

Interceptación de comunicaciones telefónicas, seguridad(es) y garantías procesales

Interception of Telephone Communications, Security(s) and Procedural Safeguards

Adriano J. Alfonso Rodríguez¹

UNED Lugo.

ajalfonsorodriguez@hotmail.com

DOI: <https://doi.org/10.14201/cp.31812>

Recibido: 23-04-24 | Aceptado: 12-05-24

Resumen

Los desafíos referidos a la seguridad debemos verlos en diferentes vertientes. Uno de ellos es la «seguridad pública» ligada al desarrollo de actividades de persecución del hecho delictivo, lo que motiva que las limitaciones de derechos fundamentales sigan una estela de rigor y control judicial bajo parámetros garantistas muy intensos. Frente a ella se encuentra la denominada «seguridad nacional», que es bastante distante de la investigación penal propiamente dicha, pero cuyas amenazas resultan en ocasiones coincidentes (por ejemplo, crimen organizado y terrorismo) y para ello es necesario, también, limitar los derechos fundamentales y establecer una garantía judicial, sólo que bajo un prisma diferente que resulta impuesto en el proceso penal. Esto impacta, necesariamente, cuando es la Policía la que solicita al Juez una medida de escuchas telefónicas, de cuando lo es nuestro servicio secreto que tiene un régimen distinto, aunque muy interesante de control judicial.

1. Doctor en Derecho-Graduado en Criminología y Seguridad Pública. Profesor UNED. Coordinador Prácticum Criminología UNED-Lugo. Juez (s) adscrito a la Audiencia Provincial A Coruña.

Palabras clave

Seguridad pública; Seguridad nacional; Policía; Servicio de inteligencia; Garantías procesales.

Abstract

We must see the challenges related to security in different aspects. One of them is «public security» linked to the development of activities to prosecute criminal acts, which motivates the limitations of fundamental rights to follow a trail of rigor and judicial control under very intense guarantee parameters. In front of it is the so-called «national security», which is quite distant from the criminal investigation itself, but whose threats are sometimes coincident (for example organized crime and terrorism) and for this it is also necessary to limit fundamental rights. and establish a judicial guarantee, only under a different prism that is imposed in the criminal process. This necessarily has an impact when it is the Police that requests a wiretapping measure from the Judge, when it is our secret service, which has a different but very interesting regime of judicial control.

Keywords

Public security; National security; Police; Intelligence service; procedural guarantees.

1

Ideas previas: factores desestabilizadores y dos escenarios

La criminalidad grave ha dejado de ser un factor de riesgo ceñido a una respuesta policial y procesal para pasar a ser algo más: Es un elemento permeable, que ha traspasado determinadas fronteras, y cuyo alcance como elemento de desestabilización política, social y económica está por ver en toda su extensión y alcance, pero que conviene analizar con detenimiento. Como pone de manifiesto la Estrategia de Seguridad Nacional (2021):

El crimen organizado es una amenaza a la seguridad que se caracteriza por su finalidad esencialmente económica, su efecto horador sobre la institucio-

nes políticas y sociales, su carácter transnacional y su opacidad. Los grupos delictivos y las organizaciones criminales camuflan sus operaciones ilegales con negocios lícitos y se apoyan cada vez más en tecnologías digitales, como las cripto-monedas y la Internet oscura. Además de su dimensión económica, el crimen organizado tiene un relevante potencial desestabilizador. Sus estructuras se adaptan al entorno geoestratégico y repercuten en la gobernanza, la paz social y el normal funcionamiento de las instituciones. En cuanto a la delincuencia grave, actividades como la explotación de menores o la trata con fines de explotación sexual se dirigen hacia los colectivos vulnerables y violan gravemente los derechos humanos. El contrabando, el cibercrimen, el tráfico de drogas, de armas y de especies silvestres y la corrupción son amenazas tangibles para la Seguridad Nacional. La convergencia entre grupos terroristas y redes de crimen organizado va en aumento. Los modelos de organización cada vez más descentralizada de estos actores delictivos favorecen su cooperación y facilitan la financiación terrorista.

Lo expuesto anteriormente no deja de ser una advertencia, por cuanto ya no estamos en el marco estricto de la seguridad pública limitando el problema a una respuesta policial y judicial, sino que ahora trasciende e integra cuestiones de seguridad nacional, concepto distinto que va más allá de la persecución delictiva propiamente dicha y donde proteger el interés nacional resulta primordial, pudiendo afectar a campos muy variados y no necesariamente penales². Como es lógico, el destacado

2. Como apunta la STS 367/2021, de 17 de marzo, de la Sala III (Contencioso-Administrativa), Ponente: Sr. Herrero Pina, y en materia de nacionalidad y «seguridad nacional» resulta que «Ello para poder apreciar la incidencia *que en la concreta concesión de la nacionalidad española por residencia tienen las particularidades derivadas de la incorporación al orden público o interés nacional, del concepto de «seguridad nacional»* recogido entre otras en la Ley 36/2015, de 28 de septiembre, de Seguridad Nacional. Un elemento esencial de ese concepto de seguridad nacional, que engloba riesgos y amenazas para el orden público, sujetos a elementos de inteligencia

impacto que en el Estado de Derecho tienen las amenazas expuestas trae consigo, correlativamente, la búsqueda de soluciones destinadas a lidiar con tales fenómenos. Es aquí donde la seguridad, en tanto concepto polisémico, se presenta como una exigencia indeclinable que puede entrar en colisión con los derechos fundamentales y sin que su cumplimiento pueda marginar al Estado constitucional (Vervaele, 2007, p.103). De modo, que ya estén las actuaciones destinadas a perseguir el crimen, u orientadas a proteger un interés nacional, y siempre que supongan penetrar en la esfera de los derechos fundamentales, es preciso, adicionalmente, establecer un sistema de garantías, que impidan «espacios ciegos», carentes de control, y donde el protagonismo judicial resulta clave. Si se limita un derecho fundamental, esencial, aunque no exclusivamente en el proceso de indagación penal, antes de que esa legítima conculcación se haga efectiva, resulta precisa una autorización judicial, pues tal y como ha señalado el ATC 47/94, de 8 de febrero, en su Fundamento Jurídico (FJ) 2º:

...Pero es claro que la instrucción, globalmente considerada, tiene, además de la faceta de esclarecimiento de los hechos y averiguación del culpable, otra vertiente de garantía de los derechos de los ciudadanos. Y más patente resulta aún que algunas diligencias concretas de las englobadas en la instrucción de una causa penal inciden sobre derechos —y, en no pocos casos, derechos fundamentales— de los encausados...³.

Hay que reparar que, en nuestro ordenamiento jurídico, existe una suerte de desdoblamiento en la faceta judicial de garantía, dependiendo de si intervienen las agencias policiales, de ordinario actuando en la averiguación de un hecho o autoría criminal,

que, por su propia naturaleza, tiene carácter confidencial o se basa en información protegida por la Ley 9/1968, de 5 de abril, sobre secretos oficiales y que, sin embargo, *ha de poder integrarse en el concepto de «orden público o interés nacional» del art. 21.2 del Código Civil y, en consecuencia, tenerse en cuenta a la hora de conceder o denegar la nacionalidad española por residencia»* (FJ 2º). La cursiva es del autor.

3. La cursiva es del autor.

o si quien solicita la limitación del derecho fundamental (control de las comunicaciones o inviolabilidad domiciliaria) es el Centro Nacional de Inteligencia, (en adelante CNI), evidenciándose un procedimiento diferente a la hora de su hipotética concesión. La necesidad de la denominada «inteligencia criminal»⁴ que responde esencialmente, aunque no exclusivamente, al desafío exigido en materia de seguridad pública y destinada a surtir sus efectos en el marco del proceso penal, contrasta con la «inteligencia estratégica»⁵ alojada en el recipiente de la «seguridad

-
4. Se trata de una inteligencia destinada para «obtener, evaluar e interpretar» información destinadas a defender la neutralización de amenazas delictivas que atenten contra el estado constitucional y los derechos fundamentales y libertades. (*Vid.* Sansó-Rubert, 2011, p. 214). Surge así la denominada «pericial de inteligencia», informe en el que se vuelcan conocimientos fruto de la obtención de datos policiales destinados a surtir efectos en el proceso penal. Haciendo un acopio de jurisprudencia reciente, resulta la STS 65/2019, de 7 de febrero de 2019, de la Sala II (Ponente: Sr. Magro Servet) que apunta en su FJ 2º «En este sentido se ha pronunciado esta Sala del Tribunal Supremo, en varias sentencias (SSTS de 31 de marzo de 2010; de 1 de octubre de 2010; de 29 de mayo de 2003; de 13 de diciembre de 2001 y de 17 de julio de 1998) señalando que «A este respecto debemos destacar nuestras sentencias..., *que han declarado que tal prueba pericial de inteligencia policial cuya utilización en los supuestos de delincuencia organizada es cada vez más frecuente, está reconocida en nuestro sistema penal pues, en definitiva, no es más que una variante de la pericial a que se refieren tanto los arts. 456 LECrim como el 335 LEC , cuya finalidad no es otra que la de suministrar al Juzgado una serie de conocimientos técnicos, científicos, artísticos o prácticos cuya finalidad es fijar una realidad no constatable directamente por el Juez y que, obviamente, no es vinculante para él, sino que como el resto de probanzas, quedan sometidas a la valoración crítica, debidamente fundada en los términos del art. 741 LECrim. La prueba pericial es una variante de las pruebas personales integrada por testimonios de conocimiento emitidos con tal carácter por especialistas del ramo correspondiente de más o menos alta calificación científica, para valorar por el Tribunal de instancia conforme a los arts. 741 y 632 LECrim. y 117 CE. Dicho de otro modo: la prueba pericial es una prueba personal, pues el medio debe ser interrogado por la opinión o dictamen de una persona y al mismo tiempo, una prueba indirecta en tanto proporciona conocimientos técnicos para valorar los hechos controvertidos, pero no un conocimiento directo sobre cómo ocurrieron los hechos».* La cursiva es del autor.
5. Este tipo de inteligencia se recopila fundamentalmente para la toma de decisiones políticas destinadas a la defensa de los intereses nacionales. (*Cfr.* Pinto, 2019, pp. 51 y ss). Los apuntes del autor son autorizados dada su condición de ex miembro del CESID y del CNI. En todo caso, podría servir para garantizar la política de seguridad

nacional», que opera en un marco más bien político y donde las actuaciones, esencialmente, poseen una naturaleza clandestina (*covert action*). Ambas responden a finalidades recopilatorias en campos que, en principio, no deberían mezclarse, (Cfr. Feijoo, 2006, p.820), de ahí que, como vamos a explicar, existe una distancia regulatoria evidente cuando una u otra llaman a la puerta de un Juez solicitando una limitación de derechos fundamentales, singularmente el acceso a las comunicaciones telefónicas o telemáticas, que permita recabar elementos ciertos de conocimiento, pero cuya obtención responde a finalidades distintas.

No obstante, y pese a lo señalado en las líneas anteriores, nos encontramos con la paradoja de una posible confluencia entre hechos susceptibles de ser perseguidos penalmente que son objeto de conocimiento en el desarrollo de actividades de obtención de inteligencia estratégica, lo que determina el qué hacer con esas informaciones, máxime cuando los requisitos de su obtención, pese a la autorización judicial, nada tienen que ver con las exigencias procesales que se derivan en los supuestos de investigación policial, algo que no está resuelto legislativamente en nuestro país, aunque jurisprudencialmente se han abordado los supuestos de comunicación a las FCSE por parte de autoridades policiales o servicios extranjeros de información y que sirven para iniciar procedimientos penales⁶. Asimismo, es preciso tener

y exterior, verificar las amenazas externas, conseguir información militar o coadyuvar a operaciones de esta naturaleza o recopilar inteligencia económica entre otras. (Cfr: Centre for the Democratic control of armed forces -Intelligence Working Group, 2003, pp. 24-28).

6. Paradigmática nos resulta la STS 445/2014, de 29 de mayo, de la Sala II (Ponente: Ferrer García), en la que se cuestionaban oficios remitidos por la agencia antidroga norteamericana (DEA) que sirvió para iniciar investigaciones por parte de la Policía Nacional, objeciones que fueron repelidas señalando, en su FJ 2º que «En definitiva, no se aprecien motivos que permitan cuestionar la validez de las intervenciones acordadas. Esa validez no queda empañada por la falta de ratificación de los agentes de la DEA que el recurso denuncia. En todo caso esa información que la policía recibió por cauces oficiales sirvió como denuncia (art. 262 LECrim), que motivó la actuación investigadora de la policía española que, no olvidemos, antes de solicitar la intervención, inició actuaciones encaminadas a la corroboración, dentro de lo posible, en atención las circunstancias de los hechos y la inminencia de la llegada del

en cuenta que si bien cuando las agencias policiales desarrollan esa tarea de recopilación informativa de manera secreta, lo cierto es que una vez resulta pertinente alzar la situación de secreto (art. 302 LECrim) y facilitar el acceso a los elementos esenciales de la causa penal, se produce el conocimiento por los investigados, acabando con la clandestinidad de la indagación penal, algo que no ocurre en los supuestos de actuación del CNI donde tal acceso, con el consabido desconocimiento por el interesado, no se produce, aunque tampoco, esto es preciso señalarlo, hay un proceso judicial abierto de ninguna clase y ello porque la información se obtiene para propósitos ajenos a unas diligencias penales. Son perceptibles, a simple vista, algunas de las aristas que la situación escenifica. Veamos los diferentes aspectos.

