



**TRABAJO FIN DE GRADO
MONOGRÁFICO**

**DERECHOS FUNDAMENTALES Y SERVICIOS DE INTELIGENCIA.
UNA PROPUESTA DE IMPLANTACIÓN EN LA UNIÓN EUROPEA
DE LA FIGURA DEL OMBUDSMAN EN EL ÁMBITO DE LA
INTELIGENCIA**

AUTOR: Eva María Cruz Reyes

TUTOR: Daniel Sansó-Rubert Pascual

CONVOCATORIA: Extraordinaria

**GRADO EN DERECHO
Curso académico 2020/2021**

FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y DE LA COMUNICACIÓN

UNIVERSIDAD EUROPEA DE MADRID

INDICE GENERAL

RESUMEN	4
ABSTRACT	5
1.- INTRODUCCIÓN	6
1.1.- OBJETO DEL TRABAJO.....	7
1.2.- JUSTIFICACIÓN	7
1.3.- MARCO TEÓRICO.....	8
1.4.- METODOLOGÍA	8
1.5.- ESTRUCTURA	9
2.- BREVE CONTEXTUALIZACIÓN DE LOS SERVICIOS DE INTELIGENCIA	10
2. 1.- COYUNTURA EN LA QUE ACTÚAN	10
2. 2.- DEFINICIÓN DE LOS SERVICIOS DE INTELIGENCIA Y SUS FUNCIONES	12
3.- PROBLEMÁTICA QUE PLANTEA EL EQUILIBRIO ENTRE SEGURIDAD Y DERECHOS FUNDAMENTALES.....	13
3.1.- LA SEGURIDAD Y LIBERTAD EN EL PAPEL DE LOS SERVICIOS DE INTELIGENCIA Y RETO QUE SUPONEN EN DEMOCRACIA	13
3.2.- RIESGO Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.....	16
3.3.- EL CARÁCTER SECRETO DE LAS ACTUACIONES DE LOS SERVICIOS DE INTELIGENCIA Y LA NECESIDAD DE EJERCER CONTROLES SOBRE LAS MISMAS	18
4.- LA FIGURA DEL OMBUDSMAN COMO INSTRUMENTO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y VALORES DEMOCRÁTICOS	23
4.1.- CONSIDERACIONES GENERALES: CONCEPTO, HISTORIA Y CARACTERES.....	23
4.2.- MODELOS DE LA FIGURA DEL OMBUDSMAN EN EUROPA	28
4.3.- EL DEFENSOR DEL PUEBLO EUROPEO.....	32

5.- ¿IMPLANTACIÓN EN LA UNIÓN EUROPEA DE UN <i>OMBUDSMAN</i> EN EL ÁMBITO DE LA INTELIGENCIA?	35
6.- CONCLUSIONES	42
7.- REFERENCIAS	46
7.1.- FUENTES NORMATIVAS	46
7.2.- INFORMES DE ORGANISMOS E INSTITUCIONES	46
7.3.- BIBLIOGRAFÍA DOCTRINAL	47
7.4.- WEBGRAFÍA.....	48

RESUMEN

Los servicios de inteligencia de los regímenes democráticos están orientados a proteger al Estado y a la sociedad en su conjunto. Su función consiste en obtener información y convertirla en Inteligencia con el objetivo de asesorar y advertir al Poder Ejecutivo sobre posibles amenazas para el Estado. Como herramienta de información y auxilio a la actuación del gobierno y de protección del sistema democrático deben respetar rigurosamente los derechos y libertades fundamentales si bien, existe un alto riesgo de que resulten vulnerados debido a su especial labor. Por otro lado, los mecanismos de control existentes sobre la actividad de la Inteligencia parecen no responder adecuadamente a las necesidades que demandan los propios servicios, sus integrantes y la ciudadanía en su conjunto. Es por ello que se reflexiona sobre la necesidad de establecer un control adicional y se propone la implantación de la figura del *Ombudsman* europeo en materia de Inteligencia como órgano extrajudicial, funcional y orgánicamente autónomo en la Unión Europea con el objetivo de poner fin a los posibles abusos que cometan los servicios de inteligencia.

Palabras clave: servicios de inteligencia, democracia, derechos fundamentales, mecanismos de control y Defensor del Pueblo.

ABSTRACT

The intelligence services of democratic regimes are aimed to protecting the State and society as a whole. Their function consists of obtaining information and converting it into intelligence in order to advise and warn the Executive Power about possible threats to the State. As a tool for informing and assisting government action and for the protection of the democratic system, they must rigorously respect fundamental rights and freedoms, although there is a high risk that they may be violated due to their special work. On the other hand, the existing control mechanisms over the activity of the Intelligence do not seem to respond adequately to the needs demanded by the services themselves, their members and the citizenry as a whole. It is for this reason that the need to establish additional control is reflected and the implementation of the figure of the European Ombudsman for Intelligence is proposed as an extrajudicial, functional and organically autonomous body in the European Union with the aim of putting an end to the possible abuses committed by the intelligence services.

Keywords: intelligence services, democracy, fundamental rights, control mechanisms, Ombudsman.

1.- INTRODUCCIÓN

En los Estados democráticos constitucionales, la percepción acerca de los servicios de inteligencia y el propio desempeño de los mismos está en proceso de cambio. La Inteligencia bajo el principio de legalidad característico de una democracia constitucional y del Estado de Derecho persigue dotar o proporcionar al Poder Ejecutivo toda la información necesaria, debidamente comparada, valorada e interpretada, con el objetivo de que este formule políticas públicas para satisfacer las necesidades esenciales del Estado.

Los servicios de inteligencia están orientados a la protección del Estado y de la sociedad en su conjunto. No obstante, la pretensión en la mayoría de ocasiones es obtener información relacionada con actividades que no tienen apariencia delictiva, lo que hace realmente complicado legitimar y controlar sus acciones que, de no estar justificadas por el interés general, estarían cerca de considerarse inconstitucionales. Incluso, dada su labor de obtención de información, pueden efectuar actuaciones que incidan negativamente sobre los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Nos encontramos así ante una problemática debido al difícil equilibrio que debe existir entre la seguridad nacional y los derechos fundamentales. Los servicios de inteligencia deben garantizar su eficacia como herramienta de información y auxilio a la actuación del gobierno y de protección del sistema democrático, respetando estrictamente los derechos y libertades fundamentales. Este objetivo va acompañado de la necesidad de ejercer un control democrático de la Inteligencia, lo que no significa limitar su desempeño sino que el mismo se ajuste a los requisitos legales de un sistema democrático constitucional; si bien, los mecanismos de control existentes no responden adecuadamente a las necesidades de los servicios, sus integrantes y la sociedad.

Por otro lado, la figura del *Ombudsman* o Defensor del Pueblo ha ido evolucionando y adquiriendo importancia con el transcurso del tiempo como institución encargada de garantizar los derechos fundamentales de las personas ante la actuación de las Administraciones Públicas; adaptándose a los modelos de Estado y necesidades imperantes de nuestros días.

Todo ello, unido al interés de la Unión Europea en que se respeten los derechos básicos de los ciudadanos garantizados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la

Unión Europea en el ámbito específico de la Inteligencia y los deficientes sistemas existentes para su control y salvaguarda, propicia la realización del presente análisis sobre la relevancia de implantar la figura del *Ombudsman* europeo en materia de Inteligencia, con el anhelo de superar esta situación y tratar de dar respuesta a las necesidades que demanda el sector.

1.1.- Objeto del trabajo

El objeto de estudio del presente trabajo consiste en reflexionar acerca de la necesidad de implantar una institución similar al *Ombudsman* europeo pero específica en materia de Inteligencia que conozca de las reclamaciones que versen sobre vulneraciones de derechos fundamentales cometidas por los servicios de inteligencia de alguno de los Estados miembros de la Unión Europea en el desempeño de sus funciones desde una doble vertiente: hacia dentro, amparando a los miembros de los servicios de inteligencia y hacia afuera salvaguardando a cualquier ciudadano con capacidad para reivindicar sus derechos.

Se pretende con ello dar respuesta a las necesidades que parecen no cubrir los mecanismos de control disponibles debido al especial cometido que realizan estos servicios y la implicación que de ello se deriva para los derechos y libertades fundamentales.

1.2.- Justificación

Si bien los servicios de inteligencia son una institución más perteneciente a la Administración Pública y poseen un indudable carácter democrático, no reciben el mismo trato que otros organismos de seguridad y defensa igualmente integrados en la Administración. Asimismo, los derechos fundamentales son el pilar de la construcción de un Estado constitucional ya que expresan el más alto orden de convivencia, por lo que el Estado de Derecho debe garantizarlos.

No obstante, hemos sido conocedores de casos especialmente conflictivos que han suscitado el interés acerca de los mecanismos de control a los que son sometidos los servicios de inteligencia y la eficacia de los mismos que, en ocasiones, ha quedado en entredicho.

La Unión Europea también se ha interesado en analizar la protección de los derechos fundamentales en el contexto de la vigilancia, entre cuyas conclusiones caben destacar la necesidad de reforzar y promover la supervisión, garantizar la protección de los denunciantes

y asegurar la disponibilidad de órganos extrajudiciales con facultades para ofrecer vías de recurso.

Es por ello que se razona y propone la implantación del *Ombudsman* europeo en materia de Inteligencia como órgano extrajudicial, funcional y orgánicamente autónomo en la Unión Europea con la aspiración de mejorar la supervisión y vías de recurso que pongan fin a los posibles abusos cometidos por los servicios de inteligencia en el desempeño de su cometido.

1.3.- Marco teórico

Marco teórico jurídico, en concreto desde la perspectiva del Derecho Público, desde el enfoque del Derecho Constitucional – y dentro de este, de los derechos fundamentales y libertades públicas – y del ámbito comunitario.

Cabe señalar las aportaciones de la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante, FRA) y la Comisión de Venecia, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el Derecho de la Unión Europea, así como los aportes doctrinales.

1.4.- Metodología

La metodología empleada en el presente trabajo ha sido cualitativa. Se ha procedido a una búsqueda, revisión y posterior análisis y reflexión de diversidad de documentos de doctrina especializada, de normativa relativa a los derechos fundamentales y servicios de inteligencia y documentos especializados de la Unión Europea desde el punto de vista del derecho positivo (doctrina, monografías y artículos especializados en la materia) así como documentos de órganos especializados.

No obstante, dada la opacidad de los servicios de inteligencia y la especificidad del tema, cabe destacar la dificultad de acceso a fuentes bibliográficas como hubiese sido deseable.

1.5.- Estructura

En primer lugar se realiza una contextualización de los servicios de inteligencia, delimitando la coyuntura internacional en la que actúan así como sus funciones. Posteriormente, se expone la problemática que plantea el equilibrio entre seguridad, libertad y los derechos fundamentales en los Estados basados en la democracia, el Estado de Derecho y el buen gobierno, comentando el carácter secreto de la Inteligencia.

Una vez establecido lo anterior, se explica la necesidad y los controles existentes sobre tales servicios y se incide principalmente en el que ejerce la figura del *Ombudsman* o Defensor del Pueblo como institución de control extrajudicial e independiente, a la que se le pueden presentar denuncias o reclamaciones contra el funcionamiento arbitrario de las Administraciones y que sirve como herramienta de defensa de los valores democráticos; destacando por ello la figura del Defensor del Pueblo Europeo como referente.

