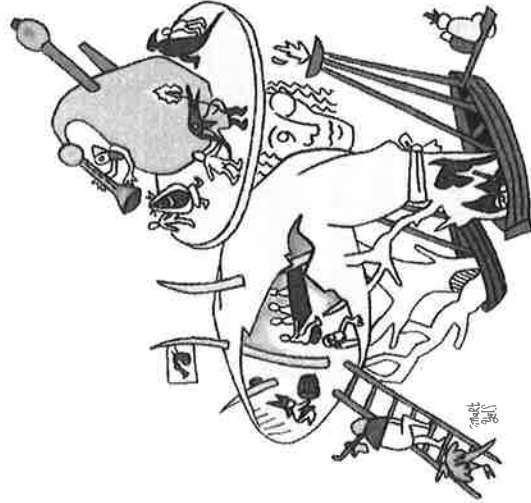
Avda. Valdeleparra, 29 (Polig. Ind.) 28008 Alcobendas (Madrid) Telef.: 91 657 60 00 / 28

ISSN: 0034-8635

Fotocomposición, impresión y encuadernación: **M y P color**

TORRES, Manuel. «Conceptos y Niveles de Ciberinteligencia», 2017
<http://www.seguridadinternacional.es/?q=en/node/993>
 REAL DECRETO 3/2010, de 8 de enero, por el que se regula el Es-
 quema Nacional de Seguridad en el ámbito de la Administración
 Electrónica.

REAL DECRETO 421/2004, de 12 de marzo, regulador del ccn.



El valor del secreto

José L. González Cussac

En 2022 nos encontramos en un momento muy apropiado para reflexionar sobre el valor del *secreto de Estado*, al conmemorarse veinte años de la promulgación de las dos leyes reguladoras del Centro Nacional de Inteligencia (CNI). Pero también porque hace escasas fechas ha vuelto a asomar en el debate de la opinión pública, la necesidad de actualizar nuestra vetusta Ley de Secretos Oficiales.

El punto de partida

La fecha de mayo de 2002 constituye ya todo un referente en nuestro ordenamiento jurídico. Y ello porque, por primera vez, los tradicionalmente denominados *servicios secretos* del Estado español, quedaban doblemente actualizados. Es decir, actualizados a los valores propios de un Estado democrático de derecho conforme

exige nuestra Constitución de 1978 (CE). Pero también actualizados a las necesidades, contexto y circunstancias de nuestro tiempo y de nuestro espacio geopolítico. Es más, la actualización alcanza incluso a su misma denominación, que ahora ya es la de *servicios de inteligencia*. Término que expresa con mayor precisión su actividad, naturaleza y funciones en el presente. No obstante, cualquier *servicio de inteligencia* guarda una relación indisoluble con el *secreto de Estado* pues, sin duda, la confidencialidad y reserva resulta esencial a fin de garantizar la efectividad en el desempeño de sus funciones constitucionales.

Al respecto conviene recordar que la Constitución proclama el principio de publicidad de todos los actos del Estado. De modo que la regla general es el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, «salvo en lo que afecta a seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas» [art. 105.b) CE]. Con estas dos leyes nuestro país se sumó a la tendencia en Occidente de modernización y desarrollo especializado de la normativa en materia de inteligencia.

Es por ello que el «secreto de Estado» («secreto oficial», «información clasificada», *arcana imperii*), sea, desde la perspectiva del derecho, la marca que caracteriza la esencia de estos servicios públicos y los convierte en organismos tan singulares. De suerte que, la técnica jurídica de clasificación de la información («secreto de Estado»), resulta imprescindible para garantizar el funcionamiento de los servicios de inteligencia y su finalidad de tutela de la seguridad nacional.