2 La seguridad pública en el contexto del proceso penal

El concepto de «seguridad pública» ha sido abordado desde diversas perspectivas. Por un lado, legislativamente, y así aparece ya delimitado en la Constitución (CE) al establecer el cometido de las fuerzas policiales de garantizar la «seguridad ciudadana» (art. 104.1) o la titularidad estatal exclusiva, en el reparto

barco que trasladaba la droga, de los datos que se le suministraban. Y así aportó datos suficientemente fundados, teniendo en cuenta el estado incipiente de la investigación, para sustentar la medida que solicitaba y fue concedida. Datos que además se fueron completando en los días sucesivos. Como dijo la STS 884/2012, de 12 de noviembre, *«cuando servicios de información extranjeros proporcionan datos a las fuerzas y cuerpos de seguridad españoles, la exigencia de que la fuente de conocimiento precise también sus propias fuentes de conocimiento, no se integra en el contenido del derecho a un proceso con todas las garantías. Lo decisivo, además de la constancia oficial, no necesariamente documentada, de que esa comunicación se produjo, es que el intercambio de datos sirva para lo que puede servir, esto es, para desencadenar una investigación llamada a proporcionar a los Tribunales españoles los medios de prueba precisos para el enjuiciamiento de los hechos»*. *«Como consecuencia de todo lo argumentado, procede desestimar este motivo de impugnación»*. La cursiva es del autor. Más recientemente y en la misma línea la STS 312/2021, de 13 de abril, de la Sala II (Ponente: Sr. Llarena Conde), FJ 1.11.

de competencias, de la denominada «seguridad pública» (art. 149.1.29^a), situación que liga a la creación de policías autonómicas, sin olvidar el art. 126 donde se establece la dependencia de la «Policía Judicial» de Jueces y Fiscales, dentro de cometidos relacionados con el «Poder Judicial», en cuanto a la averiguación del delito y del delincuente.

Y así, en sintonía con la anterior reflexión, la satisfacción de las funciones de «seguridad pública» puede desarrollarse en un plano «gubernativo» —no procesal, salvo ulterior revisión— sustanciado por la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana (LOPSC), que sirve de marco de actuación administrativa y que permite la adopción de una suerte de medidas de intervención muy variadas para el cumplimiento de sus cometidos (la entrada y registro en domicilio, identificaciones personales, comprobaciones y registros en lugares y vías públicas, entre otras) cuyo empleo debe ser limitado a funciones de sanción, no por tanto, y en principio, de persecución penal y si se usan, para acabar desembocando en una actuación procesal, entonces es preciso dotarlas de las garantías constitucionales previstas en la LECrim. (vid. STS 6/2021, de 13 de enero, de la Sala II, Ponente: Sr. Puente Segura, FJ 3. 2º y 3. 3º, en relación al uso inadecuado de la LOPSC y los derechos fundamentales, aunque toda la resolución es de sumo interés).

En todo caso, jurisprudencialmente, el TC ha deslindado tempranamente el concepto de «seguridad pública», «...entendido como actividad dirigida a la protección de personas y bienes y al mantenimiento de la tranquilidad y el orden ciudadano, según pusimos de relieve en las SSTC 33/1982, 117/1984, 123/1984 y 59/1985, engloba, como se deduce de estos pronunciamientos, un conjunto plural y diversificado de actuaciones, distintas por su naturaleza y contenido, aunque orientadas a una misma finalidad tuitiva del bien jurídico así definido» (STC 104/1989, de 8 de junio, FJ 3º) y dentro de aquella se incluye la «actividad policial» como uno de sus contenidos (STC 175/1999, de 30 de septiembre, FJ 7º o la STC 86/2014, de 29 de mayo, FJ 4º), donde se encuentra la investigación de los delitos con actividades cuya finalidad es la determinación del hecho punible y de su autoría (STC 303/1993, de 25 de octubre, FJ 4º) y sin que exista una identidad plena entre «Policía» y «Seguridad Pública» (STC 174/2000, 1 de

junio, FJ 6º) . En suma, como ha señalado la STC 55/90, de 28 de marzo, «*De la Constitución se deduce que las Fuerzas de Policía están al servicio de la comunidad para garantizar al ciudadano el libre y pacífico ejercicio de los derechos que la Constitución y la Ley les reconocen y este es el sentido del art. 104.1 CE, que puede considerarse directamente heredero del art. 12 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, configurando a la policía como un servicio público para la Comunidad, lucha contra la criminalidad, el mantenimiento del orden y la seguridad pública y la protección del libre ejercicio de los derechos y libertades...*» (FJ 5º).

Procesalmente, en materia de persecución delictiva, las fuerzas policiales, y específicamente la denominada «Policía Judicial» (art. 283 LECrim), llevan a cabo la investigación del hecho penal entendida al modo del art. 282 LECrim —en relación con el art. 299 del mismo texto— comprendiendo «*averiguar los delitos públicos que se cometieren en su territorio o demarcación; practicar, según sus atribuciones, las diligencias necesarias para comprobarlos y descubrir a los delincuentes, y recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro, poniéndolos a disposición de la autoridad judicial.*», todo ello junto con la atención, información y valoración de la víctima (arts. 4 b), 5.1, 10 II, 11, 19 de la Ley 4/2015, 27 de abril, Estatuto de la Víctima).

En el curso de su actividad preparatoria e indagatoria, los investigadores policiales pueden desarrollar, con relativa autonomía, una serie de diligencias *no invasivas de los derechos fundamentales* para cumplir con las exigencias del precepto antes visto y así, grosso modo, pueden identificar a los sospechosos, víctimas o testigos e interrogarlos, llevar a cabo reconocimientos fotográficos o por medio de fotografías o grabaciones, reconocimiento de voz e identificación por dactiloscopia, recogida de vestigios de ADN abandonados o con entrega consentida, obtención de determinados datos personales, de comunicaciones, telefonía y archivos informáticos bajo determinados presupuestos, acordar la entrega y circulación vigilada con ulterior dación de cuenta al Juez, practicar una inspección ocular policial, o la recogida de efectos, medios, objetos o instrumentos del hecho delictivo. Asimismo, en cuanto *medidas estrictas limitativas o*

que pueden afectar a los derechos fundamentales, la Policía puede detener a quien sea sospechoso de un hecho delictivo (art. 17.3 CE), entrar en un domicilio en supuestos de flagrancia delictiva (art. 18.2 CE) y realizar inspecciones corporales leves (arts. 15 y 18.1 CE) como desarrollaremos más adelante, tampoco sin intervención judicial.

El desarrollo de su trabajo, que debe estar guiado por una absoluta objetividad, al margen de visiones particulares (*Vid.* como paradigmática STS 78/2021, 1 de febrero de la Sala II, (Ponente: Sr. Marchena Gómez), FJ 2.3º), concluye con la elaboración del atestado, documento técnico con categoría de mera denuncia sin valor probatorio per se (*Cfr.* STS 120/2021, 11 de febrero, Sala II (Ponente: Sra. Polo García), FJ 3.3º; SSTC 217/1989, de 21 de diciembre, FJ 2º; 303/1993, de 25 de octubre, FJ 4º; 79/1994, de 14 de marzo, FJ 3º; 22/2000, de 14 de febrero, FJ 5º; 188/2002, de 14 de octubre, FJ 2º) sin perjuicio de aquellos datos objetivos y verificables de imposible reproducción en el acto de juicio oral, introducidos como prueba documental, y sujetos a contradicción (SSTC 107/1983, de 29 de noviembre, FJ 3º; 303/1993, de 25 de octubre, FJ 2 b); 173/1997, de 14 de octubre, FJ 2 b); 33/2000, FJ 5º; 188/2002, FJ 2º).

No hay que olvidar que en la persecución del delito, como herramienta procesal de satisfacción de la «seguridad pública», confluyen legítimas políticas, igualmente públicas, referidas a la criminalidad con lo que a la vez que se satisfacen aquellas (*Vid.* Fernández-Rodríguez, 2007, p. 8) ⁷, también se desarrolla una actividad inicialmente preprocesal, y luego procesal, con el propósito de delimitar la responsabilidad delictiva por parte de los agentes policiales, y luego por el Juez Instructor, configurando una causa, con los elementos de importancia para ella (art. 315

7. En todo caso, la EM de la LOPSC 4/2015 señala «*Para garantizar la seguridad ciudadana, que es una de las prioridades de la acción de los poderes públicos, el modelo de Estado de Derecho instaurado por la Constitución dispone de tres mecanismos: un ordenamiento jurídico adecuado para dar respuesta a los diversos fenómenos ilícitos, un Poder Judicial que asegure su aplicación, y unas Fuerzas y Cuerpos de Seguridad eficaces en la prevención y persecución de las infracciones*». La cursiva es del autor.

LECrim), destinada a una hipotética valoración de los rasgos indiciarios, que afloran en la superficie, con relación al ilícito investigado y que puede motivar la exigencia de responsabilidades penales, mediante la apertura de un eventual juicio, donde se practican las pruebas propiamente dichas (Cfr. STS 447/2015, de 29 de junio, de la Sala II (Ponente: Sr. Jorge Barreiro), FJ 1º; STC 31/1981, de 28 de julio, FJ 4º ya tempranamente, y luego reiteradamente SSTC 213/2007 de 8 de octubre, FJ 2º; 64/2008 de 26 de mayo, FJ 3º; 115/2008 de 29 de septiembre FJ 1º; 49/2009 de 23 de febrero, FJ 2º; 120/2009 de 18 de mayo, FFJJ 2º a 4º o 132/2009 de 1 de junio, FJ 2º).

Por tanto, a través de la investigación policial se satisfacen los presupuestos propios de una política criminal en cuanto la persecución del delito como herramienta para la protección de los derechos de los ciudadanos y la búsqueda, legítima, de la tranquilidad pública, y a la vez, en un terreno estrictamente procesal, se depuran responsabilidades penales con la averiguación de los hechos y de su autoría bajo una dirección judicial. La «seguridad pública» opera en el contexto del proceso penal que coadyuva para su satisfacción pese a que la autoridad judicial queda al margen, lógicamente, pues no es su función satisfacer tal objetivo (Cfr. Conde-Pumpido, 1992, p. 18)⁸, existiendo una

8. Esto ha servido, a la vez para intentar mutar el proceso penal otorgando al Ministerio Fiscal la dirección del proceso de investigación al acomodarse mejor a la satisfacción de esos objetivos de política criminal. Así institucionalmente la Memoria de la Fiscalía General del año 1992 señalaba que «La atribución de la investigación criminal al Ministerio Fiscal es en estos momentos algo más que una pura alternativa o una conveniencia atendible. Se trata con toda probabilidad de una necesidad de política criminal, a cuyo impulso deben dirigirse todos los esfuerzos de los poderes públicos(...) Debe aceptarse que la renovación del proceso sólo parece posible si partimos de la diferenciación entre las fases de investigación del hecho criminal, de la exclusiva dirección del Ministerio Fiscal, regido por los indicados dogmas de legalidad e imparcialidad, pivotando sobre la actividad profesionalizada, científica y especializada de la Policía Judicial, dotada de una mayor autonomía. Así delimitadas las bases del proceso, cuyo impulso corresponde al Ministerio Público, compete a Jueces y Tribunales ejercer su función jurisdiccional, con estricta sujeción al imperio de la ley y en el ámbito legalmente previsto dictado de su conciencia racional». (Vid. Fiscalía General del Estado. 1993, pp. 25-27). Igualmente, la Recomendación (2000)

doble dependencia de las fuerzas policiales indagadoras tanto respecto del Ejecutivo (orgánica) como del Juez (funcional) que se encarga de la investigación en cada momento (STS 14/2018, 16 de enero, de la Sala II (Ponente: Sr. Marchena Gómez), FJ 2º.1 y 6º) .

2.1 La garantía judicial en la investigación penal policial

Si hay un campo de tensión entre derechos (del investigado) y fines (de la investigación), sin duda, ese es el que enmarca el proceso penal, situando frente a las intervenciones gubernativas un muro infranqueable que es la necesaria actividad policial bajo autorización del Juez quien actúa como garante de los derechos señalados como fundamentales y cuya función resulta determinada constitucionalmente (art. 117.4 CE), algo que ha explicado con suma claridad la STS 79/2012, de 9 de febrero, de la Sala II (Ponente: Colmenero Menéndez de Lúcar), en su FJ 11º, donde deja claro que: Al instructor en el proceso penal, a quien compete la dirección de la investigación, *no le corresponde ocupar una posición propia o característica de un enemigo del investigado, estando, por el contrario, obligado a «...consignar y apreciar las circunstancias así adversas como favorables al presunto reo...»*, (artículo 2 de la LECrim). Además, resulta encargado de la protección de los derechos fundamentales del imputado, en tanto que la Constitución, ordinariamente, condiciona su restricción a la existencia de una resolución judicial debidamente motivada⁹.