Finalmente, se procede a plantear la necesidad de establecer un control especial en la Unión Europea y se propone a grandes rasgos un *Ombudsman* europeo en materia de Inteligencia.

2.- BREVE CONTEXTUALIZACIÓN DE LOS SERVICIOS DE INTELIGENCIA

2. 1.- Coyuntura en la que actúan

El correcto empleo de la información para sustentar los procesos de toma de decisiones sobre cualquier aspecto por parte de los Estados ha permanecido presente a lo largo de la historia. El deseo de ostentar una posición ventajosa se ha mantenido en cualquier época, ubicación geográfica y régimen político, contando con la obtención, remisión, protección y utilización de aquellos fragmentos de la información que, una vez seleccionados, incorporados y debidamente analizados se transformaban en un medio adecuado para prever, actuar y lograr un objetivo concreto (Bonilla Navarro, 2004).

El invariable carácter de los principios que fundamentan las actividades de Inteligencia se mantiene a lo largo de los siglos a pesar de que las maneras y formas de amenaza varíen, la tecnología implante su funcionamiento o los aspectos políticos, económicos o de relación entre los Estados sean acordes a un momento concreto y cambien con mucha frecuencia (Bonilla Navarro, 2004).

Con el paso del tiempo, la necesidad de tener estructuras más o menos inalterables que hiciesen posible esa obtención, remisión, protección, evaluación, análisis y empleo de la información a una actividad semejante a la administración del poder posibilitó la unión de conceptos tan vinculados como la geografía del conocimiento, los sistemas de la diplomacia, la razón de estado y el espionaje (Bonilla Navarro, 2004).

Inicialmente, el modelo original de los servicios de inteligencia replicaba la estructura de los servicios de carácter policial y/o militar; situación que explica el por qué los departamentos militares y de policía son, habitualmente, parte activa de los servicios de inteligencia contemporáneos (Sansó-Rubert, 2019). Hoy, su evolución hacia diversidad de modelos y tipologías organizativas posibilita un variado abanico de opciones de organización y estructura, dentro y fuera de los Estados.

Todo ello sumado a que, actualmente, nuestra sociedad se encuentra caracterizada por la globalización económica, la interrelación tecnificada y su fundamento tecnológico e informacional; de ahí la relevancia de la Inteligencia como una solución precautoria,

integral, rápida y eficaz que se ajusta continuamente a la naturaleza flexible, borrosa pero muy resistente de las amenazas de nuestros días (Bonilla Navarro, 2004). Como señaló Colin S. Gray «no podemos predecir amenazas asimétricas específicas (a menos que tengamos inteligencia excelente) y por tanto no podemos proteger todo aquello que se encuentre bajo riesgo» (Gray, 2002, en Bonilla Navarro, 2004), por lo que los servicios de inteligencia han de adaptarse a nuevos marcos de actuación.

La soberanía estatal nunca ha sido absoluta y, cada vez, es menor; el impacto del proceso de globalización se ha dejado sentir. No obstante, esto no significa que los Estados dejarán de ser los principales actores de la Comunidad Internacional, pero no debemos ignorar la progresiva institucionalización de la Sociedad Internacional como resultado del afianzamiento de los organismos internacionales como sujetos de Derecho Internacional y, por ende, como actores (Vacas Fernández, 2004).

Ante esta nueva realidad los servicios de inteligencia se ven obligados a ser cada vez más flexibles y a adaptarse a nuevas situaciones, desafíos y factores que indiquen en el comportamiento de los participantes de la Comunidad Internacional, y van a procurar anticiparse mediante la recopilación más extensa y el análisis más preciso de la información (Vacas Fernández, 2004).

Sin embargo, la coyuntura internacional en la que participan los servicios de inteligencia no termina con la mención de los actores, factores y relaciones que intervienen en la Sociedad Internacional, sino que además se debe prestar especial atención a las leyes que le son aplicables, como es el supuesto de la normativa comunitaria en el caso del conjunto de los organismos e instituciones de inteligencia de los Estados miembros de la Unión Europea.

En concreto, en lo que respecta a la protección jurídica de los seres humanos, el marco lo establece el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario en caso de que exista conflicto armado. Un conjunto de normas diseñadas para proteger la dignidad humana; normas que engloban los derechos más básicos de los que gozan todos los seres humanos, sin que puedan distinguirse por su nacionalidad o calificaciones legales (Vacas Fernández, 2004).

Por todo lo anterior, los servicios de inteligencia realizan un papel fundamental como mecanismo que satisface un trabajo de servicio público que beneficia a la comunidad al constituirse en garantes de los derechos y libertades frente a la variedad de desafíos y amenazas existentes; desempeño que ha de efectuarse en todo momento dentro del marco jurídico establecido por el Derecho Internacional y por el Derecho interno de cada Estado.

2. 2.- Definición de los Servicios de Inteligencia y sus funciones

Los servicios de inteligencia se encuentran presentes en todos los países del mundo – aunque como veremos con posterioridad, suelen incardinarse en los regímenes democráticos – ya que los gobiernos han de poseer unos servicios que les posibilite la toma de decisiones en política exterior y relaciones internacionales, y eviten situaciones que amenacen la seguridad nacional en lo que a políticas internas se refiere.

Han de ser capaces tanto de obtener información como de convertirla en inteligencia. La naturaleza de la inteligencia es brindar apoyo en la toma de decisiones vinculadas con la seguridad y la defensa. Su función es facilitar al Poder Ejecutivo una serie de informaciones políticas, económicas, técnicas, científicas y militares debidamente cotejadas, valoradas y analizadas, que pueda guiar la actuación del gobierno en sus pronósticos internos y externos (Pérez Villalobos, 2002).

Es por ello que los servicios de inteligencia no son una policía política, ni una agencia autónoma independiente de todos los contactos del gobierno, sino un servicio que investiga, examina y estudia la información obtenida para que el ejecutivo pueda tomar la decisión oportuna. En este sentido, la cantidad de información es algo más irrelevante que la calidad de la misma, donde lo más importante es evaluarla e interpretarla adecuadamente (Pérez Villalobos, 2002).

Los encargados del Gobierno son a los que les atañe establecer sobre qué ámbitos se necesita información y cómo dirigir las funciones de los servicios de inteligencia, es decir, qué hay que conocer, cuáles son los sectores de interés y las preferencias. Esto significa que el objetivo de estos servicios no es la obtención de pruebas o el seguimiento de delitos, sino la adquisición de información para convertirla en inteligencia y presentarla al Gobierno con el objetivo de que adopte sus decisiones con el menor nivel de incertidumbre posible.

En definitiva, tienen como función asesorar y advertir al poder político acerca de eventuales riesgos para el Estado si bien, es el Poder Ejecutivo quien debe establecer los objetivos de su política de seguridad y, por lo tanto, de sus servicios de inteligencia (Sansó-Rubert, 2019).

Finalmente, resulta fundamental destacar que las investigaciones penales de los poderes públicos para asegurar el Estado del Derecho y defender los derechos civiles no han de confundirse con las actividades de los servicios de inteligencia. Estos últimos no investigan actos criminales; sus averiguaciones no han de basarse en indicios de un delito, lo que dificulta la justificación y control de sus actuaciones si no estuviesen amparadas por el interés colectivo.

3.- PROBLEMÁTICA QUE PLANTEA EL EQUILIBRIO ENTRE SEGURIDAD Y DERECHOS FUNDAMENTALES

3.1.- La seguridad y libertad en el papel de los servicios de inteligencia y reto que suponen en democracia

Como se ha destacado anteriormente, hoy nos enfrentamos a un entorno estratégico altamente incierto, abierto y sin fronteras, donde los aspectos de seguridad internos y externos son inseparables. Las amenazas que debemos afrontar se encuentran caracterizadas por su asimetría, multidimensionalidad y dificultad, así como por incumbir a toda la Comunidad Internacional. Los países han visto menoscabadas sus facultades de administrar y responder eficientemente a los nuevos desafíos de seguridad y defensa. Es por ello que las orientaciones en el campo de la seguridad no son diferentes de las consecuencias de la globalización en otros ámbitos (Sansó-Rubert, 2004).

La creencia de que la seguridad es la garantía de la libertad y la democracia, pero que sin libertad y democracia no puede haber seguridad es uno de los principios ideológicos de la sociedad occidental, sobre el que se sustentan las estructuras políticas, económicas y jurídicas. La seguridad se basa en la existencia de una Constitución que cuenta con un conjunto de garantías legales para el goce de los derechos, el Estado de Derecho en las relaciones entre los ciudadanos y el Gobierno, y la evidencia y certidumbre de los ciudadanos

acerca de cuáles son las normas que intervienen y su aplicación, la restricción del poder político mediante el incremento del número de poderes públicos, la desvinculación de los poderes del Estado para asegurar su independencia, y el reconocimiento del *habeas corpus* con el fin de evitar detenciones y sanciones arbitrarias e ilegales. Por otro lado, la libertad también es un principio vinculado a la toma de conciencia del individuo de las obligaciones que entraña su uso, que ha de ser responsable, civil y moral. Sin embargo, esta práctica requiere de un sistema político donde se apliquen normas que regulen las relaciones de los ciudadanos y protejan sus derechos, una ley que asegure la convivencia de las libertades, de un Estado que proteja dicha ley y de unas garantías que no permitan que el Estado se transforme en una amenaza (Esteban Navarro, 2004).

Debido a la necesidad primordial en las democracias de mantener los derechos y garantías individuales, elegir al Ejecutivo mediante sufragio, preservar los derechos civiles y políticos y defender tanto el territorio nacional como a las personas y bienes integrados en él, se puede concluir que la inteligencia ostenta características distintas en un Estado democrático y en uno totalitario. No obstante, de ello se extrae un elemento esencial: en los Estados democráticos, la inteligencia debe desempeñarse de forma *legítima*, es decir, de acuerdo con el orden jurídico y descartando actividades vulneradoras de la ley (Ugarte, 2001).

De acuerdo con lo anterior y dado que las democracias se encuentran caracterizadas por la libertad de sus ciudadanos y no la calificación de estos como adversarios, en opinión unánime de la mayoría de los expertos los Estados democráticos son los que únicamente pueden acoger un servicio de inteligencia, el cual va a orientar sus esfuerzos hacia el enemigo interior y exterior, pero obedeciendo al ordenamiento legal y marco constitucional. En el ámbito interno se va a enfocar en la protección de los ciudadanos, de los valores y principios constitucionales y del Estado, tomando en consideración que el ciudadano no constituye un peligro contra el régimen establecido; mientras que en el ámbito exterior se va a ocupar de proteger al Estado frente a aquellos agentes que puedan suponer un peligro para los intereses del mismo (Sansó-Rubert, 2019) y frente a las amenazas que incluso pueden revestir forma de agresión militar y comprometer la soberanía, independencia nacional e integridad territorial del país.

En este sentido, buena parte de los países que cuentan con los sistemas de inteligencia más modernos y eficaces son aquellos que ostentan un sistema democrático más arraigado, como puede ser Reino Unido, Italia, Francia o Alemania (Ugarte, 2001).