Ley 11/2002, de 6 de mayo, reguladora del CNI

La Exposición de Motivos de la Ley 11/2002 señala que «se hace necesario abordar una nueva regulación de los servicios de inteli-

gencia» y en este contexto se refiere exclusivamente al CNI (Pérez Villalobos, 2002). Así lo denomina en el art. 1 en el que fija la esencia de su cometido: facilitar al presidente del Gobierno y al Gobierno informaciones y análisis. De aquí que son estos dos máximos órganos los que fijan los objetivos anualmente (art. 5). Las informaciones, análisis, estudios o propuestas están orientados a prevenir y evitar peligros, amenazas o agresiones «contra la independencia o integridad territorial de España, los intereses nacionales y la estabilidad del Estado de derecho y sus instituciones». Estas funciones vienen detalladas y ampliadas en el art. 4 (Llavador Piqueras, J y Llavador Cisternes, 2015).

Como adelantaba, esta normativa advierte de entrada que el CNI se regirá por el principio de sometimiento al ordenamiento jurídico, esto es, el Estado de derecho. De ahí también la referencia en el art. 2 a los dos *controles externos* clásicos, el parlamentario y el judicial, que respectivamente se desarrollan en los arts. 11 y 12 (Wilkinson Morera de la Vall, 2006). Este último lo desarrolla la LO 2/2002, al que luego me referiré. El tradicional *control interno* se ejecuta en el marco de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos de Inteligencia (CDGAI), cuyas funciones se contienen en el art. 6. Y su sometimiento pleno al ordenamiento se desarrolla en el especial régimen jurídico contemplado en el art. 8, que regula desde las bases del estatuto del personal, hasta la singular gestión económica y presupuestaria (Llavador Piqueras y Llavador Cisternes, 2015).

Por su parte el art. 5,1 advierte de que sus actividades, organización, estructura interna, medios y procedimientos, personal, instalaciones, bases y centros, fuentes de información o datos que puedan conducir al conocimiento de estas materias, «constituyen información clasificada». En el art. 5,2 se ordena la cooperación y coordinación con el resto de las Administraciones Públicas, mientras que en el art. 5,3 se autoriza expresamente a tener y utilizar

«medios y actividades bajo cobertura». Esto último significa jurídicamente la posibilidad de emitir identidades ficticias sobre personas o bienes muebles e inmuebles, si así lo requiere el cumplimiento de sus misiones.

El procedimiento de clasificación de información comporta un régimen jurídico excepcional. Por ejemplo, ciñéndome a lo esencial, conlleva lo que se conoce como «garantías del secreto de Estado», consideradas imprescindibles para el ejercicio de la actividad de inteligencia destinada a la seguridad y defensa nacional. Las «garantías del secreto de Estado» en realidad se despliegan en tres garantías jurídicas: A) *Las garantías administrativas*, que establecen una severa responsabilidad disciplinaria, expresada en el estatuto orgánico del personal del servicio. Y sobre todo materializada en el complejo y burocrático procedimiento de clasificación y desclasificación de materias oficiales; B) *Garantías penales*, proyectadas en la tutela del deber de confidencialidad y sigilo mediante la tipificación de los delitos de descubrimiento y revelación de secretos frente a su infracción; y, C) *Garantías procesales*, referidas al reconocimiento del secreto profesional de funcionario, que incluso puede oponerse frente al poder judicial (González Cussac, 2013).

Es muy trascendente desde muchas perspectivas, pero singularmente desde la jurídica, que los miembros del CNI *no ostentan la cualidad de agentes de la autoridad* (art. 5.4). Además, entre sus funciones no se encuentra la prevención y represión de delitos, ni consiguientemente persiguen la obtención de indicios probatorios para sostener la acusación en un proceso penal. Su función y fines se limitan exclusivamente al proceso de inteligencia estratégica (González Cussac, 2014).

En el art. 7 se contiene la adscripción del CNI al Ministerio de Defensa, lo que para muchos supone una disfunción, puesto que debería estar anclado orgánicamente en la Presidencia del Gobierno. Ciertamente lo estuvo en un periodo (RD 183/2011, de 21

de diciembre, el CNI quedó adscrito al Ministerio de la Presidencia, Disposición Adicional Segunda de acuerdo a la Disposición Adicional Tercera de la Ley 11/2002). No obstante, en el presente el CNI ha vuelto a recalcar orgánicamente en el Ministerio de Defensa.