19 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 6 de octubre de 2000, ya señala el protagonismo del Ministerio Fiscal en la política penal definida por el Ejecutivo, o el Legislativo, indicando que es quien la «lleva a la práctica».

9. La cursiva es del autor. No obstante, con anterioridad el ATS 3773/1992, de 18 de junio, de la Sala II (Ponente: Ruíz Vadillo) en su FJ 8º apuntó que «*El Juez, garante esencial de los Derechos Fundamentales y de las libertades públicas, debe examinar cada infracción con las circunstancias que la acompañan y decidir, valorando si los objetivos legítimos de las investigación, enjuiciamiento y, en su caso, condena merecen en ese concreto supuesto el sacrificio de otro bien jurídico, especialmente valioso como es la dignidad, la intimidad la libertad de la persona, como esta Sala viene fijando en sus resoluciones en orden a la defensa siempre y para todos de estos valores esenciales*» . La cursiva es del autor.

Y en este sentido, el Juez en primer lugar debe garantizar el derecho de defensa¹⁰ que asiste a todo investigado en el curso de la instrucción conforme el art. 24.2 CE (STC 87/2001, de 2 de abril, FJ 3º). Esencialmente por cuanto no cabe el desarrollo de una actividad inquisitiva (SSTC 135/1989, 19 de julio, FJ 3º; 186/90, de 15 de noviembre, FJ 5º; STS 14/2018, 16 de enero, de la Sala II (Ponente: Sr. Marchena Gómez), FJ 2.1) y para ello se genera un estatus, el de investigado, que permite que la plenitud de derechos reaccionales que posee opere frente a los investigadores. Inicialmente, se produce una imputación no procesal¹¹ extrajudicial-policial, que podríamos calificar como la atribución al sujeto de la categoría de «sospechoso», que despliega ya de-

-
10. En una síntesis interesante que hace el decaído Anteproyecto de Ley Orgánica de Defensa, en su art. 3 al señalar que «1. El derecho de defensa comprende la prestación de asistencia letrada o asesoramiento en Derecho y la defensa de los intereses legítimos de la persona a través de los procedimientos previstos legalmente. 2. El derecho de defensa incluye, en todo caso, el derecho al libre acceso a los Tribunales de Justicia, a un proceso sin dilaciones indebidas, a que se dicte una resolución congruente y fundada en Derecho por el juez ordinario e imparcial predeterminado por la ley, así como a la invariabilidad de las resoluciones firmes y a su ejecución en sus propios términos. El derecho de defensa incluye, también, las facultades precisas para conocer y oponerse a las pretensiones que se formulen de contrario, para utilizar los medios de prueba pertinentes en apoyo de las propias, la garantía de indemnidad y al acceso a un proceso público con todas las garantías, sin que en ningún caso pueda producirse situación alguna de indefensión. 3. En las causas penales, el derecho de defensa integra, además, el derecho a ser informado de la acusación, a no declarar contra uno mismo, a no confesarse culpable, a la presunción de inocencia y a la doble instancia, de conformidad con la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar, y la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Estos derechos resultarán de aplicación al procedimiento administrativo sancionador y al procedimiento disciplinario de acuerdo con las leyes que los regulen...».
11. La STC 18/2005, de 1 de febrero, ha señalado que «...en el seno del proceso penal es el Juez de Instrucción y no como parece reclamar el recurrente- los funcionarios de la Administración Tributaria, a quien corresponde el otorgamiento de la condición de imputado de un ciudadano desde el momento en que considere verosímil o tenga fundadas sospechas de un ilícito penal» (SSTC 14/1999, de 22 de febrero, FJ 6 c); 149/1997, de 29 de septiembre, FJ 2; y 118/2001, de 21 de mayo FJ 3º, FJ 4º). La cursiva es del autor,

terminados derechos de defensa en sede policial (arts. 118 y 520 LECrim), para luego recibir dicha imputación de manera judicial dando entrada al sujeto en el seno del proceso penal, sobre el que pesan indicios racionales de criminalidad (SSTC 47/2000, de 17 de febrero, FJ 6º, 108/1994, de 11 de abril, FJ 3º) permitiendo la situación de conocimiento, contradicción y confrontación con las acusaciones (STS 527/2021, de 16 de junio, de la Sala II (Ponente: Sr. Martínez Arrieta), FJ 2º).

Sin embargo, esa función de garantía se extiende a otros derechos fundamentales en el proceso penal y que en hipótesis pueden verse afectados en el marco de una investigación como la *libertad personal* (art. 17 CE)¹², la *intimidad* (art.18.1 CE)¹³, la *inviolabilidad domiciliaria* (art.18.2 CE)¹⁴, *el secreto de las comu-*

-
12. *Vid.* la SSTC 106/1989, de 8 de junio, FJ 4º; 98/1997, de 20 de mayo, FJ 4º y 5º en torno a la denominada prisión preventiva.
13. *Vid.* la STC 123/2002, 19 de junio, FJ 4º en relación a la necesidad de autorización judicial como regla general cuando se afecta a la intimidad.
14. Ha señalado la STS 423/2016, 18 de mayo, de la Sala II, (Ponente: Sra. Ferrer García) «Como hemos recordado en otras ocasiones (SSTS 727/2003 16 de mayo , 530/2009 13 de mayo , 478/2013 de 6 de junio o 103/2015 de 24 de febrero), *el derecho a la inviolabilidad del domicilio es un derecho fundamental del individuo que, según el artículo 18.2 de la Constitución sólo cede en caso de consentimiento del titular; cuando se trate de un delito flagrante, o cuando medie resolución judicial.*». La Declaración Universal de los Derechos Humanos proscribire en su art. 12 las injerencias arbitrarias en el domicilio de las personas, reconociendo el derecho de éstas a la protección de la ley contra las mismas. En la misma forma se manifiesta el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su art. 17. Y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, dispone en su artículo 8 que, «1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia 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, o la protección de los derechos y las libertades de los demás. *Se trata, por lo tanto, en cuanto recogido con ese carácter en la Constitución, de un derecho fundamental que protege una de las esferas más íntimas del individuo, donde desarrolla su vida privada sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales, a salvo de invasiones o agresiones procedentes de otras personas o de la autoridad pública,*

nicaciones (art. 18.3 CE) y también la libertad de circulación o movimientos (art. 19 CE)¹⁵.

En todo, caso, se produce un claro contrapunto por cuanto, como antes apuntamos, cabe la posibilidad que los agentes policiales practiquen una *detención* en los supuestos previstos en los arts. 490 y 492 LECrim, privación de libertad limitada temporalmente (SSTC 31/1996, de 27 de febrero, FJ 8º; 21/1997, de 10 de febrero, FJ 4º; 174/1999, de 27 de septiembre, FJ 4º; 179/2000, de 26 de junio, FJ 2º) y en todo caso destinada a una puesta en libertad policial o en su caso a poner al sujeto a disposición de la autoridad judicial para que decida sobre su situación personal con plazos preclusivos de 72 horas que no pueden ser agotados bajo cualquier presupuesto, salvo la prórroga del art. 520 bis.

La *entrada y registro en domicilio de personas físicas en los supuestos de flagrante delito* (arts. 553 en relación con el 795.1.1º LECrim; STC 341/1993, de 18 de noviembre, en su FJ 8º o STS 71/2017, de 8 de febrero, de la Sala II, (Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre), en su FJ 8º) constituye una excepción a la autorización judicial bajo un presupuesto igualmente de apreciación estricta (STS 423/2016, de 18 de mayo, de la Sala II (Ponente: Sra. Ferrer García), FJ 4º). No podemos perder de vista, tampoco, la previsión que se establece (arts. 553 y 384 bis LECrim) en los supuestos de terrorismo si bien en relación a este

aunque puede ceder ante la presencia de intereses que se consideran prevalentes en una sociedad democrática » (FJ 4º). La cursiva es del autor.

15. La STC 85/1989, de 10 de mayo, en su fundamento jurídico tercero, ha señalado la limitación de libertad de movimientos bajo los presupuestos legales, pero mediante control judicial previo, así: «... Y, de otra parte, como este Tribunal ha dicho en supuestos similares al que nos ocupa (ATC 650/1984), la presentación ante el Juzgado, por ser una medida cautelar legalmente prevista, aunque ciertamente significa una restricción del derecho de libre elección de residencia, no constituye una vulneración al mismo aquella resolución judicial que, como ocurre en el presente caso, impone tal obligación dentro de los supuestos legales y en forma razonada en términos de Derecho...». La cursiva es del autor. Debemos destacar la importancia de medidas cautelares en el ámbito de la violencia de género como la denominada orden de protección (art. 544 ter LECrim) o la «orden de alejamiento con prohibiciones de comunicación» (art. 544 bis LECrim.).

supuesto resulta que su habilitación radica en la detención de terroristas y solamente, una vez practicada la detención, cabría el registro (STC 199/1987, 10 de diciembre, FJ 9º). Autorización judicial extensiva para el domicilio de *personas jurídicas imputadas* entendido como «*el espacio físico que constituya el centro de dirección de las mismas, ya se trate de su domicilio social o de un establecimiento dependiente, o aquellos otros lugares en que se custodien documentos u otros soportes de su vida diaria que quedan reservados al conocimiento de terceros*» (art. 554.4 LECrim) sin que podamos confundir esta diligencia con la posibilidad de entrada y registro en espacios cerrados no constitutivos de domicilio o se traten de locales abiertos al público o domicilios de personas jurídicas no imputadas en el procedimiento penal (STS 150/2022, 22 de febrero de la Sala II, Ponente: Sr. Palomo del Arco, FJ 4º. 3).

Finalmente, a la Policía se le permite la práctica de *inspecciones corporales leves*¹⁶ bajo razones de urgencia, proporcionalidad y razonabilidad (STC 207/96, de 16 de diciembre, FJ 2º y 4º) que si bien no pueden implicar una afectación del art. 15 CE en cuanto aquellas medidas invasivas¹⁷ que necesariamente requie-

16. Con relación al denominado «cacheo» ya había señalado nuestro TS la pluralidad de derechos fundamentales que resultaban «tocados» y así «El cacheo, acompañado de la identificación, constituye por lo general la primera y más frecuente medida de intervención policial que indudablemente implica una medida coactiva que afecta, de alguna forma, tanto a la libertad (art. 17 CE), como a la libre circulación (art. 19 CE), en tanto que, como la identificación misma, comportan inevitablemente, la inmovilización durante el tiempo imprescindible para su práctica, y además, puede afectar a la intimidad personal (art. 18 CE), en la medida que sea practicado con exceso en cuanto a la justificación de su necesidad, al lugar en que se efectuó o el trato vejatorio y abusivo dispensado en él por lo agentes actuantes, o incluso en la integridad corporal (art. 15 CE), en función de la violencia o vis coactiva aplicado en su práctica» (STS 156/2013, 7 de marzo, de Sala II, Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre, FJ 1º A).

17. Jurisprudencialmente, en relación a la perspectiva garantista y la coerción física, *vid.* las SSTS 12748/91, de 26 de noviembre, FJ 1º, 6630/91, de 26 de noviembre, FJ 1º, 6635/91, de 26 de noviembre, FJ 1º, de la Sala II, (Ponente: Sr. Ruiz Vadillo). Con anterioridad destaca la STS de la Sala II de 22 de mayo de 1982 (RJ 1982/2702) en su considerando quinto (Ponente: Latour Brotons).

ren de autorización judicial, sí pueden afectar a su intimidad (art. 18.1 CE). En todo caso, no hay que olvidar la prueba de alcoholemia y de detección de drogas en relación con los delitos contra la seguridad vial que configura policialmente una prueba preconstituida (STC 173/1997, de 14 de octubre, FJ 2º), sin intervención judicial.

En suma, es preciso indicar que las vulneraciones más agresivas que implican una afectación a los derechos fundamentales más relevantes (integridad, intimidad, inviolabilidad del espacio domiciliario y comunicaciones o la libertad) están monopolizadas por la autoridad judicial que actúa en funciones de garantía, evitando injerencias no justificadas frente a actuaciones de investigación, sin perjuicio de la existencia de determinadas diligencias para cuya práctica sí están habilitados los agentes policiales aunque pudieran colisionar con los mismos derechos que la autoridad judicial está obligada a proteger pero bajo determinados presupuestos, ligados en ocasiones, a situaciones de urgencia¹⁸ que necesariamente tiene que ser justificada debi-

18. Como puso de manifiesto la STC173/2011, de 7 de noviembre, «Esa regla general se excepciona en los supuestos en que existan razones de necesidad de intervención policial inmediata, para la prevención y averiguación del delito, el descubrimiento de los delincuentes y la obtención de pruebas incriminatorias. En esos casos estará justificada la intervención policial sin autorización judicial, siempre que la misma se realice también desde el respeto al principio de proporcionalidad» [FJ 10 b) 3]. Bien entendido que «la valoración de la urgencia y necesidad de la intervención policial ha de realizarse ex ante y es susceptible de control judicial ex post, al igual que el respeto al principio de proporcionalidad. La constatación ex post de la falta del presupuesto habilitante o del respeto al principio de proporcionalidad implicaría la vulneración del derecho fundamental y tendría efectos procesales en cuanto a la ilicitud de la prueba en su caso obtenida, por haberlo sido con vulneración de derechos fundamentales» [FJ 10 b) 5]. *En esta línea en la STC 206/2007, de 24 de septiembre, FJ 8, afirmábamos que «la regla general es que sólo mediante una resolución judicial motivada se pueden adoptar tales medidas y que, de adoptarse sin consentimiento del afectado y sin autorización judicial, han de acreditarse razones de urgencia y necesidad que hagan imprescindible la intervención inmediata y respetarse estrictamente los principios de proporcionalidad y razonabilidad» ...»* (FJ 2º). La cursiva es mía. En todo caso, verificar los arts. 579.3, 588 ter d). 3, 588 quinquies b). 4, 588 sexies c. 3. y 4, de la LECrim.

damente para impedir que la excepción se convierta en regla general.