Igualmente, las democracias deben promover la protección y otros derechos básicos en todas las naciones, así como establecer un orden internacional basado en la libertad, la justicia y la prosperidad, por la sencilla razón de que la protección de estos derechos constituyen también una condición fundamental para asegurar la libertad y seguridad de los demás (Esteban Navarro, 2004).

Pero, ¿se ha de permitir todo con el objetivo de proteger el Estado de Derecho? ¿Es la sumisión a la legalidad un requisito indispensable para todos los servicios públicos? Estas preguntas resultan fundamentales para el progreso de las políticas y actuaciones que enfrenten los retos de la seguridad, especialmente cuando el debate gira en torno al empleo de poderes que restringen los derechos y libertades de los ciudadanos del Estado.

Este dilema del imprescindible equilibrio entre seguridad y libertad no es nada nuevo. Sin embargo, el aspecto fundamental se encuentra en cuestionarnos si queremos ceder ciertas áreas de libertad y hasta qué punto las concederíamos, en aras de una mayor seguridad. Aquel que desee estar plenamente a salvo del *mal* debe consentir que los organismos encargados sospechen de él y tomen medidas al respecto, dado que los demás le temerán tanto como él les teme; no obstante, ¿dónde ha de establecerse el límite? Una cuestión es indudable, a mayor seguridad, menor libertad (Sansó-Rubert, 2004).

Conviene recordar en este momento la función que cumplen los servicios de inteligencia en una democracia. Estos deben únicamente obtener, procesar, examinar y evaluar la información para entender y predecir posibles situaciones en los ámbitos de la seguridad y la defensa, descubriendo los riesgos y peligros a tiempo para invalidarlos, pronosticar las eventuales consecuencias de las soluciones que se adopten y, una vez implantada una medida, indagar sobre el campo de intervención para posibilitar su éxito. Es por ello que la actividad de la Inteligencia necesita una vocación de servicio a la sociedad, al interés general y al Estado – no puede estar orientada a un determinado gobierno o partido político – y ha de encontrarse integrada en la Constitución, porque incluso para conseguir

tal información, puede que los Servicios de Inteligencia tengan que llevar a cabo acciones que afecten a los derechos fundamentales (Pérez Villalobos, 2002).

3.2.- Riesgo y protección de los derechos fundamentales

Como se ha desarrollado, la obtención y procesamiento de información es la principal función de los servicios de inteligencia. La mayor parte de la información se consigue de fuentes públicas y su acceso no requiere ninguna restricción de derechos; piénsese en los centros de investigación, bibliotecas, o incluso la ofrecida por confidentes. No obstante, el dilema viene cuando la misma se ha de conseguir a través de fuentes protegidas o secretas (cerradas), donde nos encontramos con las limitaciones de los derechos fundamentales protegidos por la Constitución; y es aquí donde entran en juego las garantías constitucionales.

Ya se obtenga la información a través de medios técnicos o humanos, resida esta en los domicilios (art. 18.2 CE, derecho a la inviolabilidad domiciliaria), en las comunicaciones (art. 18.3 CE, derecho al secreto de las comunicaciones), en el conocimiento de las personas (art. 17 o incluso art. 15 CE), en los ordenadores (art. 18.4 CE, derecho a la autodeterminación informativa en el uso de la informática), dentro de bolsos, vehículos o maletas (art. 18 CE, derecho a la intimidad), en conversaciones o mensajes protegidos por secreto profesional (arts. 20.1d y 24.2 CE), en historiales médicos (art. 18.1 CE), entre otros (Pérez Villalobos, 2002), el cometido de los servicios de inteligencia radica en la obtención de información oculta, por lo que en reiteradas ocasiones los límites de los derechos anteriormente mencionados pueden verse afectados.

Es por ello que tanto las Constituciones como las leyes han de albergar los límites para los casos en los que los derechos fundamentales se vean perjudicados, con el objetivo de ampararlos, es decir, delimitar hasta dónde puede llegar los servicios de inteligencia dentro de los estándares constitucionales.

En el caso español encontramos múltiples marcadores constitucionales: las garantías judiciales, el control de legalidad, el principio de proporcionalidad o el principio de intervención indiciaria, entre otros (Pérez Villalobos, 2002).

Sin duda, la razón de que los derechos fundamentales se encuentren limitados reside en el respeto de los derechos de los demás si bien, hay que añadir que en un estado constitucional, además, se encuentran condicionados por la propia Constitución. Los límites constitucionales podemos hallarlos dentro de la propia disposición que asegura el derecho o en cualquier otro. No obstante, los límites son inherentes al propio derecho, de ahí que aunque se reconozca sin ninguna restricción, el legislador tiene potestad para introducirlos, siempre que se justifique por la existencia de otros bienes constitucionales (Pérez Villalobos, 2002).

Dicho esto, el principio constitucional de intervención indiciaria, que encuentra su razón en las indagaciones de los poderes públicos para la resolución de los delitos, no se aplicaría en las actuaciones normales de los servicios de inteligencia (Martín Morales, 1999 en Pérez Villalobos, 2002). No obstante, el juicio de proporcionalidad sí reviste una determinante importancia al valorar la constitucionalidad de los límites de los derechos. Este consta de tres elementos: 1) conveniencia entre la restricción establecida al derecho y el fin perseguido con la misma; 2) la exigencia de la limitación, valorando que no existen otros medios más benevolentes para lograr dicho fin; 3) proporcionalidad, sopesando la necesidad de la intervención y las razones que la motivan (Pérez Villalobos, 2002).

Por lo tanto, las actuaciones de los Servicios de Inteligencia deberán ser proporcionadas tanto en lo espacial como en lo temporal. Igualmente, la ley también debe considerarse una garantía de los derechos, siendo suficientemente clara como para que las personas sepan cuándo pueden verse limitados sus derechos, aunque esto varíe en función de la materia (Pérez Villalobos, 2002).

En definitiva, resulta evidente que una Inteligencia con facultades ilimitadas es incompatible con la real existencia de un sistema democrático, por lo que las competencias de los servicios de inteligencia han de encontrarse meticulosamente delimitadas en leyes públicas y estar sometidas a los controles correspondientes, con el objetivo de que los actos vulneradores de los derechos fundamentales sean mínimos (Ugarte, 2001).

3.3.- El carácter secreto de las actuaciones de los servicios de inteligencia y la necesidad de ejercer controles sobre las mismas

Los Estados democráticos tienen servicios de inteligencia que, al igual que cualquier otra institución, se encuentran integrados en la Constitución, dando respuesta a la necesidad de que todos los sectores se encuentren sujetos a los principios de legalidad, sometimiento del Derecho y respeto de los derechos fundamentales.

Es por ello que los servicios de inteligencia no puede ser una entidad autónoma desvinculada de todo enlace gubernamental. Una de las diferencias primordiales que distingue las actividades de inteligencia en países democráticos de las mismas en países totalitarios es la existencia de controles efectivos sobre tales actividades, orientados a que estas se lleven a cabo de manera legal y efectiva (Ugarte, 2001).

En consecuencia, dando por hecho la legitimidad de los servicios de inteligencia en las democracias, los medios o procedimientos para conseguir información con fines de seguridad o de defensa demandan la confidencialidad como un medio eficaz de protección estatal. Por lo tanto, el propósito es asegurar que otros países no conozcan las intenciones políticas y protegerse de amenazas o riesgos de cualquier naturaleza o procedencia. En este sentido, se refleja la importancia de mantener en secreto los objetivos y políticas de seguridad tanto internas como externas (Aba Catoria, 2002).

No obstante, los acontecimientos acaecidos en nuestros días nos recuerdan que la amenaza actual no proviene tanto de otros países enemigos, sino que el adversario ahora es global y sin aspecto. Por lo tanto, el secreto se ha convertido una vez más en un arma básica para defender la seguridad nacional.

El fin de los servicios de inteligencia es realizar eficazmente su actividad para el mantenimiento de la seguridad y el orden democrático, pero esta eficiencia no se puede obtener a cualquier precio, poniendo en peligro injustificadamente los derechos y libertades individuales. Aunque el secreto en torno a la confidencialidad de las fuentes, métodos e identidades caracterice la actividad de los servicios de inteligencia, esta naturaleza *secreta* contradice los aspectos básicos de un sistema democrático, como la propaganda de acciones gubernamentales, debates extensos o la revisión pública de políticas o la transparencia; el

secreto, la discreción y el ocultamiento se consideran más bien acciones típicas de una dictadura.

Sin embargo, tampoco es cierto que los servicios de inteligencia no sean controlables por su carácter secreto, sino que esta cualidad se manifiesta siempre que sea necesario preservar la eficacia de sus actuaciones, pero no como forma de ocultar sus actividades o actos ilegales; es decir, el *secreto* surge con el objetivo de proteger que concretas materias, hechos o decisiones no sean conocidas por personas que podrían usar la información para vulnerar los intereses del Estado (Pérez Villalobos, 2002).

Los servicios de inteligencia no podrán publicitar algunas de sus actividades, no porque sean inmorales sino porque el valor del trabajo que realizan versa sobre que este solo sea conocido por el Gobierno y con el fin de proteger la seguridad del Estado. Por ello, la publicidad es un principio que rige en los Estados democráticos si bien, también admite excepciones que derivan en el empleo del secreto (Aba Catoria, 2002).

Los motivos por los que existe el secreto como método al que recurren los Estados se pueden sintetizar en: por un lado, la necesidad de cada país de defenderse para el mantenimiento de la seguridad, la paz y el orden – siendo la defensa exterior y las relaciones internacionales áreas donde los Estados trabajan bajo secreto – y la obligación de los mismos de defenderse de los eventuales riesgos que manen dentro de su propio territorio y peligren el orden constitucional (Aba Catoria, 2002).

Por todo lo anterior, nos encontramos ante el concepto de seguridad nacional, sencillo de alegar pero difícil de precisar ya que resulta complicado saber y delimitar qué es lo que hace peligrar esa seguridad.

En este sentido, es sabido que la publicidad es uno de los elementos fundamentales del ordenamiento jurídico de un Estado constitucional que garantiza el ejercicio de los derechos básicos si bien, la colisión entre el derecho a la publicidad de los actos de los poderes públicos y la facultad del Estado de obtener delimitada información general, en el caso de los servicios de inteligencia, se solventa a favor de la seguridad nacional (Pérez Villalobos, 2002).

A día de hoy es inaceptable que encontremos instituciones opacas al control político y social. Las legislaciones deben regular la actividad de la inteligencia estableciendo límites

y controles con el objetivo de evitar abusos y que se produzcan riesgos para el sistema democrático, pero manteniendo el desempeño eficiente de su cometido. De ahí que, superado un lapso temporal preestablecido que asegure la no interferencia o perjuicio de los intereses nacionales, la documentación catalogada de secreta o reservada es objeto de desclasificación para cumplir con el mandato constitucional de transparencia y publicidad de la actividad gubernamental.