En el art. 9 se recoge la figura del secretario de Estado director del CNI, con su rango, atribuciones y mandato de cinco años con nombramiento por Real Decreto a propuesta del ministro de Defensa. Entre sus funciones, además de la obvia de representación, destaca su designación para actuar como secretario de la CDGAI (art. 6, 2.º). Igualmente tiene legalmente atribuidas las funciones de Autoridad Nacional de Inteligencia y Contrainteligencia, así como la de director del Centro Criptológico Nacional [art. 9, 2.º f)]. En este sentido le corresponde velar por la información clasificada [art. 4 f)], por lo que ostenta la condición de Autoridad Nacional de Seguridad para la Protección de la Información Clasificada y la relativa a la Oficina Nacional de Seguridad.

En conclusión, nuestra legislación expresa una realidad com-petencial nítida: en España el ordenamiento jurídico contempla un único servicio de inteligencia con funciones estratégicas, centrales y generales: el CNI.

La LO 2/2002, de 6 de mayo, reguladora del control judicial previo del CNI

Ya en el art. 12 de la Ley 11/2002 se contiene la referencia al control judicial previo al que deberán someterse las actuaciones del CNI que afecten a los derechos promulgados en los apartados 2 y 3 del art. 18 CE. De modo que, conforme a esta remisión, la LO 2/2002, desarrolla la regulación del citado control judicial previo.

La LO 2/2002 se estructura en un único artículo en el que se disciplina de manera conjunta y unitaria, el control judicial previo

al que han de someterse todas las actuaciones del CNI referidas a los derechos tutelados en el art. 18.2 y 3 CE.

La necesidad de esta regulación legal expresa se debe, como afirma la propia Exposición de Motivos de la LO 2/2002, a que el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) exige la previsión legal de tales medidas, al igual que también lo exige el art. 18 CE. Además, hasta la entrada en vigor de esta norma en 2002, no se aplicaba «exactamente» la normativa ordinaria contenida en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECRim) a la actuación de los servicios de inteligencia, principalmente por la diferente naturaleza atribuible a las funciones desempeñadas por estos en relación a las que constitucional y legalmente corresponde a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. Así pues, la carencia de una normativa específica al respecto representaba una exigencia constitucional e internacional de primer orden (González Cussac; Larriba Hinojar; Fernández Hernández, 2012).

El objeto y ámbito de aplicación viene referido en la Exposición de Motivos, aunque no coinciden exactamente con los reseñados en el título que da nombre a la norma. En efecto, pues, como se expone en aquella, lo que se regula en la misma no es un control judicial propiamente dicho, sino más exactamente un régimen de autorización previo que, aunque puede ser considerado como tal, no agota el contenido que comúnmente se asigna a la función del control judicial, y que por otra parte es la que se establece en la legislación procesal ordinaria. Cuestión distinta es, también, la conveniencia o no del sometimiento de la labor de los servicios de inteligencia a un control judicial, o si, por el contrario, dada su especial naturaleza, se presenta como más adecuado otro tipo de controles.

En cualquier caso, puede afirmarse que desde 2002 nuestro ordenamiento contiene una normativa específica, la LO 2/2002, que a su vez se complementa con lo dispuesto en la Ley 11/2002, que establece de forma exclusiva el régimen de autorización judi-

cial de las actividades que el CNI debe observar en el desarrollo de sus funciones, que afectan a los derechos fundamentales contenidos en los arts. 18.2 y 3 CE. Pero como he apuntado antes, se trata de una autorización judicial previa, pero no de un control judicial propiamente dicho. Esta diferencia sustancial se aprecia claramente en la literalidad de la norma, ya que, por ejemplo, el control del resultado de tales actuaciones se otorga al secretario de Estado director del CNI, y no a un órgano jurisdiccional. No en vano, la LO 2/2002, en su Disposición Adicional, (en la que se modifican los arts. 127 y 342 bis de la LOPJ), hace referencia al «magistrado del Tribunal Supremo competente para conocer la autorización de las actividades del Centro Nacional de Inteligencia que afectan a los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 18.2 y 3 de la Constitución», y no atribuye en ningún caso al magistrado encargado, el control (completo, esto es posterior) de las actividades del CNI que afectan a los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 18.2 y 3 de la CE.