2.2 La interceptación de comunicaciones y actividad policial

En el marco de la investigación penal y con relación a la inviolabilidad de las comunicaciones (art. 18.3 CE) jurisprudencialmente se ha puesto de manifiesto, en la STS 497/2016, de 9 de junio, de la Sala II (Ponente: Berdugo Gómez de la Torre), en su FJ 1º que: *El derecho al secreto de las comunicaciones puede considerarse una plasmación singular de la dignidad de la persona y del libre desarrollo de su personalidad, que constituyen el fundamento del orden político y de la paz social* (STC núm. 281/2006, de 9 de octubre y STS núm. 766/2008, de 27 de noviembre), por lo que trasciende de mera garantía de la libertad individual, para constituirse en medio necesario para ejercer otros derechos fundamentales. Por ello la *protección constitucional del secreto de las comunicaciones abarca todos los medios de comunicación conocidos en el momento de aprobarse la norma fundamental, y también los que han ido apareciendo o puedan aparecer en el futuro, no teniendo limitaciones derivadas de los diferentes sistemas técnicos que puedan emplearse* (SSTS núm. 367/2001, de 22 de marzo y núm. 1377/1999, de 8 de febrero). *El derecho al secreto es independiente del contenido de la comunicación, debiendo respetarse, aunque lo comunicado no se integre en el ámbito de la privacidad* (SSTC núm. 70/2002, de 3 de abril y núm. 114/1984, de 29 de noviembre). *Pero, sin embargo, este derecho no es absoluto, ya que en toda sociedad democrática existen determinados valores que pueden justificar, con las debidas garantías, su limitación* (art. 8º del Convenio Europeo). Entre estos valores se encuentra la *prevención del delito*, que constituye un interés constitucionalmente legítimo y que incluye la investigación y el castigo de los hechos delictivos cometidos, orientándose su punición por fines de prevención general y especial. El propio art 18.3 CE prevé la limitación del derecho al secreto de las comunicaciones mediante resolución judicial (STS núm. 246/1995, de 20 de febrero, entre otras muchas). *En nuestro ordenamiento la principal garantía para la validez constitucional de una intervención telefónica es, por disposición constitucional expresa, la*

*exclusividad jurisdiccional de su autorización, lo que acentúa el papel del Juez Instructor como Juez de garantías, ya que lejos de actuar en esta materia con criterio inquisitivo impulsando de oficio la investigación contra un determinado imputado, la Constitución le sitúa en el reforzado y trascendental papel de máxima e imparcial garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales de los ciudadanos*¹⁹.

En este sentido lo que resulta de importancia vital es la existencia de un proceso comunicativo que permita desvelar datos de contenido y desarrollo de ese mismo proceso ya sea telefónico, a través de mensajería o de medios de internet como el correo electrónico, incluso aquellos mensajes que ya fueran leídos, conociendo los datos subjetivos de los participantes, duración, destino o listado de llamadas e interceptación de comunicaciones de terceros ajenos a la investigación. Queda al margen la difusión de grabaciones efectuadas por uno de los partícipes, el acceso policial al listado (agenda) de contactos, las rellamadas efectuadas policialmente a un teléfono que, a su vez, llama insistentemente al del detenido, identificación de una llamada entrante con visionado directo del teléfono o conversaciones que son escuchadas por los agentes con permiso de uno de los interlocutores al activar mecanismos de altavoz o las conversaciones radiofónicas (Circular 2/2019, de 6 de marzo, FGE y Circular 1/2013 FGE sobre pautas en relación con la diligencia de intervención de las comunicaciones telefónicas).

Hay que señalar que la regulación operada por la Ley 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, establece un nuevo y riguroso marco²⁰ que acaba con una situación

19. La cursiva es del autor.

20. Como indica la STC 99/2021, de 10 de mayo, «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

de clara deficiencia legislativa procesal en la materia propia de la interceptación de comunicaciones, procediendo a desarrollar una regulación que resultaba imperiosa (SSTEDH Prado Bugallo contra España de 18 de febrero de 2003, Valenzuela Contreras contra España de 30 de julio de 1998, antes, en todo caso, STEDH Malone contra Reino Unido de 2 de agosto de 1984). En este sentido, la autorización judicial resulta esencial y su planteamiento deriva de la previsión contenida, en cuanto condiciones generales habilitantes, en la LECrim (Título VIII, Capítulo IV arts. 588 bis a)- bis k)), con sujeción a una serie de requisitos que también jurisprudencialmente, y con anterioridad a la reforma, se habían establecido: exclusividad jurisdiccional, uso para determinar el hecho delictivo y su autoría, excepcionalidad, temporalidad, proporcionalidad (delitos graves), especialidad, indicios de responsabilidad penal en el afectado, aplicación de la medida sobre los medios de los presuntos autores, existencia de una investigación penal en curso y resolución motivada con rigor, junto con el control judicial de la medida acordada (STS 1541/2003, de 7 de marzo, de la Sala II (Ponente: Sr. Sánchez Melgar), FJ 1º).

Ahondando en los requisitos exigibles para llevar a cabo la interceptación telefónica (o telemática), ello se traduce en el dictado de un *auto motivado* (art. 588 bis b) en relación con el art. 588 bis a LECrim), LECrim), no mediante providencia (STC 123/2002, de 19 de junio, FJ 7º), en un plazo perentorio desde la solicitud de 24 horas (art. 588 bis c), que podrá acordar de oficio el Juez o a instancia de la Fiscalía o la Policía Judicial —cuyos requisitos analizaremos a renglón seguido—, donde se ponga de

legislativa (fundamento jurídico 7). Con ello, afirmábamos, no solo 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, FJ 3; 34/1996, FJ 5; 49/1996, FJ 3; 54/1996, FJ 7, y 123/1997, FJ 4), especificando que el respeto a dicho principio requiere, en este caso, «una ley de singular precisión» (STC 49/1996, FJ 3)» (FJ 3º). La cursiva es del autor.

manifiesto la existencia de un hecho delictivo concreto —no un ilícito administrativo— objeto de investigación (*especialidad*), rechazándose la idea de la prospección (STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 8º), de modo que no es posible solicitar medidas para interceptar comunicaciones bajo el pretexto de verificar si hay o no un hecho delictivo susceptible de ser investigado, con lo que la presentación de indicios delictivos para acordar tal medida se presenta como indeclinable²¹ (*necesidad*), de manera que sirva para el objetivo propuesto (*idoneidad*) es decir la *razonabilidad* de la medida, e implique el respeto al principio de *proporcionalidad* (SSTC 200/1997, 24 de noviembre, FJ 4º; 166/1999, 27 de septiembre, FJ 8º; 171/1999, 27, de septiembre FJ 8º; 126/2000, 16 de mayo, FJ 8º) de modo que el sacrificio en los derechos fundamentales sea menor que el beneficio que se pretende obtener.

El anterior escenario exige *la existencia de una investigación penal abierta*, con un procedimiento judicial también abierto y en el marco de un hecho delictivo grave que resulta, a los efectos de llevar a cabo la intervención, en delitos dolosos castigados con pena con límite máximo de, al menos, tres años, delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales o delitos de terrorismo (art. 579. 1 en relación con el art. 588 ter a LECrim). Hay que descartar la adopción de una medida de interceptación en delitos leves o imprudentes, debiendo tenerse en cuenta la pena en abstracto, subtipo agravado incluido que pudiese ser aplicado siempre que se den indicios de su comisión, su aplicación a supuestos de concurrencia de organizaciones crimina-

21. Señala la STS 822/2022, 18 de octubre de la Sala II (Ponente: Sr. Palomo del Arco) «a) se proporcionan y recogen indicios incipientes que sobrepasan la mera subjetividad e integran un conjunto objetivo de datos que conducen a una sospecha razonable; lógicamente desde su ponderación no disgregada y fragmentada, sino global, que desdice la finalidad prospectiva alegada. *La adopción de esta injerencia requiere que se cuente con indicios suficientes, con “buenas razones”;* no que se practiquen todos los posibles medios de averiguación que podían corroborar o no esa base indiciaria. Postergar las escuchas a la realización de todas las imaginables informaciones que podrían colateralmente coadyuvar al esclarecimiento de los hechos o robustecer los indicios carece de lógica. No es necesaria una a modo de “mini-instrucción” previa judicial que siga a la investigación policial y preceda a la injerencia (a STS núm. 298/2020, de 11 de junio)» (FJ 1º.3. a). La cursiva es del autor.

les en función de su actuación, no del tipo de delito cometido y los delitos de terrorismo donde habrá que hacer una valoración ex ante por parte de la autoridad judicial (Circular 2/2019, 6 de marzo, FGE). A estos se añaden, por la gravedad del medio, «delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la comunicación o servicio de comunicación» (art. 588 ter a in fine LECrim).

Si bien cabe la posible adopción de oficio por el Juez, lo que implica un cierto comportamiento inquisitivo, la petición de una medida invasiva de estas características está sujeta a un procedimiento de solicitud motivado con una serie de requisitos que debe comprender *identificación de hechos con una calificación jurídica, sujetos sobre los que recae²² y fundamento de la medida, con la justificación y motivación oportuna, qué tipo de medida se interesa y sobre qué medio, quién la va a ejecutar policialmente y quién la va a ejecutar en colaboración con la decisión judicial con sujeción a responsabilidad penal (arts. 556.1, 465.2 y 466.3 CP) y durante cuánto tiempo (art. 588 bis b LECrim)²³.*

22. Como apunta la Circular 1/2019, de 6 de marzo, FGE «En la resolución judicial que acuerde la medida deberá reflejarse la identidad del afectado, si fuere conocido. No conociéndose la identidad, deberán indicarse los datos de los que se tenga conocimiento y que permitan su individualización (número de teléfono, domicilio, señas de identidad física, apodo o sobrenombre, etc.). La identidad que ha de reflejarse en la resolución es la del afectado por la medida, cuyo derecho se ve limitado, que puede no coincidir con el titular formal del medio sobre el que ésta recaiga (teléfono, ordenador, vehículo en el que se instalen dispositivos, etc.). Los errores padecidos en la identificación subjetiva no tienen por qué viciar la resolución. Es posible adoptar medidas de investigación que afecten directamente a un tercero no investigado con la finalidad de obtener datos relevantes».

23. Como con anterioridad había señalado con precisión la STS 1078/2009, de 5 de noviembre, de la Sala II (Ponente: Sr. Varela Castro), FJ 1.2 «Sobre esa base, el Tribunal ha considerado insuficiente la mera afirmación de la existencia de una investigación previa, sin especificar en qué consiste, ni cuál ha sido su resultado por muy provisional que éste pueda ser, *afirmando también que la concreción del delito que se investiga, las personas a investigar, los teléfonos a intervenir y el plazo de intervención no pueden suplir la carencia fundamental de la expresión de los elementos objetivos indiciarios que pudieran servir de soporte a la investigación, ni la falta de esos indispensables datos pueda ser justificada a posteriori por el éxito de la investigación misma* (SSTC 299/2000, de 11 de diciembre, FJ 5; 138/2001, de

A estos elementos configuradores de la fisonomía de la solicitud que se dirige al Juez hay que incluir otros —atendiendo al Capítulo V— como «a) la identificación del número de abonado, del terminal o de la etiqueta técnica, b) la identificación de la conexión objeto de la intervención o c) los datos necesarios para identificar el medio de telecomunicación de que se trate» junto con «a) El registro y la grabación del contenido de la comunicación, con indicación de la forma o tipo de comunicaciones a las que afecta. b) El conocimiento de su origen o destino, en el momento en el que la comunicación se realiza. c) La localización geográfica del origen o destino de la comunicación. d) El conocimiento de otros datos de tráfico asociados o no asociados, pero de valor añadido a la comunicación» (art. 588 ter d).¹ y 2 LECrim). En este sentido, la solicitud deberá precisar si lo que pretende es la intervención de la comunicación oral o también la mensajería que pueda generarse (SMS, MMS.), sobre los datos electrónicos de tráfico o asociados (identidades internacionales del móvil o del abonado móvil, direcciones, geolocalización, datos de facturación...).