El objetivo de controlar democráticamente la Inteligencia para que realice sus tareas de acuerdo con el marco legal, proteja los derechos y libertades fundamentales y sea eficiente en la consecución de sus obligaciones constituye un elemento primordial para conservar el equilibrio y el motivo de existencia de los servicios de inteligencia y tiene como propósito impedir una autonomía desmedida que fomente el sometimiento del Estado a tales servicios (Heymann, 2003, en Pulido Gragera, J., y Sansó-Rubert, D., 2020).

La instauración de una red institucional que posibilite un control multidimensional es un asunto que atañe tanto a la sociedad en su conjunto como a los propios órganos de Inteligencia y, por lo tanto, no debe circunscribirse únicamente a los poderes públicos, sino que las formas de control han de comprender toda la gama de la autorregulación, conforme a los criterios de responsabilidad y protección (Heymann, 2003, en Pulido Gragera, J., y Sansó-Rubert, D., 2020).

En este sentido, los controles que vigilan las actividades de los servicios de inteligencia pueden ser tanto internos como externos y abarcan desde el control institucional hasta otros más informales. Este control puede estructurarse en varias opciones, resultando diferentes sistemas, como el que lleva a cabo el poder ejecutivo, el control judicial, el parlamentario, aquel que realiza el propio servicio de inteligencia, el control que efectúa la opinión pública y el extrajudicial, mediante organismos no judiciales pero con similar independencia que un tribunal (Sansó-Rubert, 2004).

En virtud de diversos factores, como las diferentes legislaciones o los organismos involucrados, cada país tiene su propio sistema de control de los servicios de inteligencia y dependiendo del número y naturaleza de los controles establecidos, el sistema de inteligencia estará más o menos controlado (Sansó-Rubert, 2004).

Si bien no hay duda de que los servicios de inteligencia son una institución más de la Administración Pública con carácter democrático – que los diferencian de otros organismos de Inteligencia en otro tipo de sistemas políticos –, parece que su regulación resulta un problema y se considera un tema tabú – son tratados de diferente manera respecto a otros organismos de seguridad y defensa también integrados en la Administración y relacionados también con la defensa del orden constitucional – (Sansó-Rubert, 2019). Sin embargo, resulta fundamental la existencia de un marco legal para garantizar la seguridad nacional, dado que debe ser una ley la que prevea el uso de poderes especiales por parte de los servicios de inteligencia.

Vinculado a ello y aludiendo a los controles, uno de los más habituales es el efectuado por el órgano ejecutivo con el fin de asegurar los objetivos a alcanzar, las políticas a implantar, los planes a proponer y las acciones a llevar a cabo, y comprobar que todas ellas respondan plenamente a las necesidades de la población (Ugarte, 2001).

Por otro lado, el control parlamentario también resulta fundamental, dado que no solo el Gobierno ha de controlar la actividad de los servicios de inteligencia; por ello, este control confiere tanto legitimidad como responsabilidad democrática directa, incluyendo diversos instrumentos como las comisiones parlamentarias y control presupuestario (Sansó-Rubert, 2019)

Igualmente, el Poder Judicial también efectúa importantes funciones de supervisión. Estas pueden ser tanto previas, cuando el tribunal decide si los servicios de inteligencia pueden ejercer sus poderes especiales y por ello, sus acciones son legalmente razonables y protegidas; o posteriores, para determinar si las operaciones efectuadas por estos servicios cumplen con el marco legal (Sansó-Rubert, 2019).

No menos importante resulta la actividad que efectúa la sociedad civil en las democracias. Tanto los medios de comunicación como los *think tanks* o cualquier institución que defienda los principios y valores democráticos desempeñan un papel indudable en el control constante del poder (Sansó-Rubert, 2019).

Finalmente, también existen organismos de control independientes o extrajudiciales que juegan un papel básico. En países como Noruega, Ucrania o Hungría, los ciudadanos tienen una institución especial independiente a la que pueden presentar denuncias contra la

función de los servicios de inteligencia si creen que sus derechos han sido vulnerados. En este sentido, podemos encontrar la figura del *Ombudsman* – lo que sería el Defensor del Pueblo – o una figura concreta que controle el desempeño de estos servicios como ocurre en Finlandia, Suecia o Irlanda (Sansó-Rubert, 2019).

En el Derecho Comparado la influencia de estos controles varían. Por ejemplo, el realizado por el propio Ejecutivo se encuentra muy desarrollado en Estados Unidos (en adelante, EE.UU.); el control parlamentario reviste vital importancia también en EE.UU. y no tanta en Reino Unido y Alemania; diverso alcance tiene el control judicial en función del sistema; el extrajudicial ostenta gran importancia tanto en los países anteriores como en Alemania y Reino Unido; y finalmente, el control que efectúa la opinión pública es muy significativo en Alemania (Sansó-Rubert, 2004).

No obstante, debemos cuestionarnos si los controles establecidos son suficientes para asegurar la protección de los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos, dado que han sido muchos los escándalos que han sacudido a estos servicios. Uno de los más sonados fue el de las «escuchas del Cesid». Entre 1983 y 1991, con el Gobierno socialista de Felipe González, el llamado Gabinete de Escuchas del Cesid encabezado por Emilio Alonso Manglano estuvo grabando ilegalmente conversaciones de empresarios, periodistas, políticos e incluso de su Majestad el Rey. Sin embargo, el mayor altercado fue el cometido por el coronel Juan Alberto Perote, culpado por relevar secretos de Estado tras su despido en 1991 como jefe de la Agrupación Operativa de Misiones Especiales (AOME) del Cesid.

Asimismo, la investigación judicial sobre las presuntas actividades delictivas del ex comisario Villarejo revelaron diversas actividades contrarias a Derecho que volvían a situar en el debate constitucional los problemas del control judicial sobre ámbitos relativos a la inteligencia, el secreto y la seguridad; demostrando la existencia de razones más que suficientes para cuestionar el control de las actividades propias de la Inteligencia, especialmente la información sensible relacionada con la seguridad nacional (Sánchez Barrilao, 2019).

Por todo lo anterior, resulta bastante discutible que los mecanismos de control presentes en la actualidad sobre los servicios de inteligencia respondan a todas las necesidades que demandan los mismos, sus integrantes y la ciudadanía en su conjunto. Como

se ha comentado con anterioridad, la mayor contradicción versa en la ordenación general de tales servicios, cuyo funcionamiento debe ser secreto pero ha de estar supervisado y garantizado por organismos públicos; por lo que el éxito de toda medida al respecto debe tener en cuenta la presente dualidad.

No obstante, la necesidad evidente de controlar democráticamente la Inteligencia no se traduce en restringir las facultades que tienen estos poderes, sino que debe entenderse como un instrumento que posibilita el desarrollo de las capacidades y el empleo de medios de adquisición y procesamiento de la Inteligencia conforme a los requisitos legales de una democracia, con el objetivo de progresar hacia el fortalecimiento de este sistema.

4.- LA FIGURA DEL OMBUDSMAN COMO INSTRUMENTO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y VALORES DEMOCRÁTICOS

La democracia como forma de gobierno ha de defenderse mediante controles efectivos, constituyendo la figura del *Ombudsman* una de las herramientas para la defensa de los valores democráticos. Dado que las democracias deben adecuarse a los requerimientos del mundo moderno, estas deben caracterizarse por su flexibilidad para comprender las necesidades imperantes de la sociedad de nuestros días. Es por ello que el *Ombudsman* se configura como uno de los instrumentos democráticos modernos; una institución ágil con sencillos procedimientos para investigar las quejas ciudadanas sobre el comportamiento injusto de la Administración (Ochoa Cardich, 1996).

4.1.- Consideraciones generales: concepto, historia y caracteres

Según la RAE, el *Ombudsman* es:

«Voz sueca que significa ‘alto funcionario público encargado de proteger los derechos fundamentales de los ciudadanos ante los poderes públicos’. Debe sustituirse en español por las denominaciones propias de cada país: *defensor del pueblo*, en España y en la mayor parte de América del Sur; *defensor de los derechos humanos*, en México y algunos países centroamericanos; *defensor de los habitantes*, en Costa Rica; (...).».

Los antecedentes históricos más relevantes de la figura del *Ombudsman* se encuentran en Suecia, en los primeros años del siglo XIX y cuyo término sueco que lo designa significa «el hombre (man) del(s) mandato (*ombud*)» (Prat s.f. en Cardich, 1996). Esta institución fue fundada en el contexto de las tradicionales y políticas escandinavas y su cometido consistía en supervisar a los funcionarios de la Administración Pública y a los jueces con base en un mandato parlamentario (Constenla, 2015).

Aunque ya previamente se había ido precisando una institución que, con carácter general, podría estimarse antecedente del actual *Ombudsman*, hasta la Constitución sueca de 1809 la figura no consigue los matices que hoy ayudan a reconocerla con claridad.

En sus inicios, el *Ombudsman* se presenta vinculado al Rey, del que era «Comisario Supremo». Este precedente de la figura actual fue instaurado por Carlos XII en 1713 para cumplir la función general de supervisar la Administración y enjuiciar a los funcionarios en caso de delitos graves, cuando fuese necesario. En 1719 cambió su denominación por la de «Canciller de Justicia» y se trataba de un representante real cuyo propósito era el de controlar a sus funcionarios en un tiempo donde los poderes ejecutivo y judicial estaban en las mismas manos (Alonso, 2017).

La evolución de la esencia parlamentaria de la figura, que hoy es una característica primordial de la misma, empieza a mediados del siglo XVIII, concretamente en 1766 cuando fue designada por los estamentos representativos o por el Parlamento si bien, esta evolución no fue continuada. El perfil parlamentario definitivo de 1809 fue atribuido a la apreciación de una menor eficacia de la institución como resultado de su falta de independencia; es decir, se llegó a la conclusión de la que insuficiencia de independencia perjudicaba su cometido e impedía la adecuada protección al ciudadano. Por tanto, se manifiesta desde la creación del primer *Ombudsman* que este va a tener como distintivo propio e irrenunciable su carácter independiente de los sujetos a los que debe orientar su labor (Alonso, 2017).

En este texto constitucional, el *Justitie-Ombudsmannen* se configura como un comisionado parlamentario destinado al control de la Administración, al que se le encarga supervisar las actuaciones de los funcionarios pertenecientes a las distintas administraciones, de los órganos jurisdiccionales e incluso de la Iglesia Luterana, y la delimitación de su ajuste

a la legalidad, investigando los casos más notables de desobediencia a la voluntad general configurada por el Parlamento, o en otras palabras, a la ley. Como órgano parlamentario, el *Ombudsman* debía rendir cuentas anualmente al órgano legislativo y, por la misma razón, el Parlamento tenía la posibilidad de transmitirle directrices o comunicaciones al comisionado. Sin lugar a dudas, la relación entre ambos era la típica de un mandante y un mandatario. Igualmente, la presencia estable del *Ombudsman* posibilitaba una continuación en la labor parlamentaria de control (Alonso, 2017).

Aún con la evolución a favor del Parlamento y de la consecuente pérdida de peso político del monarca, seguía haciéndose necesaria la conservación de la figura del *Ombudsman* dada la necesidad de ejercer un control sobre la administración y sus funcionarios por la inexistencia de un instrumento de revisión judicial de su actividad. Es por ello que, casi un siglo después, otras democracias nórdicas crearon una figura semejante pero desarrollada; en concreto, Finlandia en 1919, Dinamarca en 1955 y Noruega en 1962 (Alonso, 2017).