En consideración a la especial función que en un Estado de derecho está llamado a cumplir un servicio de inteligencia, la LO 2/2002, establece un doble procedimiento: primero, el que ha de seguirse para designar a la autoridad judicial al que se le atribuye la función de autorización de tales medidas; y, segundo, aquel a través del cual el servicio de inteligencia, representado en la figura de su director/a, ha de solicitar dicha autorización, y del que le será o no concedida la misma, pero que en ningún caso se establezca obligación alguna de rendir cuentas del resultado obtenido. Seguramente la justificación de esta especialidad apunta a que las actividades de inteligencia no están orientadas nunca a obtener pruebas de hechos criminales, ni a ser empleadas en un proceso judicial, ni por tanto a enervar la presunción de inocencia en el mismo, sino a otros objetivos igualmente legítimos, pero completamente diversos de aquéllos.

Ahora bien, el sistema de control fijado en la LO 2/2002 no es completo. Ello es así por cuanto el control al que las diligencias de entrada y registro en lugar cerrado y de intervención de las comunicaciones va referido, en su régimen ordinario procesal, se extiende a todas las fases por las que las mismas se desarrollan: a) desde la autorización de su práctica; b) hasta su incorporación al proceso judicial como medio de prueba; c) pasando por su ejecución, y d) llegando hasta los resultados obtenidos con ellas.

En este trabajo, sólo me ocuparé de abordar lo relativo a la autorización. Conviene comenzar advirtiendo que la LO 2/2002, modificó los arts. 125, 127 y 135 y añadió un 342 bis a la LOPJ para posibilitar la designación de un juez *ad hoc* competente en exclusiva en el desempeño de la función de autorización. El nombramiento deberá recaer en un magistrado de la Sala Segunda (Penal) o Tercera (Contencioso-Administrativo) del Tribunal Supremo, de entre los que cuenten con tres años de servicios en la categoría, por un periodo de cinco años, a propuesta del Pleno del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), de entre las propuestas de nombramiento presentadas por el presidente del CGPJ.

Sin embargo, en realidad la propia LO 2/2002 concede una amplia función controladora al secretario de Estado director del Centro Nacional de Inteligencia. En primer lugar, es el único habilitado para solicitar autorización al magistrado del Tribunal Supremo, de forma que cualquiera de las actividades limitadoras de los derechos fundamentales que los servicios de inteligencia civiles (CNI) o militares (CIFAS) estimen oportuno realizar, habrán de dirigirse al secretario de Estado director del CNI. El cual solicitará la autorización, lo que implica que, al menos en teoría, tiene la facultad de negarse a realizar dicha solicitud. Por tanto, a él corresponde el primer filtro de control, con independencia de que la decisión final esté en manos del magistrado, siempre que el secretario de Estado director del CNI acceda a iniciar el procedimiento. Facultad que se

extiende, como no podía ser de otro modo, a la hora de solicitar eventuales prórogas. Las cuales, innecesario es decirlo, deberán pasar también por el mismo tamiz. No resultando ilógico pensar, que para ello deberán ponerse en conocimiento del secretario de Estado director del CNI, al igual que del magistrado, los resultados obtenidos —así al menos ocurre en el régimen procesal ordinario—, a fin de justificar la solicitud de continuidad de la medida.

En cualquier caso, parece obvio que la autorización de estas actividades relativas a los derechos fundamentales de los arts. 18.2 y 3 CNI requieren un *auto*, pues ésta es una de las resoluciones judiciales, junto con las sentencias, que precisan de motivación. Motivación que resulta también en estos casos, al igual que ocurre en el régimen procesal ordinario, inexcusable. El citado *auto* debe proceder de dicho magistrado y podría ser denegatorio, en caso de estimarse que la medida solicitada resulta innecesaria, desproporcionada o injustificada. De modo que, entonces, se deduce que el *auto*, para que pueda estar debidamente motivado, ha de estar precedido de una solicitud que ilustre suficientemente al magistrado, para que éste pueda efectivamente ejercer su función.