La medida de interceptación de comunicaciones cuando es solicitada policialmente, requiere del informe del Ministerio Fiscal (art. 588 bis c) LECrim) lo que implica acentuar las medidas de garantía al tratarse de un órgano dictaminador en materia

18 de junio, FJ 4; 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 3; 165/2005, de 20 de junio, FJ 5; 259/2005, de 24 de octubre, FJ 4; 253/2006, de 11 de septiembre, FJ 4). También ha destacado el Tribunal que “la idea de dato objetivo indiciario tiene que ver con la fuente de conocimiento del presunto delito, cuya existencia puede ser conocida a través de ella. De ahí que el hecho en que el presunto delito puede consistir no pueda servir como fuente de conocimiento de su existencia. La fuente del conocimiento y el hecho conocido no pueden ser la misma cosa” (STC 299/2000, de 11 de diciembre, FJ 5; citándola STC 138/2001, de 18 de junio, FJ 4). Asimismo, debe determinarse con precisión el número o números de teléfono que deben ser intervenidos, el tiempo de duración de la intervención, quién ha de llevarla a cabo y los períodos en los que deba darse cuenta al Juez de sus resultados a los efectos de que éste controle su ejecución (por todas SSTC 49/1996 , de 26 de marzo, FJ 3; 49/1999, de 5 de abril, FJ 7 y siguientes; 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 2; STC 184/2003, de 23 de octubre, FJ 9; 259/2005, de 24 de octubre, FJ 2; 136/2006, de 8 de mayo, FJ 4)». La cursiva es del autor.

de limitación de derechos fundamentales como se prevé en el art. 3.3 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (en adelante EOMF). Por tanto, y esto no es una cuestión menor, existe un órgano que ante la petición policial, no si lo solicita el propio acusador público, se encarga de analizar la regularidad de la petición al existir un subyacente interés público que motiva tal defensa (STC 65/1983, de 21 de julio, FJ 4º). Existiendo un doble control, por tanto, a nivel judicial, ante la solicitud, que se escenifica en la resolución que en su caso dicte, pero con previo dictamen de Fiscalía que resulta ya un primer filtro²⁴. Hay que significar que un sujeto/s está potencialmente afectado/s por la investigación que se desarrolla secretamente y cuyos derechos fundamentales se pueden ver vulnerados, justificadamente, con lo que se procede a un riguroso control *ex ante* por dos órganos que se guían bajo principios de imparcialidad y objetividad, con lo que se acentúa el manto protector.

En todo caso, no podemos olvidar que los investigadores policiales, al amparo de la LECrim, pueden acceder por propia iniciativa a una *dirección IP abierta* (art. 588 ter k), proceder a la *captación del IMSI e IMEI de un teléfono* (art. 588 ter l.1), a la *identificación de titulares o terminales o dispositivos de conectividad* (art. 588 ter m) u *ordenar la conservación de datos* (art. 588 octies) junto con la *observación directa policial de los denominados chats y foros en abierto*.

Hay un control judicial inicial, como antes señalamos, cuando, de ordinario, policialmente se le presenta una petición de interceptación. Sin embargo, ese control se mantiene sostenido en el tiempo. En primer lugar, por la *duración limitada de la medida* que se fija en un máximo absoluto de dieciocho meses (art. 588 ter g LECrim), por plazos prorrogables de tres meses —aunque es posible acordar por plazos más cortos— lo que im-

24. Como apuntaba la Circular 1/2013. FGE «En caso de incumplimiento o de un cumplimiento no satisfactorio de la exigencia legal de aportación de indicios es improcedente denegar sin más la diligencia solicitada por la Policía. Los Sres. Fiscales promoverán que por el Juez de Instrucción se oficie a la Policía a fin de que proceda a una ampliación de los datos».

pide duración de la intervención invasiva *sine die* en su dimensión temporal.

En segundo lugar, el *control se hace desde la autorización judicial* y «El cómputo, además, deberá hacerse en relación con cada investigado cuyo derecho fundamental se vea limitado, sin que sea procedente un cómputo total para todo el procedimiento o un cómputo para cada concreto medio de comunicación intervenido. Así, por ejemplo, el cambio de terminal de teléfono móvil que realice un investigado no debe motivar que se inicie de nuevo el cómputo del plazo, del mismo modo que, si se cesa temporalmente en la medida para después reanudarla, el cómputo no deberá iniciarse de nuevo, sino que continuará el anterior. Por el contrario, si se inicia una nueva investigación sobre el mismo sujeto por hechos diferentes a los que motivaron la intervención de sus comunicaciones, dando lugar a un nuevo procedimiento, deberá reiniciarse el cómputo del plazo de los dieciocho meses, al tener que renovarse también completamente la motivación y fundamentación de la resolución judicial que autorice la medida» (Vid. Circular 2/2019, 6 de marzo, FGE).

El tercer lugar, a la vista del desarrollo de la investigación, el Juez decidirá la continuación de las intervenciones con lo que es preciso justificar la razonabilidad del mantenimiento de las escuchas o interceptaciones, con lo que la Policía Judicial debe informar del desarrollo y resultados, una vez finalizada la medida incluso, poniendo a disposición de la autoridad judicial los soportes digitales con las transcripciones y grabaciones indicando origen y destino «mediante un sistema de sellado o firma electrónica avanzado o sistema de adveración suficientemente fiable, la autenticidad e integridad de la información volcada desde el ordenador central a los soportes digitales en que las comunicaciones hubieran sido grabadas» (art. 588 ter f, LECrim).

Es claramente perceptible, a la vista de estas líneas, el riguroso sistema que motiva la interceptación de comunicaciones que precisa de una investigación policial precisa y relativamente sólida, un control judicial exigente *ab initio*, y con posterioridad, y una supervisión rigurosa de la acusación pública teniendo presente que la interceptación de las comunicaciones telefónicas se convierte en una pieza fundamental para llevar a buen puerto las

causas penales de cierta complejidad y en atención a la capacidad organizativa y de medios de los grupos y sujetos criminales. El sentido de las grabaciones propiamente dichas —las transcripciones no lo son— es servir de prueba, introduciéndola en el plenario para enervar la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) y servir como elemento de cargo que puede fundar una condena, de modo que son aquellas las que tienen que estar a disposición del investigado en todo momento, y no la transcripción, que es auxiliar o accesoria de las grabaciones.

3

La seguridad nacional: intento de conceptualización

122

Definir el término «seguridad nacional» no es tarea sencilla. Lo que está claro es que actúa en un sentido distinto que el anterior de «seguridad pública» motivando actuaciones diferentes para su satisfacción. En este sentido, no han faltado textos internacionales, que han intentado definirlo, pero planteando que su uso no puede ser con propósito represivo²⁵ con lo que,

25. Por ejemplo, los *Principios de Siracusa sobre las disposiciones de limitación y derogación del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos* de la ONU de 24 de agosto de 1984 —elaborados para confrontar situaciones de excepción en cuanto documento interpretativo— que ha definido «Seguridad Nacional» bajo los siguientes propósitos «19. Solamente se puede invocar la seguridad nacional para justificar las medidas que limiten ciertos derechos cuando estas medidas se adopten para proteger la existencia de la nación, su integridad territorial o su independencia política contra la fuerza o la amenaza de la fuerza. 20. No se podrá invocar la seguridad nacional como motivo para imponer limitaciones o impedir amenazas puramente locales o relativamente aisladas contra el orden público. 21. No se podrá utilizar la seguridad nacional como pretexto para imponer limitaciones vagas o arbitrarias y solamente se podrá invocar cuando existan garantías adecuadas y recursos eficaces contra los abusos. 22. La violación sistemática de los derechos humanos socava la seguridad nacional y puede poner en peligro la paz y la seguridad internacionales. Un Estado que sea responsable de una violación de este tipo no podrá invocar la seguridad nacional para justificar las medidas encaminadas a suprimir la oposición a dicha violación o a imponer prácticas represivas contra su población». *El Informe de la Relatora Especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo sobre el obstáculo para los derechos*

sin adentrarse en profundidad en la cuestión, da la sensación de llamar la atención sobre una herramienta que puede ser usada como coartada para eludir controles y garantías. Doctrinalmente, tampoco han faltado intentos de delimitar, con cierta claridad, a qué nos estamos refiriendo aunque más bien inciden en la gestión de «nuevas amenazas» que influyen en el uso de los recursos públicos o como presupuesto de coordinación administrativa de naturaleza transversal (Cfr. Orgis, 2011; Fernández Alles, 2020; Revenga y Fernández, 2020, pp. 390-391), concluyendo que la seguridad nacional «es la situación en la que el normal desarrollo de la vida de la nación está protegido contra riesgos, peligros o amenazas exteriores e interiores y permite al país defender sus intereses nacionales, cumplir con sus compromisos internacionales y contribuir a la paz y estabilidad internacional» (Vid. Ballesteros, 2016, p. 63).

Entre nosotros, legislativamente con su promulgación, la Ley de Seguridad Nacional 36/2015, de 28 de septiembre (en adelante LSN), en su exposición de motivos (en adelante EM), señala que: «En este sentido, la Seguridad Nacional se entiende como la acción del Estado dirigida a proteger la libertad y el bienestar de sus ciudadanos, a garantizar la defensa de España y sus principios y valores constitucionales, así como a contribuir junto a nuestros socios y aliados a la seguridad internacional en cumplimiento de los compromisos asumidos; concepto que, hasta la fecha, no había sido objeto de una regulación normativa integral», concepto que reitera en su art. 3.

En suma, parece aunar el concepto diversos elementos que pivotan en torno a ideas como la «seguridad pública», la «defensa nacional» y la «política exterior y diplomática», que la STC 184/2016, de 13 de noviembre, ha encajado señalando que «Por otra parte, siendo clara la competencia estatal, tanto en materia de

humanos que suponen los estados de emergencia en el contexto de la lucha contra el terrorismo que fue presentado ante Consejo de Derechos Humanos de la ONU (37 período de sesiones), 26 de febrero a 23 de marzo de 2018, donde se establece la relación entre terrorismo y seguridad nacional haciendo una crítica a las situaciones de emergencia como herramienta que sirve para vulnerar derechos de la ciudadanía,

defensa como en materia de seguridad pública, no tendría sentido que, en un ámbito como la seguridad nacional, tan estrechamente vinculado a ambas, hasta el punto de identificarse sus fines y objetivos y los bienes jurídicos protegidos en la forma indicada, la competencia estatal pasara a ser puramente residual. En definitiva, la seguridad nacional no es una competencia nueva, sino que se integra en las competencias estatales de defensa y seguridad pública» (FJ 3º). Sin olvidar la necesaria protección que subyace del «interés nacional» y el respeto al «orden público» (STS 367/2021, de 17 de marzo, de la Sala III, FJ 2º, Ponente: Herrero Pina).

En segundo lugar, si el tradicional riesgo que confronta la seguridad pública es el delito y las formas graves de criminalidad²⁶, es cierto que esto también cabe dentro del concepto de seguridad nacional, pero no exclusivamente, por cuanto los riesgos pueden venir derivados de otras vertientes como la climática²⁷, sanitaria y económica pudiendo ambas, como ha evidenciado la pandemia de la COVID-19, estar estrechamente ligadas²⁸ sin olvi-

26. *Vid.* la Estrategia Nacional Contra el Crimen Organizado y la Delincuencia Grave (2019-2023) que sitúa al terrorismo y al crimen organizado como «dos de las mayores amenazas a la Seguridad Nacional cuya confluencia puede llevar a un escenario crítico a nivel mundial, así como reducir la interacción y retroalimentación mutua entre el crimen organizado y otras amenazas como son los conflictos armados, el espionaje y la proliferación de armas de destrucción masiva».

27. Algo que ya se evidencia en la Estrategia de Seguridad Nacional (2017) «El cambio climático es también una pieza clave de la seguridad con importantes repercusiones políticas, económicas y sociales en el corto y largo plazo. Factores relativos al cambio climático, junto con la degradación de los recursos hídricos, tienen un componente de seguridad innegable». Y que reitera la Estrategia de Seguridad Nacional (2021) cuando afirma que «En particular, los efectos del cambio climático pueden agudizar crisis económicas, políticas y geopolíticas derivadas de la escasez alimentaria e hídrica en muchas partes del mundo. Como consecuencia, podrían agravarse las situaciones de migraciones masivas, inestabilidad regional e incluso producirse nuevos conflictos armados. Asimismo, el calentamiento global tendrá repercusiones directas en España, pues provocará fenómenos meteorológicos adversos más extremos y frecuentes, sequías, olas de calor, inundaciones, escasez de agua y perjuicios para la biodiversidad».