No obstante, la situación en otros países europeos era bastante diferente. Con el establecimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa francesa en la era napoleónica y su aceptación en diferentes países, incluyéndonos a nosotros, la figura del *Ombudsman* parecía no tener ajuste. Sin embargo, esta será acogida con posterioridad por algunas constituciones modernas basadas en las características básicas del *Ombudsman* original pero con adaptaciones a los cambios en los sistemas constitucionales y con funciones novedosas (Alonso, 2017).

El progreso del principio monárquico en Europa y la inclinación del panorama político al sistema parlamentario permitieron que la figura del *Ombudsman* fuera perfilando sus características hasta presentarse con las señas de identidad con las que la conocemos hoy. En primer lugar, el incremento del prestigio del *Ombudsman* dio como resultado la desaparición o la transformación hacia un perfil parlamentario de diversos organismos semejantes que antes dependían del poder ejecutivo. Asimismo, el aumento de las funciones estatales trajo consigo un elevado número de conflictos entre la Administración y los ciudadanos, lo que unido a la estimación de que los instrumentos de control clásicos eran

insuficientes, llevó a sopesar que la figura podía llevar a cabo funciones más amplias, defendiendo los derechos de las personas si conocían sus quejas (Alonso, 2017).

Igualmente, el carácter de mandatario del Parlamento que ostentaba el *Ombudsman* también se fue diluyendo, afianzándose en su lugar un estatus caracterizado por la independencia en su criterio y actuación. Como consecuencia de lo anterior, también van a cambiar las relaciones entre el Parlamento y la figura, de manera que los informes anuales ya no van a constituir una redición de cuentas, sino más bien un compendio del trabajo efectuado de forma independiente; es decir, simplemente se pretenden hacer públicas las conclusiones de la labor desarrollada. Además, se precisan las características de los titulares de la institución, de manera que se requiere que sean personas de reconocido prestigio moral y jurídico que promuevan consenso parlamentario sobre su aptitud para la ocupación y desarrollo de su función constitucional (Alonso, 2017).

En definitiva, la labor del *Ombudsman* versa sobre el ejercicio de la *auctoritas* que le otorga el Parlamento a través de su nombramiento, que a su vez está respaldado por una sólida trayectoria personal y el desempeño diario. La autoridad de esta institución es ejercida mediante investigaciones, especialmente mediante resoluciones o recomendaciones orientadas a las autoridades y funcionarios; excluyéndose así la antigua persecución penal que le era propia y los actos de los órganos jurisdiccionales que se encuentran protegidos por el principio constitucional de independencia (Alonso, 2017).

Con la modernización de esta figura, la institución del *Ombudsman* ha sido acogida en un elevado número de países. No hay duda que el triunfo del *Ombudsman* y la garantía adicional que representa dicha figura es una realidad evidente. Por ello, las constituciones o legislaciones modernas han optado por incluir una institución que se configura estrictamente como esta figura o con características muy semejantes.

El afán de ahondar en las garantías que protegen el Estado de Derecho ha encaminado una propagación de la figura en numerosos sistemas jurídicos, de manera que hoy podemos hallarla en diversos Textos fundamentales de países con principios democráticos. Así pues, la difusión del *Ombudsman* es una fortalecida realidad (Alonso, 2017).

Actualmente se caracteriza por ser un órgano de jerarquía constitucional del Estado, dotado de plena autonomía política, presupuestaria y administrativa, que garantiza los derechos fundamentales de las personas ante la actuación de la Administración Pública.

El Defensor del Pueblo es una figura próxima a los ciudadanos por:

- a) El desempeño de una importante función de mediación social en la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales ante quienes se encuentran en la mejor situación para vulnerarlos: las administraciones.
- b) El hecho de ser un organismo diseñado para proteger el interés público en general en lo que se refiere a este ámbito.

En este sentido es necesario enfatizar la importante función de mediación social desarrollada por la figura del *Ombudsman*, que va más allá del cometido estrictamente legal de fiscalizar y anunciar si la actuación de los funcionarios es conforme con las leyes del Parlamento (Díaz, 1999). A medida que los ciudadanos acuden cada vez más a dicha institución y en que las acciones de esta afectan los intereses sociales generales en la protección de los derechos fundamentales, la figura desarrolla más el papel de mediador o árbitro social, tratando de encontrar entre la Administración – y sus trabajadores – y los ciudadanos, una solución más cercana a la protección de los intereses de estos últimos protegidos por la ley.

La principal labor del Defensor del Pueblo como fiscalizador de las actividades de la Administración Pública para proteger los derechos de los ciudadanos se manifiesta en la tramitación de sus denuncias y su adecuada investigación, su legitimidad para apelar la inconstitucionalidad y protección, así como la posibilidad de formular recordatorios, recomendaciones o sugerencias a las autoridades y funcionarios (Codes Calatrava, 2010).

Según Anguita, entre las principales características que determinan la singularidad del Defensor del Pueblo destaca la necesidad de dar a conocer al Parlamento los resultados de sus actividad (Codes Calatrava, 2010). Es por ello que la correcta realización de este trámite permitirá, como señala el autor, que el Defensor del Pueblo esté cumpliendo la misión de control que le ha sido encomendada y que el poder legislativo disponga de los

materiales necesarios para tomar las medidas que ayuden a afrontar los problemas señalados en los informes.

Cabe resaltar aquí la incongruencia que sería el hecho de que el *Ombudsman* fuese elegido por el Poder Ejecutivo en lugar de por el Parlamento, siendo conveniente que sea el Poder Legislativo quien lo designe dada su labor de representación del pueblo y persiguiendo el objetivo fundamental de detectar disfuncionalidades en el marco de actuación de las Administraciones Públicas (Ochoa Cardich, 1996)

Finalmente, como se puede apreciar, es un instrumento al servicio de la construcción de una sociedad civil donde los valores superiores democráticos y del ordenamiento jurídico obtengan el mayor grado de efectividad posible.

4.2.- Modelos de la figura del Ombudsman en Europa

En la actualidad, diversos Estados democráticos han introducido la figura del *Ombudsman* en su estructura organizativa – o una semejante a la misma teniendo en cuenta las particularidades propias de cada sistema legal –, buscando acercarse a la concepción nórdica originaria (Alonso, 2017).

En Suecia, el *Ombudsman* es un supervisor de la Administración Pública que defiende a los ciudadanos y detenta amplios poderes para obtener cualquier documento de la Justicia y la Administración. Su selección la efectúa el Parlamento – *Riksdag* –, pero indirectamente a través de una Comisión electora en la que participan los representantes políticos en función de sus votos (Ochoa Cardich, 1996).

Apuntando a su intervención, este puede actuar por iniciativa propia o por las quejas o denuncias escritas, específicas y firmadas que se presenten si bien, no es preceptivo que a las mismas le acompañen documentos o pruebas dado que, con carácter general, los sujetos no cuentan las poseen al estar en el poder de la Administración o la Justicia (Ochoa Cardich, 1996)

Asimismo, en Suecia el *Ombudsman* no forma parte de la jerarquía administrativa y su labor como supervisor no ha de obstaculizar el normal funcionamiento de la

Administración. Por ello, sin paralizar los canales judiciales o administrativos, investiga y reclama información a aquellos obligados a proporcionársela (Ochoa Cardich, 1996)

Por otro lado, el control que ejecuta es un control *de mérito o de oportunidad*, el cual es valorado a través de los informes que la figura presenta al *Riksdag*. Sin lugar a dudas, este control ha tenido magníficos resultados dado que el *Riksdag* ha ido adoptando recomendaciones del *Ombudsman* en leyes para mejorar los procedimientos administrativos (Ochoa Cardich, 1996).

En Finlandia, el *Ombudsman* se incorporó a la Constitución en 1919 siguiendo el modelo sueco. Según la misma, la figura debe observar el cumplimiento de las leyes por parte de los tribunales y otras autoridades en su actividad. Igualmente, cuando un juez u otro funcionario vulnera los derechos legales de los ciudadanos o se extralimite de sus facultades en el desempeño de sus funciones, cometiendo prácticas defectuosas por parcialidad o negligencia grave, debe proceder a tomar las medidas necesarias (Söderman, 1993).

Resulta fundamental destacar en este sentido la existencia de la figura del Canciller de Justicia en el seno del Gobierno, cuyas facultades coinciden parcialmente con las del *Ombudsman*. Se podría establecer que el Canciller vigila la Administración por dentro, desde el Gobierno – supervisando el cumplimiento de la ley por parte de las autoridades como los ministros del Gabinete –, mientras que el *Ombudsman* lo hace por fuera, desde el Parlamento (Söderman, 1993).

La garantía de la independencia del Defensor del Pueblo finlandés radica en que es el Parlamento quien lo elige cada cuatro años. El Parlamento no puede interferir en su gestión salvo cuando revisa su informe anual y formula comentarios al respecto. Su gestión se fundamenta en que el Parlamento le otorgó facultades de control del cumplimiento de las leyes y en esta gestión interviene de forma independiente y conforme a sus propias convicciones (Söderman, 1993).

Hay dos cometidos principales en la gestión del *Ombudsman*. El primero es resolver las quejas ciudadanas y el segundo es realizar las inspecciones necesarias, la mayoría de las cuales se llevan a cabo en prisiones, así como también en las unidades de las Fuerzas

Armadas. Igualmente, este controla a los tribunales y otras agencias administrativas de acuerdo con sus consideraciones y planes anuales (Söderman, 1993).

Cabe señalar que el *Ombudsman* finlandés tiene derecho a iniciar procesos judiciales contra los funcionarios públicos o adoptar medidas disciplinarias contra los mismos si bien, esta facultad raramente ha sido empleada y existe principalmente para dar credibilidad al sistema – la respuesta más común es advertir sobre una actuación ilegal o negligente dado que las propias autoridades enmiendan su error y los ciudadanos obtienen sus derechos – (Söderman, 1993).

En España, el Defensor del Pueblo es el Alto Comisionado de las Cortes Generales cuya función consiste en defender los derechos fundamentales y las libertades públicas mediante la inspección de la actividad de las Administraciones Públicas. Este es elegido por el Poder Legislativo, su mandato dura cinco años y no recibe instrucciones u órdenes de ninguna autoridad; desarrollando su cometido con total independencia, imparcialidad, autonomía y conforme a su criterio (Defensor del Pueblo, 2021).

En este sentido, todo ciudadano puede acudir al Defensor del Pueblo y requerir su actuación, la cual es gratuita, con el objetivo de que investigue algún comportamiento presuntamente irregular por parte de la Administración o sus funcionarios. Igualmente, también puede intervenir de oficio aunque no se haya presentado denuncia alguna (Defensor del Pueblo, 2021).

Esta institución comunica sus actuaciones a las Cortes Generales en el informe anual y puede presentar informes especiales sobre aquellos asuntos que estime graves, urgentes o que requieran una atención particular (Defensor del Pueblo, 2021).