En efecto, pues desde luego la solicitud deberá exponer al menos la necesidad de adoptar la medida, como así ocurre en los supuestos comunes. Más difusa se presenta la necesidad de que la solicitud concrete o detalle el objetivo finalmente perseguido, aunque la letra a) del apartado número 2 del artículo único de la LO 2/2002 establece que en la solicitud deberán constar los hechos en que la misma se apoye, los fines que la motivan y las razones que aconsejan su adopción. Si ello es así, sí puede hablarse, en lo que a este aspecto se refiere, de un control judicial efectivo.

Ahora bien, también en este extremo surgen ciertas especialidades dignas de reseñarse. Como de sobra es conocido, el Tribunal Constitucional tiene reiteradamente declarado que la necesidad de fundamentación de las resoluciones judiciales obedece al propósito

de facilitar el conocimiento a los afectados y a terceros de las razones que llevaron al órgano jurisdiccional a adoptar tal medida, posibilitando con ello un posterior control de las mismas. El fundamento en sí de dicho requisito exige consecuentemente una publicidad de la resolución. Publicidad que cuanto menos se extiende a las partes en el proceso (con todas las salvedades que, dependiendo de los casos, puedan hacerse). Sin embargo, el inciso último del apartado 3 del artículo único de la LO 2/2002, dispone que las actuaciones del magistrado competente tendrán la clasificación de secreto, lo que implica, según establece el art. 8 de la Ley 9/1968, de 5 de abril, reguladora de Secretos Oficiales, que sólo «podrán tener conocimiento de las materias clasificadas los órganos y las personas debidamente facultadas para ello y con las formalidades y limitaciones que en cada caso se determinen». Entre estas personas no se encuentran, por razones de pura lógica y efectividad de la actividad, los afectados por las mismas. De ello se deriva que, dado que el Auto, con independencia de su sentido, es irrecusable, y que el ciudadano afectado por la actividad autorizada en el mismo no va a tener conocimiento de su realización, la exigencia de motivación queda realmente disminuida, y sin apenas posibilidad de posterior revisión. Ello abre el debate acerca de su sentido y utilidad efectivos.

En el seno de esta discusión tal vez sea pertinente apuntar que, quizás su única justificación sea entonces posibilitar un potencial control posterior del Parlamento y del propio Gobierno, únicos —excepto, claro, las investigaciones ordinarias en la jurisdicción penal— al que el mismo se puede ver sometido en nuestro actual modelo. De ello cabe inferir pues, que la motivación que se exige a tales resoluciones autorizantes no es, o al menos por coherencia con el sistema no debiera serlo, igual que la del resto de resoluciones jurisdiccionales de esta naturaleza dictadas en el procedimiento ordinario. De hecho, la LO 2/2002 fija con cierto detalle el

contenido de la solicitud, no así, sin embargo, el del auto. De nuevo aquí brota otra cuestión compleja, pues se enciende la duda acerca de la posibilidad de aplicar las disposiciones genéricas establecidas en la LECrim. (arts. 558 y 579).

J. L. G. C.

BIBLIOGRAFÍA

- GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.; LARRIBA HINOJAR, B.; FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A. «Derecho», en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (coord.). *Inteligencia*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. «El secreto de Estado en el proceso penal: entre la denegación de auxilio y el delito de revelación», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 4, 2013, pp. 3 y ss.
- «Intromisión en la intimidad y CNI. Crítica al modelo español de control judicial previo», en *Inteligencia y Seguridad: Revista de Análisis y Prospectiva*, núm. 15, 2014, pp. 151 y ss.
- LLAVADOR PIQUERAS, J., y LLAVADOR CISTERNES, H. *El régimen jurídico de los servicios de inteligencia en España*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.
- PÉREZ VILLALOBOS, M.ª C. *Derechos fundamentales y servicios de inteligencia*. Granada: Grupo Editorial Universitario, 2002.
- SÁNCHEZ FERRO, S. *El secreto de Estado*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.
- WILKINSON MOREIRA DE LA VALL, H. *Secretos de Estado y Estado de Derecho: régimen jurídico de los secretos oficiales en España*. Barcelona: Atelier, 2006.