28 Para la Estrategia de Seguridad Nacional (2021) «*La pandemia de la COVID-19 ha generado el mayor desplome del Producto Interior Bruto desde la Segunda Guerra Mundial*, lo que ha causado una nueva crisis económica con consecuencias aún inciertas en clave social. Aunque el impacto económico sea fundamentalmente

dar los conflictos y tensiones externas, la ciberseguridad²⁹ o ataques a infraestructuras críticas³⁰ o las actividades de espionaje. Por tanto, la «seguridad nacional» es un concepto transversal, dinámico y variable en función de las circunstancias, amenazas y exigencias que en cada momento se presenten, y del que la «seguridad pública» forma parte como integrante de un todo. Esto nos lleva a determinar que su configuración no puede tener una definición estática, por cuanto las variables que entran en juego son diversas, con lo que codificarlo en términos estrictos es, cuando menos, una tarea compleja con arreglo a los diferentes escenarios implicados y ello por cuanto «*The threats of yesterday were predominantly of the symmetric type: static, predictable, homogenous, hierarchical, rigid and resistant to change. The new threats are more of the asymmetric type: dynamic, less predictable, networked, fluid, self-organising and constantly adapting and evolving*» (Vid. Schreier, 2006, p. 6).

Es esencial destacar que la «seguridad nacional» supone un marco de protección de derechos, es decir, es un contrapeso ante una situación de amenaza o riesgo a aquellos, pero es preciso tener en cuenta que la propia «seguridad nacional» es un factor que justifica la limitación –invasión– de alguno de los derechos fundamentales (Cfr. Aba, 2020, p. 228). y ello implica, igualmente, establecer mecanismos de garantía destinados a evitar que una concepción laxa y extensiva sirva, precisamente, como argumento para una vulneración sistemática e incontrolada³¹.

transitorio y esté seguido de tasas de crecimiento relativamente elevadas, ha causado un aumento de la situación de inestabilidad y desigualdad económica». La cursiva es del autor.

29. A este desafío responde el reciente Real Decreto 311/2022, de 3 de mayo, por el que se regula el Esquema Nacional de Seguridad.

30. Definida por la Ley 8/2011, de 28 de abril, por la que se establecen medidas para la protección de las infraestructuras críticas en su art. 2 e como «las infraestructuras estratégicas cuyo funcionamiento es indispensable y no permite soluciones alternativas, por lo que su perturbación o destrucción tendría un grave impacto sobre los servicios esenciales».

31. Es decir, delimitación de amenazas que sirvan para justificar conductas invasivas. Tal y como puso de manifiesto la STEDH Big Brother Watch and Others v. the United Kingdom de 25 de mayo de 2021 en relación a la posibilidad de llevar a

Por otro lado, la defensa de la «seguridad nacional» *no es, de ordinario, una actividad policial* pese a que la criminalidad organizada grave y el terrorismo implican amenazas frente a ella. Y esto se fundamenta en que su efectividad no busca trascendencia procesal, es decir, no se trata de identificar necesariamente a un responsable/s de un hecho delictivo y ponerlo a disposición de las autoridades judiciales o del Ministerio Público, bajo un marco reglado, donde existen derechos de parte y una situación de contradicción, *sino que se trata de recopilar información para una adecuada toma de decisiones a nivel ejecutivo-político (inteligencia estratégica)*, para que esa «acción de gobierno» pueda elegir las mejores opciones, sean del tipo que sean. Y ello se consigue mediante la actividad de espionaje, que debe desarrollar el servicio de inteligencia, con una actividad encubierta que puede motivar intromisiones en el marco de determinados derechos fundamentales, entre ellos, el referido al control de las comunicaciones telefónicas y donde las categorías procesales, pese a la posible existencia de actividades invasivas, se presentan vacías en lo que respecta a los afectados pues no hay propiamente «investigados», ni «encausados», ni «acusados», ni derechos que les sean correlativos, generándose un caudal de «inteligencia estratégica» que, al contrario que la «inteligencia criminal», ni tiene una cronología precisa para su uso (puede almacenarse para un análisis o empleo ulterior) ni un fin preciso, desde un principio, en el que invertir su empleo (no busca deducir responsabilidades y procurar, en su caso, condenas).

Sin embargo, aunque sobre la anterior cuestión me detendré más profundamente en el siguiente epígrafe, lo que queda claro es que hacer frente a los desafíos que la «seguridad nacional» plantea supone una actividad previa de recolección de datos e informaciones que pueden implicar que por los servicios de in-

cabo, bajo el presupuesto de la seguridad nacional, interceptaciones «18. First, in contrast to targeted interception in crime prevention, bulk interception is largely used for purposes of national security. *It is difficult to see why one should not expect the domestic legislation to clearly define the possible national security threats and the circumstances in which those threats may trigger bulk interception*». La cursiva es el autor.

teligencia —no policiales— se puedan exigir vulneraciones de derechos fundamentales, lo que nos lleva a la cuestión de cómo se garantizan en este marco porque no estamos ante una situación procesal³².

3.1 Comunidad de inteligencia, CNI y persecución delictiva

Nuestro país dispone de un modelo policial plural en el que conviven cuerpos de diferente naturaleza (estatal y autonómica): Policía Nacional, Guardia Civil, Servicio de Vigilancia Aduanera, y Policías Autonómicas con modelos integrales (STC 184/2016, de 3 noviembre, FJ 4^o) que proceden a la recopilación de inteligencia criminal con sus servicios de información³³ y como órgano cen-

32. Como resulta del STEDH Weber y Saravia contra Alemania, de 29 de junio, señala que «106. The Court reiterates that, when balancing the interest of the respondent State in protecting its national security through secret surveillance measures against the seriousness of the interference with an applicant's right to respect for his or her private life, *it has consistently recognized that the national authorities enjoy a fairly wide margin of appreciation in choosing the means for achieving the legitimate aim of protecting national security* (see, inter alia, Klass and Others, cited above, § 49; Leander, cited above, § 59; and Malone, cited above, § 81). Nevertheless, in view of the risk that a system of secret surveillance for the protection of *national security may undermine or even destroy democracy under the cloak of defending it, the Court must be satisfied that there exist adequate and effective guarantees against abuse* (see Klass and Others, cited above, §§ 49-50; Leander, cited above, § 60; Camenzind v. Switzerland, 16 December 1997, § 45, Reports 1997-VIII; and Lambert, cited above, § 31). This assessment depends on all the circumstances of the case, such as the nature, scope and duration of the possible measures, the grounds required for ordering them, the authorities competent to authorize, carry out and supervise them, and the kind of remedy provided by the national law (see Klass and Others, cited above, § 50)». La cursiva es del autor.

33. Así, en el ejercicio de la función de «Policía Judicial» (art. 282 LECrim), y con una dependencia orgánica del Gobierno y funcional de Jueces y Fiscales (art. 126 CE), enmarcada en la ya señalada «Seguridad Pública», se nutre del trabajo operativo y recopilación de información por la Comisaría General de Información de la Policía Nacional (art. 3 a) RD 734/2020, de 4 de agosto) y Jefatura de Información de la Guardia Civil (art. 4.5 b) RD 734/2020, de 4 de agosto y RD 146/2021, 9 de marzo, art. 2) , del Servicio de Vigilancia Aduanera (RD 319/1982, de 12 de febrero y el Acuerdo no jurisdiccional de la Sala II del Tribunal Supremo, de 14 de noviembre de

tral, que actúa de puente, el Centro de Inteligencia para el Terrorismo y Crimen Organizado (en adelante CITCO), que se encuentra incardinado en el Ministerio del Interior, y que se encarga de «Recibir, integrar y analizar informaciones y análisis operativos que sean relevantes o necesarios para elaborar la correspondiente *inteligencia criminal estratégica* y de prospectiva, tanto en su proyección nacional como internacional, integrando y canalizando, de manera coordinada, a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y, en su caso, a otros organismos que se determine, toda la información operativa que reciba o capte.» (art. 2.3 del RD 734/2020, de 4 de agosto, de estructura del Ministerio de Interior, en relación con el art. 2.3 del RD 146/2021, de 9 de marzo)³⁴.

Frente a la anterior «comunidad policial de inteligencia», nos encontramos con el Centro Nacional de Inteligencia (en adelante CNI) que se encarga de recopilar inteligencia en el ámbito de la «seguridad nacional». Es el órgano sucesor del Centro Superior de Información de la Defensa (en adelante CESID)³⁵ con un marco

2003). En relación a las Policías Autonómicas, tenemos a Cataluña (art. 109 Decreto 57/2023 de 21 de marzo que establece la Comisaría General de Información), Navarra (Orden Foral 174/2016 de 11 de octubre, art. 1 y ss, que hace depender del Área de Investigación una unidad de información) y el País Vasco (Orden de 18 de noviembre de 2021 con la Oficina Central de Inteligencia).

34. La cursiva es del autor.

35. El surgimiento del CNI resulta de su Ley reguladora 11/2002, de 6 de mayo, que en su EM manifiesta una necesidad clara «La sociedad española demanda unos servicios de inteligencia eficaces, especializados y modernos, capaces de afrontar los nuevos retos del actual escenario nacional e internacional, regidos por los principios de control y pleno sometimiento al ordenamiento jurídico». En un resumen que se realiza por el Consejo de Estado en su dictamen de 3033/2011, de 25 de octubre, resulta el siguiente iter legislativo en la configuración de los que hoy consideramos nuestros servicios secretos «*El Centro Superior de Información de la Defensa (CESID) fue creado por Real Decreto 1558/1977, de 4 de julio. En virtud de dicho Real Decreto se dio nueva estructura a determinados órganos de la Administración Central del Estado, creándose el Ministerio de Defensa y el propio Centro Superior de Información de la Defensa bajo la dependencia directa del titular del Departamento (artículo 2.5). Por Real Decreto de 2 de noviembre, 2723/1977, se estableció que el CESID, órgano que sustituyó a los anteriores servicios de información, —Servicio Central de Información dependiente de la Presidencia del Gobierno (CESED) y Servicio de Información del Alto Estado Mayor (SIAM)—, sería el órgano encargado de obtener, evaluar, interpretar y facilitar al Ministro de Defensa «cuanta información sea*

legal muy limitado, en concreto la Ley 11/2002, de 6 de mayo, que es la organizativa y la Ley 2/2002, de 6 de mayo, sobre su control judicial, junto con RD 240/13, de 5 de abril, sobre el Estatuto de sus miembros. Es un órgano singular de la Administración General del Estado³⁶, cuya incardinación ha variado si bien en la actualidad se encuentra adscrito al Ministerio de Defensa (RD 372/2020, 18 de febrero, art. 1) pero que no se encarga propiamente de la inteligencia militar (competencia del CIFAS ex. art. 12

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

36. Como ha establecido la SAN 2632/2009, 27 de mayo, Sala de lo Contencioso (Ponente: Sr. Gil Ibáñez) «Esta Sección, con motivo de pronunciamientos relativos a miembros del Centro Superior de Información de la Defensa, ha reconocido a dicho Centro un carácter y una naturaleza singular, que también se proyecta sobre el personal que en él presta sus servicios y las normas estatutarias que le regulan (Sentencias de 22 de julio —recursos 1.775/1996 y 1.897/1996— y de 31 de julio —recurso 1.888/1996— de 1999 o de 21 de febrero de 2002 —recurso 102/2001—), idea que es perfectamente trasladable al actual Centro Nacional de Inteligencia, cuyo personal se sigue rigiendo, en tanto no se produzca el desarrollo reglamentario de la Ley 11/2002 y se apruebe un estatuto propio, por el Estatuto del Personal del Centro Superior de la Defensa, aprobado por el Real Decreto 1.324/1995, de 28 de julio (disposición transitoria única de la Ley 11/2002), que conjuga aspectos de la función pública militar y civil, matizándolos por la singularidad de dicho organismo» (FJ 1º). La cursiva es del autor.

RD 521/2020, de 19 de mayo, regulador de la organización básica de las Fuerzas Armadas), siendo responsable ante el Presidente del Gobierno de facilitarle información en campos muy variados, todos ellos correlacionados con la seguridad nacional, para la adopción de las mejores decisiones y en campos muy diversos³⁷. De lo que no se encarga el CNI es de perseguir hechos delictivos, algo que ha dejado claro la STS 1140/2010, de 29 de diciembre, de la Sala II (Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre): «*Pues bien es algo conocido que todos los Gobiernos disponen de Servicios de inteligencia que pretenden obtener información relevante con objeto de garantizar su seguridad interior y exterior. En nuestro país se ha regulado tal control mediante LO. 11/2002 de 6 mayo, reguladora del control judicial del Centro Nacional de Inteligencia, en aquellas actividades que afecten a los derechos fundamentales reconocidos en los arts. 18.2 y 3 CE. Respecto a este control judicial de los Servicios de Inteligencia, hay que distinguir, ante todo, entre la investigación de un delito y la investigación de inteligencia. La primera —como ya se ha explicitado— se realiza con objeto de conseguir pruebas que acrediten la comisión de un delito. La investigación de inteligencia pretende facilitar al Presidente del Gobierno*

37. Conforme el art. 4 de la Ley 11/2002 es competencia del CNI «a) Obtener, evaluar e interpretar información y difundir la inteligencia necesaria para proteger y promover los intereses políticos, económicos, industriales, comerciales y estratégicos de España, pudiendo actuar dentro o fuera del territorio nacional. 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».

y al Gobierno de la Nación, las informaciones, análisis, estudios o propuestas, que permitan prevenir y evitar cualquier peligro, amenaza o agresión contra la independencia o integridad territorial de España, los intereses nacionales y la estabilidad del Estado de Derecho y sus instituciones (art. 1 Ley 11/2002). Para ello el Gobierno determina y aprueba anualmente los objetivos del Centro Nacional de Inteligencia, mediante una Directiva que tendrá carácter secreto (art. 3 de la Ley). Por tanto, la función legal de este Servicio no es la investigación de delitos concretos, sin perjuicio de que si en el curso de sus labores averiguan o tienen indicios de acciones delictivas lo pongan en conocimiento de los órganos policiales y judiciales competentes, pero —se insiste— su actividad no va encaminada directamente al descubrimiento de delitos, ni tiene como condicionante la previa comisión de alguno» (FJ 9º)³⁸.