En noviembre de 2009, las Cortes Generales asignaron las funciones de Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura (MNP) al Defensor del Pueblo, tras la ratificación de España del Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes. Es por ello que esta figura también efectúa visitas de carácter preventivo a las prisiones, orientadas a identificar disfuncionalidades que pudiesen fomentar la realización de prácticas de torturas o malos tratos. Las conclusiones a las mismas

se recogen en el informe presentado anualmente a las Cortes Generales y al Subcomité para la Prevención de la Tortura de Naciones Unidas (Defensor del Pueblo, 2021).

Por otra parte, el Defensor del Pueblo, como institución española de impulso y protección de los derechos humanos (INDH), establece relaciones de cooperación y asistencia técnica con las correspondientes instituciones nacionales de otros países, e impulsa de forma independiente las acciones que realizan los organismos internacionales sobre la situación de los derechos humanos en España (Defensor del Pueblo, 2021).

También Francia creó la figura del Defensor de los Derechos en julio de 2008 por la reforma constitucional. Conforme al artículo 71.1 de la Constitución francesa, esta es una institución encargada de garantizar que se respeten los derechos y las libertades por parte de las administraciones y, en general, aquellos que se destinen a ofrecer servicios públicos. Cualquier persona puede acudir a ella y esta debe rendir cuentas ante el Presidente de la República y el Parlamento (Alonso, 2017).

Esta figura puede encuadrarse en el modelo más reciente de *Ombudsman*, singularizado por supervisar el cometido de la Administración, y especialmente, por proteger los derechos humanos. Como señaló Elvira Perales «constituye una muestra más del proceso que ha ido sufriendo la originaria institución del *Ombudsman*, a medida que se expandía y adaptaba a las necesidades de los tiempos y de los territorios en los que se imponía» (Elvira Perales, 2011, en Alonso, 2017).

De lo que no hay duda es que el sistema del *Ombudsman* es muy popular. Países como Polonia, Hungría y Checoslovaquia han establecido o están en proceso de establecer figuras de *Ombudsman*. Igualmente, la Alemania Federal aprobó, por la Ley Fundamental de Bonn de 1949, la institución del *Ombudsman militar*, cuyas atribuciones y cometidos han versado en supervisar que se respetasen los derechos individuales y constituirse como una figura auxiliar para que el Parlamento controle las Fuerzas Armadas (Julio Prat, 1985, en Ochoa Cardich, 1996).

En definitiva, para el *Ombudsman* lo más importante es el aseguramiento del proceso legal en todo momento y el hecho de que los ciudadanos pueda disfrutar de sus derechos conforme a lo previsto en la ley (Söderman, 1993).

4.3.- El defensor del Pueblo Europeo

La institución del Defensor del Pueblo Europeo fue constituida por el Tratado de Maastricht de 1992 con el objetivo de resolver las reclamaciones concernientes a la defectuosa gestión en el desempeño de las instituciones y órganos de la Comunidad Europea (Söderman en Defensor del Pueblo Europeo, 2002).

Su base jurídica la encontramos en los artículos 20, 24 y 228 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, así como en el artículo 43 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, mientras que el Estatuto del Defensor del Pueblo y sus funciones fueron fijadas por una Decisión del Parlamento Europeo de 9 de marzo de 1994 y las modalidades de elección y destitución se recogieron en los artículos 231 a 233 del Reglamento interno del Parlamento Europeo (Unión Europea, 2021).

El Defensor del Pueblo Europeo investiga los casos de mala administración en las acciones de las instituciones, órganos y organismos de la Unión Europea; pudiendo intervenir por iniciativa propia o basándose en las reclamaciones interpuestas por los ciudadanos de la Unión o cualquier persona física o jurídica que viva o cuyo domicilio social resida en alguno de los estados miembros (Unión Europea, 2021)

Aludiendo a los objetivos del Defensor del Pueblo, este tiene por misión tanto reforzar la protección de los ciudadanos o de cualquier persona física o jurídica que se encuentre bajo su competencia – los requisitos se han establecido anteriormente – en caso de mala gestión en por parte de las instituciones, órganos y organismos de la Unión; como, en consecuencia, mejorar la transparencia y el control democrático de tales instituciones en su toma de decisiones y administración (Unión Europea, 2021).

En este sentido, la persona elegida como Defensor o Defensora del Pueblo Europeo ha de cumplir con las condiciones requeridas para ejercer las más altas funciones jurisdiccionales en su país de origen o tener la capacidad y experiencia manifiestas para desempeñar sus funciones; así como proporcionar suficientes garantías de independencia. Esta figura es elegida por el Parlamento Europeo, tras las elecciones europeas, para toda la legislatura con posibilidad de reelección y entre sus obligaciones se encuentran la de desempeñar sus funciones con total independencia para proteger los intereses de la Unión,

sus ciudadanos y personas físicas o jurídicas residentes; la de no solicitar ni aceptar instrucciones de ningún gobierno o institución; evitar cualquier comportamiento incompatible con la naturaleza de sus funciones; y no participar en ninguna otra función política o administrativa, o actividad profesional, remunerada o no (Unión Europea, 2021).

Dicho lo anterior, el Defensor del Pueblo Europeo se encarga de investigar las quejas sobre la mala administración – que tiene lugar cuando una entidad pública no trabaja conforme a una norma o principio obligatoria para ella – de las institución y órganos de la Comunidad Europea. Así, puede haber una mala administración si una institución no respeta los derechos básicos, los principios o normas que le son vinculantes o los principios de buena administración (Defensor del Pueblo Europeo, 2002).

Asimismo, pueden existir otras razones para interponer una solicitud como que suprima actos obligatorios, actúe irregularmente u obre cuando no sea necesario. Los problemas más comunes incluyen demoras innecesarias, la negativa a brindar información, la discriminación o el abuso de poder. Si bien para presentar una reclamación no se necesita demostrar que se ha visto afectado por el supuesto caso de mala administración, si debe haberse comunicado con la institución u órgano previamente y debe interponerse la reclamación en un plazo de dos años desde que se conocen los mismos (Defensor del Pueblo Europeo, 2002).

El Defensor del Pueblo Europeo es responsable de revisar las quejas contra instituciones y órganos comunitarios. Sin embargo, no entran dentro de sus competencias las actividades jurisdiccionales del Tribunal Europeo de Justicia – solo tiene competencia sobre actividades no judiciales como sus licitaciones o casos relacionados con el personal – ; las reclamaciones contra autoridades nacionales, regionales o locales, aún cuando se refieran a la legislación comunitaria; las actividades de los tribunales o Defensores del Pueblo nacionales – dado que no se trata de un órgano de apelación –; o las quejas relativas a la conducta de los funcionarios de la Unión (Unión Europea, 2021).

Cuando el Defensor del Pueblo informa al órgano responsable que ha recibido una denuncia, este último puede adoptar las medidas necesarias para solucionar el problema. Si el problema no es resuelto durante la investigación, el Defensor tratará de encontrar una

solución amistosa que, de no alcanzarse, le llevará a redactar un proyecto de reclamación en la que exija a la institución a tomar las medidas oportunas para corregir la mala gestión. Finalmente, si el órgano no acepta la recomendación, el Defensor puede entregar un informe especial al Parlamento Europeo (Defensor del Pueblo Europeo, 2002).

Una vez establecido lo anterior, el Defensor del Pueblo Europeo es un protector de los derechos fundamentales. La Unión Europea está firmemente comprometida con el respeto de los derechos fundamentales, proclamando en el año 2000 la Carta de los Derechos Fundamentales en Niza y cuyo artículo 43 recoge el derecho a reclamar al Derecho del Pueblo Europeo. Asimismo, la transparencia es una parte muy importante de la democracia, por lo que la Unión ha mantenido un fuerte compromiso con la misma y establece que las instituciones comunitarias tienen la obligación de salvaguardar el principio de transparencia (Defensor del Pueblo Europeo, 2002).

Igualmente, se ha de dar un funcionamiento adecuado de la Administración Pública en la que la ciudadanía ha depositado su confianza. Las instituciones comunitarias no siempre han constituido un ejemplo de eficacia si bien, desde que el Defensor del Pueblo llamó la atención sobre este tema, se está llevando a cabo un trabajo constructivo para mejorar la situación (Defensor del Pueblo Europeo, 2002).

También el Estado de Derecho es uno de los principios básicos en los que se basa la Unión Europea, lo que significa que ningún individuo o entidad, independientemente de su poder, puede vulnerar la ley con impunidad. Basándose en las reclamaciones recibidas, el Defensor del Pueblo ha notificado a la Comisión Europea – obligada a asegurar que los Estados miembros cumplan con la legislación comunitaria – numerosos casos de incumplimiento, lo que ha ayudado a garantizar el cumplimiento de la legislación comunitaria en todo el territorio de la Unión (Defensor del Pueblo Europeo, 2002).

Resulta fundamental apuntar que el personal de las instituciones comunitarias también puede presentar quejas ante el Defensor del Pueblo sobre aquellos problemas que sobrevengan con su empleador; cuestiones que el mismo ha resuelto con éxito (Defensor del Pueblo Europeo, 2002).

Finalmente, el Defensor del Pueblo Europeo ha creado relaciones laborales con otros actores institucionales importantes, como los órganos europeos y los Defensores del Pueblo de los Estados miembros, con el objetivo de atender las reclamaciones sobre mala administración de la manera más eficaz y oportuna posible, procurando dar la mejor respuesta a su cometido (Defensor del Pueblo Europeo, 2002).

5.- ¿IMPLANTACIÓN EN LA UNIÓN EUROPEA DE UN *OMBUDSMAN* EN EL ÁMBITO DE LA INTELIGENCIA?

La nueva realidad de la Seguridad requiere que la existencia de otros medios de control de los servicios de inteligencia con dos objetivos: para preservar el orden constitucional por parte de los Servicios, y para asegurarles a estos y sus miembros una cobertura constitucional y orgánica que impida que el poder ejecutivo se aproveche de los mismos conforme a sus propios intereses (Pulido Gragera, J., y Sansó-Rubert, D., 2020).

Como hemos podido observar, los mecanismos de control existentes no satisfacen plenamente las necesidades de los servicios de inteligencia en la realización de su cometido sin exponer a los profesionales y órganos de Inteligencia a probables situaciones de indefensión. Igualmente, nos encontramos en una sociedad cada vez más consciente del campo de la Inteligencia y su preocupación por el mantenimiento de los derechos y libertades fundamentales así como del propio orden constitucional, con inquietud por posibles desviaciones o malas prácticas profesionales (Pulido Gragera, J., y Sansó-Rubert, D., 2020).

Dada la necesidad de lograr un equilibrio entre la Seguridad Nacional y las libertades públicas, resulta inevitable plantearse el establecimiento de un control especial, independiente y autónomo que asegure el cumplimiento de los derechos fundamentales tanto de los miembros de los servicios de inteligencia como de todos los ciudadanos ante posibles situaciones de indefensión derivadas de los actos efectuados por estos órganos.

La creación de un *Ombudsman* en el ámbito de la Inteligencia no es nuevo en el contexto internacional. Solo hay que acudir a estados como el australiano, al llamado Inspector General para la Comunidad de Inteligencia estadounidense o al comité de

Inteligencia y Seguridad del Reino Unido para observar como estas instituciones fortalecen sistemas de Inteligencia democráticos (Pulido Gragera, J., y Sansó-Rubert, D., 2020).

Apoyándome en las anteriores iniciativas de éxito, así como en las reflexiones realizadas por los profesores Julia Pulido Gragera y Daniel Sansó-Rubert sobre la implantación en España de la figura del *Ombudsman* en el ámbito de la Inteligencia, sugiero la creación del *Ombudsman* para el control de la actividad de los servicios de inteligencia de los Estados miembros de la Unión Europea, que asegure el cumplimiento de los derechos básicos presentes en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Este modelo tiene como objetivo garantizar una respuesta sensata y neutral ante probables situaciones de desamparo y abuso y proteger tanto a los propios integrantes de los servicios de inteligencia en el desempeño de sus funciones como a los ciudadanos con capacidad para solicitar amparo en tales situaciones, dentro de la tendencia de protección y garantía multinivel de los derechos y libertades fundamentales propia del constitucionalismo moderno.

A modo de justificación del planteamiento de instaurar dicha figura, cabe señalar que el Parlamento Europeo aprobó una resolución en la que solicitaba a la FRA, entre otros, que efectuara una investigación acerca de la protección de los derechos fundamentales en el ámbito de la vigilancia, concretamente, en cuanto a las vías de recurso; lo que dio lugar a la publicación por parte de la FRA en 2015 de su informe *La vigilancia de los servicios de inteligencia: salvaguardias y tutela de los derechos fundamentales en la UE-Volumen I: Marcos legales en los distintos Estados miembros*. No obstante, desde 2015 han tenido lugar diversos acontecimientos – tales como graves ataques terroristas o una ascendente ola de ciberataques – que han dado como resultado que varios estados de la Unión Europea hayan incluido legislaciones que refuercen la recopilación en materia de inteligencia y la ampliación del ámbito de aplicación de la misma para englobar una mayor actividad y mejorar la salvaguarda contra los abusos (Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 2018).

Es por ello que se publicó en 2018 un segundo informe de la FRA – que es el que se toma como referencia en el presente trabajo – que actualiza el análisis jurídico de la Agencia

y lo complementa a través de análisis de campo y entrevistas con expertos en la materia; constituyendo ambos la respuesta de la Agencia a la solicitud del Parlamento Europeo. En este sentido, en el mismo se puede observar la afirmación de una autoridad de protección de datos de que «el ciudadano medio ni siquiera sabe adónde dirigir una reclamación» o la de un órgano especializado de supervisión de que «no se considera que (el marco jurídico que regula la protección de los denunciantes) sea muy efectivo. Por ello, cada cierto tiempo se presenta la reivindicación política de que es necesaria una protección general para los denunciantes» (Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 2018).

Lo anterior no hace más que demostrar y reforzar la necesidad de reflexionar acerca de la implantación en la Unión Europea del *Ombudsman* en el ámbito de la inteligencia dadas las carencias del sector, por lo que a continuación plantearé una serie de propuestas acerca del mismo, siendo consciente de que requiere de un mayor desarrollo específico sobre los detalles de la institución, que excede con mucho del espacio y objeto del presente trabajo. En todo caso, al menos, se pretende introducir el debate en esta materia y explorar posibles opciones e iniciativas para su implementación; habida cuenta de la relevancia de procurar la mayor garantía posible de los derechos fundamentales frente a las actividades especialmente sensibles en este ámbito desempeñadas por los servicios de inteligencia en el escenario de seguridad vigente.

En primer lugar, a mi parecer ha de ser como el Defensor del Pueblo Europeo pero exclusivo para el ámbito de los derechos fundamentales y los servicios de inteligencia. Partiría de la base jurídica del Defensor del Pueblo Europeo – anteriormente establecida – y de los principios sobre la protección y la promoción de la institución del Defensor del Pueblo, también conocidos como «los Principios de Venecia» adoptados por la Comisión de Venecia en su 118º Sesión Plenaria en marzo de 2019, y los extrapolaría al *Ombudsman* europeo en materia de Inteligencia pero con modificaciones, dada la especificidad de esta figura.

Aludiendo a su estructura, debería tratarse de un órgano funcional y orgánicamente autónomo, independiente de toda institución, lo que le concedería un estatus de independencia y autonomía suficiente con el objetivo de no tener ningún tipo de vinculación. De no ser posible lo anterior – aunque sería lo deseable –, sugeriría que dentro de la

institución del Defensor del Pueblo europeo se crease una sección dependiente orgánicamente pero funcionalmente independiente para esta figura y que se convirtiese en su conjunto en un órgano colegiado, teniendo presente el cometido y las particularidades propias de cada uno. Lo más relevante es que si la reclamación incide en los Derechos Fundamentales de los ciudadanos de la Unión Europea y los servicios de inteligencia se acuda al *Ombudsman* especializado.

En lo relativo al procedimiento de elección del mismo, la idea de independencia se fortalecería a través de una necesaria obtención de mayoría cualificada por parte del Parlamento Europeo, como institución que representa directamente a los ciudadanos de la Unión y su legitimidad directa obtenida en las elecciones libres, lo que exigiría un consenso y entendimiento por parte de los grupos parlamentarios. Asimismo, citando el perfil de dicha figura, el cargo lo debería ocupar una persona de reconocido prestigio que, además de ostentar los rasgos esenciales contemplados en «los Principios de Venecia», tenga amplio conocimiento del ámbito de los derechos fundamentales, la Seguridad Nacional y los aspectos vinculados con los servicios de inteligencia.

Sin lugar a dudas, el *Ombudsman* europeo en materia de Inteligencia no podrá realizar actividades políticas, administrativas o profesionales durante su mandato dada la especificidad, sensibilidad y relevancia de su cargo, al igual la duración del mismo debería ser más largo que el mandato de la institución que le ha nombrado, sugiriendo que se sitúe en siete años y sin posibilidad de reelección.

Por otro lado, la singularidad de esta figura no le exime de dar cuenta de su gestión al Parlamento Europeo como prueba del cumplimiento de la misión de control que le ha sido encomendada. Si bien, debido nuevamente a su especiales atribuciones, debe mostrar algunas peculiaridades. Es por ello que propongo la creación de una subcomisión específica, dentro de la Comisión de Asuntos Exteriores del Parlamento, a la que el *Ombudsman* europeo en materia de Inteligencia rinda cuentas de su cometido. En este sentido, dada la sensibilidad de la materia que va a conocer, esta subcomisión no ha de ser pública y el informe que el *Ombudsman* presente debe tener carácter secreto y no extenderse en detalles,

informando acerca del número de incidentes que ha recibido, aquellos que se han puesto en conocimiento de las autoridades oportunas y los que se han solventado (o no) con éxito.

En cuanto a las funciones del *Ombudsman* europeo en materia de inteligencia, estas se encuadrarían bajo la idea de dar respuesta a las solicitudes de amparo ante actividades de Inteligencia que puedan poner en entredicho el cumplimiento de los derechos fundamentales recogidos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea; protegiendo tanto a los miembros de los servicios de inteligencia en el desempeño de sus funciones como a los ciudadanos frente a posibles situaciones de abuso.

Una particularidad – y desemejanza con el Defensor del Pueblo europeo – a tener en cuenta para la intervención del *Ombudsman* europeo en inteligencia es la obligatoriedad de la existencia de una denuncia, reclamación o queja, dado que este no puede estar escrudiñando en tales ámbitos, ni actuar de oficio, debido a su especial y sensible labor.

Una vez se ha puesto en su conocimiento la posible existencia de una mala práctica o vulneración, la figura debe tener capacidad para acceder a la documentación necesaria o a las personas oportunas – bajo unos evidentes límites tales como la prohibición de realizar copias, grabaciones o hacer públicas sus investigaciones –, con el objetivo de constatar la existencia o no de tal abuso e informar a la persona e institución responsable, en función de dónde esté adscrito el Servicio – ya sea el Presidente, el Ministro o Ministerio competente, o el propio servicio de inteligencia –, para que se tomen voluntariamente las medidas necesarias. Asimismo, en caso de ausencia de voluntad de solucionar la cuestión, el *Ombudsman* ha de ser capaz de reclamar, amonestar o instar a la persona o institución responsable a adoptar las medidas oportunas para enmendar la situación.

Cabe resaltar aquí que en última instancia, ante la inacción o desinterés de actuar, el *Ombudsman* europeo en materia de inteligencia debería tener capacidad para realizar un informe constitutivo de denuncia que fuese admisible en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con el fin de que sea este órgano el que continúe con el proceso que satisfaga el cumplimiento de la reclamación y proteja los derechos reivindicados.

Otra de las funciones que debería desempeñar la figura sería redactar y emitir sugerencias y recomendaciones con el objetivo de crear o suprimir normas que ayuden a

proporcionar un marco jurídico claro, promuevan la continuidad de la supervisión y garanticen la salvaguardia de los derechos así como la protección de los denunciantes.

Por todo lo anterior, el *Ombudsman* europeo en materia de Inteligencia sería una institución cuyo objetivo es preservar los derechos fundamentales tanto de los miembros de los servicios de inteligencia como de todos los ciudadanos de la Unión Europea que se puedan ver afectados en el desempeño de las específicas labores de las agencias, actuando como una figura de fiscalización y amparo.

No obstante, al igual que beneficios también presenta problemáticas. Por un lado, se trataría de una figura objetiva, independiente, transparente, justa e imparcial, que contaría con amplio consenso para su elección y cuyo principal cometido es primar los derechos fundamentales de la Unión Europea en un ámbito tanto concreto como es el que nos ocupa. Un aspecto importante es su actuación a nivel comunitario, evitando así la tentativa de encubrir posibles vulneraciones dentro de las fronteras. Asimismo, no cabe olvidar que un defensor de los derechos básicos supone un elemento fundamental de un Estado basado en la democracia, en el Estado de Derecho, en el respeto de los derechos humanos y libertades fundamentales y el buen gobierno.

Sin embargo, soy consciente de que la soberanía y el carácter secreto de las actuaciones de los servicios de inteligencia constituyen unos hándicaps trascendentales. Se trata de un ámbito especialmente particular y propio de los Estados en su anhelo de ostentar una posición lo más ventajosa posible, asesorando y advirtiendo al poder político sobre los eventuales riesgos para el Estado. No obstante, la esencia de la cooperación radica en la voluntad de los Estados de colaborar con otros más allá de sus fronteras y cuestiones como la gestión de fronteras exteriores de los países miembros de la Unión Europea o la creación de la Europol – la agencia de la Unión Europea en materia policial – también versan sobre asuntos vinculados con la soberanía nacional de los Estados donde se puede observar que ha habido una cesión de la misma en favor de la Unión.

Igualmente, como se ha establecido anteriormente, los mecanismos de inteligencia han recibido con frecuencia la calificación de *secretos* si bien, esta cualidad solo se manifiesta cuando es necesario preservar la eficacia de sus investigaciones – protegiendo

que materias, hechos o decisiones concretas no sean conocidas por personas que podrían usar la información para vulnerar los intereses del Estado – y no como forma de ocultar actividades o actos ilegales. Sin duda, la pretensión principal que se persigue con la presente propuesta es la de dar respuesta a una necesidad que demandan todas las democracias y contribuir a que la aplicación de la ley respete el Estado de Derecho, por lo que carecería de lógica que no fuese controlable política y socialmente.