La inteligencia, por tanto, que se recopila por el CNI no va destinada a la indagación penal sin perjuicio que el ámbito de sus actividades comprende la delincuencia grave y el terrorismo, en cuanto factores de desestabilización, que afectan a la seguridad nacional, existiendo ciertos puntos de coincidencia con las fuerzas policiales (STS 5277/2011, de 22 de julio, Sala III (Ponente: Sr. Herrero Pina), FJ 3º). La cuestión es qué ocurre con la obtención de las informaciones, muchas de las cuales se llevan a cabo a través de la interceptación de comunicaciones telefónicas y se confronta con el art. 18.3 CE, cuestión que en el caso de los servicios de inteligencia como el CNI no se encontraba regulado y que podía motivar dificultades en el trabajo de los agentes ante la situación ayuna de legislación, antes de la reforma de 2002, en la que se encontraban a la hora de interceptar teléfonos u otros medios de transmisión.

La necesidad de limitar los derechos fundamentales en el ejercicio de actividades de espionaje se planteaba como un imponderable, sin embargo, había que correlacionarla con una actividad encubierta en la que la persona/s afectadas no podían, ni tenían conocimiento ulterior, por cuanto el secretismo era (y es), la clave de toda su actuación. Y ello, en claro contraste con la obten-

38. La cursiva es del autor.

ción por la comunidad de inteligencia policial de información, que se canaliza en el marco del proceso penal, bajo un control judicial inicial y ulteriormente. Y dicha información puede transformarse en prueba en el marco del juicio oral y servir para obtener un pronunciamiento condenatorio, de ahí el rigorismo en el examen de la solicitud de una concesión de naturaleza invasiva. De modo que había que arbitrar un sistema que permitiese trabajar autorizadamente a los agentes de inteligencia existiendo una relativa supervisión judicial de su actividad, pero que no implicase un corsé que les hiciese perder operatividad, sin que se produzca el desarrollo de sus funciones en el marco del proceso penal, lo que añade indiscutible peculiaridad a su sistema³⁹.

3.2 El control judicial de operaciones de inteligencia del CNI

Como antes se puso de manifiesto la necesidad de un control sobre la actividad de los servicios secretos implicaba establecer un tipo de garantía judicial⁴⁰ —sin perjuicio del control parla-

39. Como apuntaba el CONSEJO DE ESTADO en su dictamen 3075/2001, de 15 de noviembre, a propósito de la Anteproyecto de Ley Orgánica reguladora del control judicial del Centro Nacional de Inteligencia «El anteproyecto de Ley sometido a consulta tiene por objeto establecer un régimen jurídico que permita conciliar la efectividad de derechos fundamentales como son la inviolabilidad del domicilio y el secreto de las comunicaciones, garantizadas, respectivamente, por lo dispuesto en los números 2 y 3 del artículo 18 de la Constitución, con las exigencias propias de la seguridad nacional y la defensa del Estado, que también son cometidos propios que se imponen en una sociedad democrática al Estado de Derecho. Finalidad evidentemente loable, *sin que quepa desconocer las dificultades que entraña la intervención de un órgano de procedencia judicial, pero al margen de un procedimiento jurisdiccional en trámite o por tramitar. Ello obliga, sin mengua de las peculiaridades de las actividades del Centro Nacional de Inteligencia, a extremar el respeto a la tutela judicial efectiva*». La cursiva es del autor.

40. Como indicó la Circular 1/2013 de la FGE «De acuerdo con una consolidada doctrina jurisprudencial, la única solución posible prevista en el art. 18.3 CE es la plena jurisdiccionalidad de la medida, conclusión que ha tenido derivaciones tanto a través de la promulgación de la Ley Orgánica 2/2002, de 6 de mayo, relativa al Control Judicial Previo del Centro Nacional de Inteligencia, complementaria de la Ley 11/2002, de 7 de mayo, con objeto de posibilitar y asegurar la jurisdiccionalidad

mentario o gubernativo— en sus actividades, dictándose para ello la Ley 2/2002, de 6 de mayo, que en un único artículo, impactando con su derecho transitorio en la Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985, de 1 de julio, (LOPJ, en su arts. 125, 127, 135 e introduce el art. 342 bis en el mismo texto), decide concentrar en un Juez del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal o de lo Contencioso-Administrativo) las funciones de concesión y control en cuanto a las actividades del CNI que impliquen colisión con la *inviolabilidad domiciliaria* (art. 18.2 CE) y la *intercepción de comunicaciones* (art. 18.3 CE). Es, en definitiva, quien habilita para la adopción de medidas limitativas de derechos fundamentales por parte de los servicios secretos y que le son solicitadas por parte del Secretario de Estado-Director del CNI (en adelante SED) en una relación única entre ambos que no tiene paragón en el seno de nuestra administración, configurando un procedimiento que no puede, por menos, que calificarse de especial⁴¹.

Hay que señalar que el Juez que se encarga de controlar la solicitud del CNI *tiene un mandato temporal de cinco años* (art. 342 bis LOPJ) *que coincide con el mandato del SED* como prevé el art. 9.1 de la Ley 11/2002, de 6 de mayo, que regula organizativamente nuestro servicio de inteligencia. El requisito que tiene que cumplir es ser Magistrado del TS con al menos tres años de servicios en la categoría (art. 342 bis LOPJ), siendo propuesto para su nombramiento por el Pleno del Consejo General del Po-

de la intervención de las comunicaciones realizadas a instancias del CNI, y en la Ley 25/2007, de Conservación de Datos Relativos a las Comunicaciones Electrónicas, que ha reservado al Juez ordinario la competencia para la concesión de autorizaciones para el acceso a este tipo de datos».

41. Ha señalado la STS 1094/2010, 10 de diciembre, de la Sala II (Ponente: Sr. Marchena Gómez) en FJ 2.A: «Es cierto que su naturaleza es objeto de controversia, probablemente alentada por el hecho de que se haya optado por un modelo de control judicial residenciado, no en un órgano jurisdiccional, sino en un Magistrado al que se atribuye una función previa de fiscalización a partir de un expediente (art. 117.4 de la CE) que *participa de algunas de las características del acto de jurisdicción voluntaria descrito en el art. 1811 de la LEC*. La exclusión de cualquier posibilidad impugnativa de la resolución habilitante y, sobre todo, la ausencia de un seguimiento ulterior de lo actuado a partir de la autorización, añaden mayores dosis de especialidad al régimen jurídico dibujado por el legislador español». La cursiva es del autor.

der Judicial (art. 127. 4 LOPJ). Es preciso señalar que nuestro modelo es bastante original en cuanto al control de operaciones de inteligencia al concentrar la responsabilidad en un juez único al que se «extrae» de su sala para el cumplimiento de esta función⁴², constituyendo una centralización de toda solicitud procedente de nuestro servicio secreto con independencia del lugar geográfico en el que surta efecto o se ejecute.

Llama la poderosamente la atención que, pese a no encontrarnos ante un proceso penal, se establezca la presencia de un Magistrado de la Sala II, sin que pueda calificarse a la autoridad judicial interviniente como una suerte de Juez Instructor, algo que la propia jurisprudencia ha señalado⁴³. La solicitud que se le

42. No han faltado pretensiones de cambio, que no han podido prosperar, por parte del Congreso evidenciada en la Proposición de Ley de modificación de la Ley 11/2002, de 6 de mayo, reguladora del Centro Nacional de Inteligencia; y de la Ley Orgánica 2/2002, de 6 de mayo, reguladora del control judicial previo del Centro Nacional de Inteligencia llevada a cabo por el Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV), publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 25 de noviembre de 2022 y así en su EM señala que «En segundo lugar, esta ley contempla una serie de modificaciones en relación con el control judicial regulado en la Ley Orgánica 2/2002, de 6 de mayo, reguladora del control judicial previo del Centro Nacional de Inteligencia con el objetivo de ampliar dicho control y de actuar sobre las garantías del Estado de derecho. Así, y en lo referente al control judicial de las actividades del Centro Nacional de Inteligencia, *será un órgano colegiado compuesto por tres Magistrados del Tribunal Supremo* quien, por unanimidad, acordará, mediante resolución motivada, la concesión o no de la autorización solicitada». La cursiva es del autor.

43. Como ha señalado la STS 1094/2010, 10 de diciembre, de la Sala II (Ponente: Marchena Gómez) en FJ 2.a «Cuando el cumplimiento de esas finalidades exige la restricción de los derechos a la inviolabilidad del domicilio y de las comunicaciones, se impone una singular fórmula de control judicial. La singularidad deriva, *claro es, del hecho de que el Magistrado autorizante ha de verificar una ponderación de bienes jurídicos que no se identifican con los que son valorados en el seno de un proceso penal. La posición institucional del Magistrado llamado al control previo no está exenta de dificultades.* De una parte, por cuanto que los parámetros a partir de los cuales ha de resolver la petición cursada por el Director del CNI, instando el sacrificio de derechos fundamentales, no son los ponderados con carácter general cuando se trata de la investigación de un hecho delictivo (...) *Resulta indudable, pues, que la función del Magistrado llamado al control previo de las actividades del CNI no es la de un anticipado coadyuvante del Juez de instrucción.* El expediente incoado con ocasión del ejercicio de las funciones propias

formule al Magistrado del TS por el SED debe estar debidamente motivada y así debe contener necesariamente 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 intercepción de las comunicaciones postales, telegráficas, telefónicas o de cualquier otra índole, ambos plazos prorrogables por sucesivos períodos iguales en caso de necesidad».*

En el supuesto del proceso penal se observa, cuando se hace una petición policial, claramente la necesidad de incluir un relato de hechos calificados jurídicamente, identificar a los sujetos presuntamente responsables del ilícito penal, especificar medidas restrictivas a imponer, su duración y la unidad responsable, así como el modo de ejecución, persona obligada a ejecutarla, y ello motivando sus razones con el propósito de permitir que el autorizante pueda también ponderar y valorar la proporcionalidad, necesidad, idoneidad, entre otros principios, como hemos visto (*cfr.* arts.588 bis a, b o ter d, en relación con el art. 579. 1 LECrim). Sin embargo, siendo fácilmente observable, las exigencias a las que se somete el CNI, si bien tienen puntos en común con la solicitud en el proceso penal, no son exactamente las mismas lo que obliga, en todo caso, a hacer una serie de precisiones.

En primer lugar, en cuanto a las medidas a solicitar, sólo pueden ser aquellas que afectan a la inviolabilidad domiciliaria y de las comunicaciones, de modo que podría pedirse por el CNI al Magistrado del TS *la vigilancia de las comunicaciones postales,*

de los servicios de inteligencia y las diligencias penales encaminadas a la investigación de un hecho punible, no están necesariamente llamados a converger en un hipotético proceso penal. Responden a principios distintos, su contenido es también diferente y, por tanto, el sacrificio de los derechos fundamentales que se producen en uno y otro ámbito, se justifica por razones no coincidentes». La cursiva es del autor.

telegráficas, telefónicas y las digitales (y también la grabación de comunicaciones orales). Si se solicita una entrada que afecte a la inviolabilidad domiciliaria no es para entrar y registrar, como en el supuesto policial⁴⁴, sino que tiene un carácter accesorio, pues dicha medida está destinada a instalar elementos de escucha, o a verificar lo que se encuentra en el domicilio, sin que pueda sustraerse o requisarse ningún elemento que en él se sitúe.

En segundo lugar, los hechos y razones deben incardinarse dentro de las funciones que el CNI tiene encomendadas en su protección de la «seguridad nacional» y que resulta del art. 4 de la Ley 11/2002, de 6 de mayo, en cuanto los cometidos a desarrollar y en especial su letra b para «*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*». Tal precepto obliga al Magistrado del TS a integrar conceptos como «estabilidad institucional», «bienestar de la población» o «seguridad del Estado» bajo el prisma de la existencia de una amenaza o riesgo que puede tener una fisonomía variable, en permanente evolución, sin estar bajo el estricto marco de un texto codificado, algo que dependerá, sin perjuicio de su indiscutible y seguro rigor, de la interpretación individual del autorizante. Por otro lado, el Ministerio Fiscal no emite informe alguno en este procedimiento.

En tercer lugar, la medida, en principio, debería recaer sobre aquellos sujetos relacionados directamente con la amenaza a la seguridad nacional, aunque no está debidamente precisado en la norma con lo que puede recaer sobre un círculo amplio de suje-

44. No hay que olvidar que cuando nos referimos a agentes del CNI estamos en presencia de *personal estatutario* como prevé los arts. 13 y 14 del RD 240/2013. De hecho, tienen limitado el porte de armas como prevé el anterior RD (disposición adicional sexta). Asimismo, en virtud del art. 5.4 de la Ley 11/2002, de 6 de mayo, no tienen la consideración de *agentes de la autoridad*.

tos siempre que se puedan vincular al relato de hechos efectuado. Finalmente, la duración de la medida determina su carácter temporal (veinticuatro horas en el supuesto de un domicilio o tres meses en la interceptación de las comunicaciones) pero, a la vez, su naturaleza es indefinida en materia de prórroga al no establecer un límite máximo de duración («ambos plazos prorrogables por *sucesivos períodos* iguales en caso de necesidad»). La medida, lógicamente, no es notificada ni en ese momento ni en otro posterior, a los afectados, recordando que las actuaciones son secretas y que los resultados quedan a disposición del SED.

Recibida la solicitud del SED, el Magistrado del TS dispone de un plazo perentorio para dictar una resolución, seguramente un auto, aunque la norma no lo especifica, de 72 horas (o 24 horas en función de la urgencia de la medida), salvaguardando sus actuaciones, que serán secretas. La resolución inicial y las ulteriores ni son recurribles, ni por tanto revisables, y ello porque los únicos actores de dicho procedimiento son el Magistrado y el Director del CNI. Es preciso indicar que si en el supuesto del proceso penal, la prórroga se liga a la obtención de resultados que obliguen al mantenimiento de la medida, y su necesidad, lógicamente hiladas con la existencia de un hecho delictivo grave y de su autoría que están destinados a acabar en un juicio que dilucide la responsabilidad penal de los acusados, lo cierto es que el mantenimiento de las medidas para el CNI, al no tener un fin concreto, se ligan necesariamente o bien a conocer con exactitud el riesgo o amenaza, o bien a conjurarla⁴⁵. Y no es descartable que sus investigaciones, fruto por otro lado de las medidas limitativas de derechos, siquiera de modo indirecto puedan acabar siendo objeto de discusión en un plenario pese a que no son actos de prueba (*vid.* SSTS 1140/2010, de 29 de diciembre, de la

45. En la reforma que de la Ley pretendía el Grupo EAJ-PNV (Boletín Oficial de las Cortes Generales de 25 de noviembre de 2022) se proponía la siguiente adición en el artículo único de la Ley 2/2002, de 6 de mayo «5. Los Magistrados deberán ser informados por el Secretario o Secretaria de Estado Directora del Centro Nacional de Inteligencia *del grado de ejecución de cada autorización o prórroga en el momento en que finalicen estas, a fin de que puedan asegurarse de la adecuación a su contenido*». La cursiva es del autor.

Sala II (Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre); 1094/2010, de 10 de diciembre, de la Sala II (Ponente: Sr. Marchena Gómez)), sin olvidar, a mayor abundamiento, que las investigaciones desarrolladas por el CNI pueden tener impacto procesal de relevancia en otras jurisdicciones como la Contenciosa-Administrativa, singularmente en materia de nacionalidad con la importancia del informe «de idoneidad» del CNI sobre la persona solicitante y si es un riesgo para la «seguridad nacional», informe que resulta particularmente importante junto con el que emite el Ministerio de Interior (*vid.* SSTS 233/2022, 23 de febrero, de la Sala III, Ponente: Sr. Menéndez Pérez, FJ 4º; 395/2022, 29 de marzo, de la Sala III, Ponente: Sr. Roman García FJ 6º; 367/2021, de 17 de marzo, de la Sala III, Ponente: Sr. Herrero Pina FJ 2º; 4376/2015, de 26 de octubre, de la Sala III, Ponente: Sr. Del Riego Valledor, FJ 4º; STS 2105/2014, de 26 de mayo, de la Sala III, Ponente: Sr. Del Riego Valledor, FJ 5º).

4 Conclusiones

La recopilación de información e inteligencia se ha convertido en una necesidad indeclinable ante el conjunto de amenazas que se ciernen sobre nuestra sociedad. Ese trabajo se desarrolla en dos planos diferentes y bajo condiciones igualmente distintas. La seguridad pública que converge en el proceso penal buscando depurar responsabilidades penales y el castigo de los culpables, y donde la conculcación de los derechos fundamentales se realiza bajo criterios que estrictamente marca la norma jurídico-procesal y conforme el paraguas garantista de un Juez que supervisa el desarrollo de las investigaciones. Éstas, inicialmente, se desarrollan en un espacio de naturaleza «clandestina» pues su conocimiento se limita a los investigadores policiales, a la autoridad judicial y a la acusación pública y con el propósito de recopilar indicios destinados a determinar la pertinencia de continuar con la investigación y en su caso transformar el procedimiento para, o bien clausurar la indagación, o bien decidir la apertura del juicio oral, donde se determinen el alcance de las responsabilidades y sus consecuencias, de modo que lo que inicialmente, y lógicamente dicho sea de paso, es desconocido

acaba necesariamente aflorando al primar la contradicción y defensa en un escenario procesal donde las pruebas, y singularmente los elementos acopiados en la investigación policial, son objeto de examen.

Pues bien, hay derechos fundamentales que necesariamente se confrontan con las finalidades de toda instrucción judicial y entre ellas la inviolabilidad de las comunicaciones que nuestra Constitución ha consagrado en su art. 18.3, convirtiéndose en un muro infranqueable que precisa de una autorización judicial para sortearla por cuanto su indisponibilidad no tiene un carácter absoluto. Aun así, los requisitos para llevar a cabo una inmisión legal en el campo de la interceptación de las comunicaciones telefónicas son técnicamente rigurosos en su planteamiento policial y examen judicial y ello por cuanto implican una restricción relevante que permite tener una cartografía exacta de la situación que es objeto de indagación. Que sea necesaria, útil, proporcionada e idónea juntamente con la existencia de un hecho delictivo calificado como grave bajo estándares legales, resultan presupuestos indeclinables para su adopción. Asimismo, la supervisión judicial se produce en un momento inicial, con la solicitud, y luego posteriormente, en cada prórroga, valorando la necesidad de su mantenimiento. De ahí depende el debate y valor procesal ulterior y la lectura que los afectados hagan bajo el prisma de las garantías en defensa de sus intereses.

La cuestión de la seguridad nacional es más espinosa, se mueve en ámbitos concéntricos con la seguridad pública, pero el abanico está más abierto, es asimétrico y responde a amenazas criminales pero también a riesgos de variado tipo (económico, energético, ambiental, cibernético...). También aquí, concretamente en el desarrollo de actividades de espionaje, es precisa una conculcación de derechos fundamentales y de ellos lo que afecta a las comunicaciones es de enorme trascendencia. Para ello, nuestro ordenamiento también ha establecido un control judicial con mimbres diferentes respecto de la investigación del hecho delictivo, en un marco regulatorio limitado, que frente al carácter difuso que implica la autorización en lo que a la investigación penal se refiere (cada Juez Instructor competente puede acordar medidas restrictivas y en su partido judicial que

delimita territorialmente su ámbito de actuación), cuando se refiere a los servicios secretos opta por la centralización atribuyendo la competencia a un Magistrado del TS con competencia, al menos, en todo el territorio nacional, y que puede limitar, a petición del responsable del CNI, la inviolabilidad domiciliaria y de las comunicaciones telefónicas bajo presupuestos no procesales penales, sino examinando lo solicitado bajo el prisma de la propia «seguridad nacional», que implica un concepto abstracto y dinámico, que no está destinado a ser discutido en una vista ni tampoco a hacerse público en sus resultados, cuando menos apriorísticamente. Frente al trinomio penal Policía- Juez- Fiscal, aquí hay un binomio de actuación, Magistrado del TS-Director del CNI, situación que busca, por la propia naturaleza del sistema, un blindaje informativo máximo y una relación temporal en virtud del plazo común de ambos mandatos.

En relación a la incógnita que implica la convergencia de actuaciones que pudiera existir en materia penal, ha sido reflejada por nuestro TS, señalando que ni los servicios secretos están para desarrollar una persecución delictiva, ni sus investigaciones tienen categoría probatoria, aunque no podemos perder de vista que su actividad, magnífica y rigurosa al igual que la de nuestra Policía, tiene relevancia o al menos puede llegar a tenerla y ser objeto de debate en un escenario jurisdiccional, algo que debería ser objeto de reflexión para que, absolutamente todos, empezando por los agentes que son esenciales, puedan desarrollar sus diferentes funciones en un marco operativo, teniendo presente lo singular de sus funciones, adecuado legalmente y que ampare sus actuaciones a la vez que respete, nuevamente teniendo presente lo singular del escenario, las garantías procesales y constitucionales.

Glosario de términos

ADN: Ácido desoxirribonucleico.

ATC: Auto del Tribunal Constitucional.

ATS: Auto del Tribunal Supremo.

CESED: Servicio Central de Información dependiente de la Presidencia del Gobierno

CESID: Centro Superior de Información de la Defensa.

CFR.: Confróntese.

CIFAS: Centro de Inteligencia de las Fuerzas Armadas.

CNI: Centro Nacional de Inteligencia.

DEA: Agencia Antidroga Norteamericana.

EM: Exposición de motivos.

EOMF: Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

ESN: Estrategia de Seguridad Nacional.

FCSE: Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

FGE: Fiscal General del Estado.

FJ: Fundamento Jurídico.

IMEI: Identidad Internacional de Equipo Móvil.

IMSI: Identidad Internacional del Abonado Móvil.

LECrim: Ley de Enjuiciamiento Criminal.

LOPSC: Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana.

LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial.

LSN: Ley de Seguridad Nacional.

MMS: Servicio de mensajería multimedia.

SED: Secretario de Estado – Director del CNI

SIAM: Servicio de Información del Alto Estado Mayor.

SMS: Servicio de mensajes cortos.

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional.

STEDH: Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

STS: Sentencia del Tribunal Supremo.

TC: Tribunal Constitucional.

Vid.: Véase.

Referencias

Aba Catoira, A. (2020). Rendición de cuentas y servicios de inteligencia. En J. J. Fernández Rodríguez (coord.), *Seguridad y libertad en el sistema democrático* (pp. 209-237). Valencia: Tirant lo Blanch.

Ballesteros Martín, M. A. (2016.). *En busca de una Estrategia de Seguridad Nacional*. Madrid: Ministerio de Defensa.

Centre for the Democratic control of armed forces - Intelligence Working Group. (2003). *Intelligence practice and democratic oversight-A practitioner's view*. Geneva: Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces.

Conde-Pumpido Ferreiro, C. (1992). El modelo constitucional de la policía judicial y su desarrollo normativo. *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología (Eguzkilore)*, 6, 13-20.

Departamento de Seguridad Nacional. (2021). *Estrategia de Seguridad Nacional*. Disponible en <https://www.dsn.gob.es/es/estrategias-publicaciones/publicaciones>.

- Fernández Alles, J. J. (2020). El artículo 116 CE, la Ley de Seguridad Nacional y la Ley de Estabilidad Presupuestaria como medidas alternativas al artículo 155 CE. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 120, 377-399. <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.120.13>
- Fernández Rodríguez, I. (2007). La Policía Judicial como función de investigación y su ejercicio por funcionarios no pertenecientes a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. El caso de los Agentes Forestales. *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 2039, 2429-2454.
- Feijoo Sánchez, B. (2006). *El Derecho penal del enemigo y el Estado democrático de derecho*. En M. Cancio Meliá y Gómez-Jara Díez (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión* (Vol. I, pp. 799-844). Madrid: Edisofer.
- Fiscalía General del Estado. (1993). *Memoria elevada al Gobierno de S.M. presentada al inicio del año judicial por el Fiscal General Estado Excmo. Sr. don Eligio Hernández Gutiérrez*. Madrid.
- Orgis, M. (2011). Operaciones impulsadas y guiadas por inteligencia, la mejor opción para combatir las amenazas preeminentes. En J. Fernández Rodríguez, D. Sansó-Rubert Pascual, J. Pulido Grajera y R. Monsalve (coords.), *Cuestiones de inteligencia en la sociedad contemporánea* (pp. 143-166). Madrid: Ministerio de Defensa.
- Pinto Cebrián, F. (2019). *Manual de inteligencia y contrainteligencia (terrorismo y contraterrorismo)*. Burgos: Amabar.
- Revenga Sánchez, M. y Fernández Alles, J. J. (2020). El artículo 116 CE, la Ley de Seguridad Nacional y la Ley de Estabilidad Presupuestaria como medidas alternativas al artículo 155 CE. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 120, 390-391. <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.120.13>
- Sansó-Rubert Pascual, D. (2011). Estrategias de seguridad, criminalidad e inteligencia criminal: Una apuesta de futuro. En J. Fernández Rodríguez, J. Pulido Grajera y R. Monsalve (coords.), *Seguridad*

y libertad en el sistema democrático (pp. 205-218). Madrid: Ministerio de Defensa.

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

Vervaele, J. (2007). *La legislación antiterrorista en Estados Unidos ¿Inter arma silent leges?* Buenos Aires: Editores del Puerto.