En definitiva, debido al aumento de las amenazas que plantean el terrorismo, los ciberataques y las complejas redes delictivas transfronterizas, la actividad de los servicios de inteligencia se ha vuelto más urgente, compleja e internacional; aunque esta labor puede incidir seriamente en los derechos fundamentales de los ciudadanos. Sin embargo, una supervisión eficaz y vías de recurso oportunas pueden detener posibles abusos y garantizar el cumplimiento de los derechos básicos que han de estar vigentes en todo Estado democrático, invitándose a reflexionar acerca de la necesidad de esta figura.

6.- CONCLUSIONES

Tras el análisis realizado sobre los servicios de inteligencia, su difícil equilibrio con los derechos fundamentales, los mecanismos existentes de control de su cometido y la proposición de implantar la figura del *Ombudsman* europeo en materia de Inteligencia, cabe destacar ciertas valoraciones:

- 1) La coyuntura internacional en la que actúan los servicios de inteligencia se encuentra en constante y profunda transformación, obligando a estos a ser más flexibles y adaptarse a nuevas situaciones, desafíos y factores. Si bien el empleo de la información ha sustentado los procesos de toma de decisiones a lo largo de la historia, tras los acontecimientos del 11 de Septiembre de 2001 la posición de los servicios de inteligencia ha cambiado en todo el mundo. La Sociedad Internacional en la actualidad se encuentra caracterizada por la globalización económica, las interrelaciones tecnificadas y su fundamento informacional, por lo que la Inteligencia debe considerarse una solución preventiva, rápida y eficaz a las amenazas existentes en nuestros días.
- 2) Los Servicios de Inteligencia tienen como objetivo otorgar al poder ejecutivo una serie de informaciones políticas, económicas, técnicas, científicas y militares, oportunamente contrastadas, valoradas y analizadas que le permitan tomar decisiones sobre en política exterior y relaciones internacionales, así como impedir situaciones que amenacen la seguridad nacional o perjudiquen a los intereses nacionales.
- 3) Debido al específico y sensible cometido que realizan los servicios de inteligencia, en opinión mayoritaria de los expertos, los Estados democráticos son los únicos que pueden acoger un servicio de inteligencia, cuya función ha de desempeñarse conforme al ordenamiento jurídico y excluyendo actividades que vulneren la ley. Sin embargo, debe de tenerse en cuenta que, a mayor seguridad, menor libertad, por lo que resuelta imprescindible realizar una valoración y plantearnos si estamos dispuestos a ceder ciertas áreas de libertad buscando una mayor protección.
- 4) La actividad de la Inteligencia requiere una vocación de servicio a la sociedad, al interés general y al Estado, dado que para la obtención de la información puede que los servicios de inteligencia realicen actuaciones que incidan sobre los derechos fundamentales al tratar de conseguir informaciones ocultas. Es por ello que las Constituciones y leyes

deben establecer los límites de los derechos básicos y definir hasta dónde pueden llegar los servicios de inteligencia dentro de los parámetros constitucionales.

- 5) Las actuaciones de los servicios de inteligencia suelen recibir la calificación de secretas o confidenciales para que no sean conocidas por personas que podrían vulnerar los intereses del Estado o suponer una amenaza para la seguridad nacional. Sin embargo, esta cualidad solo se manifiesta cuando sea necesario preservar la eficacia de sus investigaciones, por lo que la colisión del derecho a la publicidad de los actos de los poderes públicos y la facultad del Estado de limitar la información general se resuelve en favor de la Seguridad si bien, no ha de considerarse la norma general.
- 6) Vinculado a lo anterior, los servicios de inteligencia en los Estados democráticos se encuentran integrados en la Constitución y han de contar con controles efectivos sobre su labor con el objetivo de que desempeñen la misma de manera legal y efectiva, no resultando aceptable la existencia de instituciones ajenas al control político y social. Por ello, podemos encontrarnos distintos tipos de controles como el parlamentario, el efectuado por el poder ejecutivo, el control judicial, el que realiza el propio servicio de inteligencia, el que lleva a cabo la opinión pública y el extrajudicial a través de órganos no judiciales pero con semejante independencia que un tribunal.
- 7) Resulta bastante cuestionable que los controles establecidos respondan a todas las necesidades que demandan los Servicios de Inteligencia, sus integrantes y la sociedad en su conjunto para asegurar la protección de los Derechos y Libertades de los ciudadanos, debido a que son muchos los escándalos que han sacudido a estos servicios, tales como las «escuchas del Cesid» o el Caso Perote.
- 8) Aludiendo al control extrajudicial, el *Ombudsman* o Defensor del Pueblo es un órgano del Estado con plena autonomía política, presupuestaria y administrativa encargado de salvaguardar los derechos fundamentales de las personas ante la actuación de la Administración Pública. Este debe presentar los resultados de su desempeño ante el Parlamento en cumplimiento de la misión de control que le ha sido encomendada y con el propósito de que el poder legislativo adopte las medidas oportunas para superar los problemas señalados en los informes.

- 9) Numerosos Estados democráticos han introducido la institución del *Ombudsman* en su estructura organizativa con las particularidades propias de cada sistema legal si bien, en todos ellos se trata de una figura al servicio de la sociedad que trata de proteger los valores superiores democráticos y del ordenamiento jurídico.
- 10) Tal es la relevancia de la figura del *Ombudsman* que también se encuentra presente en la organización supranacional de la Unión Europea como órgano que investiga los casos de mala administración en las actuaciones de las instituciones y órganos de la Unión y garantiza la protección de los derechos fundamentales. Este tiene por misión reforzar la protección de los ciudadanos que se encuentre bajo su competencia en casos de mala gestión por parte de las instituciones y mejorar la transparencia y el control democrático de estas.
- 11) Se ha promovido la reflexión acerca de la necesidad de establecer un control especial, independiente y autónomo que asegure el cumplimiento de los derechos fundamentales tanto de los miembros de los servicios de inteligencia como de todos los ciudadanos ante posibles situaciones de indefensión, debido a la consideración de que los mecanismos de control existentes no cumplen con todas las necesidades que este ámbito demanda y las conclusiones obtenidas por parte de la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea sobre este tema.

Basándome en las exitosas iniciativas del *Ombudsman* en el ámbito de la Inteligencia en el contexto internacional, así como en las reflexiones realizadas por expertos nacionales e internacionales en el campo de la inteligencia y los derechos fundamentales, he sugerido la creación del *Ombudsman* para los servicios de inteligencia de los Estados miembros de la Unión Europea, que asegure el cumplimiento de los derechos recogidos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión.

Se trataría de un órgano funcional y orgánicamente autónomo, independiente de toda institución, cuyas funciones se orientarían a dar respuesta a las solicitudes de amparo ante posibles vulneraciones cometidas por los servicios de inteligencia de los países miembros de la Unión en el desempeño de sus funciones, y emitir sugerencias y recomendaciones para proporcionar un marco jurídico claro que garantice la salvaguarda de los derechos y la protección de los denunciantes.

No obstante, existirían dos principales impedimentos en su establecimiento que serían la soberanía de los Estados – y su reticencia a ceder aspectos de la misma – y la especificidad de su labor, amparada en múltiples ocasiones por el carácter secreto de sus actuaciones si bien, no considero que estos sean obstáculos insalvables dada la voluntad de cooperación, en virtud de los objetivos y valores superiores que caracterizan la génesis y fines de la Unión Europea.

Finalmente, cabe señalarse que la propuesta de esta figura se ha efectuado con consciencia de que se trata principalmente de un *desiderátum* recogido a grandes rasgos y que requiere de un desarrollo pormenorizado adicional de la configuración específica de la institución, que escapa del objeto y extensión del presente trabajo. Sin embargo, la realidad es que existen vulneraciones en este ámbito y por consiguiente, resulta necesario la existencia de mecanismos efectivos que satisfagan el cumplimiento de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

7.- REFERENCIAS

7.1.- Fuentes normativas

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea.

Unión Europea. Decisión (CECA, CE, Euratom) 94/262 del Parlamento Europeo, de 9 de marzo de 1994, sobre el estatuto del Defensor del Pueblo y sobre las condiciones generales del ejercicio de sus funciones.

Unión Europea. Decisión (CECA, CE, Euratom) 2002/262 del Parlamento Europeo, de 14 de marzo de 2002, sobre el estatuto del Defensor del Pueblo y sobre las condiciones generales del ejercicio de sus funciones.

Unión Europea. Decisión (CE, Euratom) 2008/587 del Parlamento Europeo, de 18 de junio de 2008, por la que se modifica la Decisión 94/262/CECA, CE, Euratom, sobre el Estatuto del Defensor del Pueblo y sobre las condiciones generales del ejercicio de sus funciones.

Constitución Española. Boletín Oficial del Estado, 29 de diciembre de 1978, núm. 311.

España. Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo. Boletín Oficial del Estado, 7 de mayo de 1981, núm. 109.

7.2.- Informes de organismos e instituciones

Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. (2015). *La vigilancia por parte de los servicios de inteligencia: salvaguardias y tutela de los derechos fundamentales en la Unión Europea*. Austria: FRA – Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. (2018). *La vigilancia por parte de los servicios de inteligencia: salvaguardias y tutela de los derechos fundamentales en la Unión Europea-Volumen II*. Austria: FRA - Agencia de los Derechos

Fundamentales de la Unión Europea.

Comisión Europea para la democracia a través del derecho (Comisión de Venecia). (2019). *Principios sobre la protección y la promoción de la institución del Defensor del Pueblo* (“*Los principios de Venecia*”). Recuperado 11 julio 2021 de <https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2019/04/Principios-de-Venecia-esp-versión-29-03-19-1.pdf>

7.3.- Bibliografía doctrinal

- Aba Catoria, A. (2002). El secreto de Estado y los servicios de inteligencia. *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*(38/39), 133-168.
- Alonso, F. L. (2017). *Los defensores del pueblo en España* (Vol. 1). Madrid: Reus.
- Bonilla Navarro, D. (2004). Estudios sobre Inteligencia: Fundamentos para la Seguridad Nacional. *Instituto Español de Estudios Estratégicos*.
- Codes Calatrava, J. M. (2010). *El Defensor del Pueblo y sus relaciones con las Cortes Generales*.
- Constenla, C. (2015). *El defensor del pueblo en América Latina*.
- Defensor del Pueblo Europeo. (2002). ¿Cómo puede ayudarle el Defensor del Pueblo Europeo? *Comunidades Europeas*, 1-29.
- Díaz, R. L. S. (1999). Los puntos negros de la institución del Defensor del Pueblo. *Jueces Para La Democracia*, 35, 3–9.
- Esteban Navarro, M. A. (2004). Estudios sobre Inteligencia: Fundamentos para la Seguridad Internacional. *Instituto Español de Estudios Estratégicos*.
- Martínez Robledos, M. (2015). Órganos y organismos constitucionales autónomos: una reforma pendiente. ¿Fortaleza o debilidad del Estado? *El Cotidiano*. Universidad Autónoma Metropolitana Unidad Azcapotzalco, núm. 190, pp.123-143.
- Ochoa Cardich, C. (1996). El Defensor Del Pueblo como Problema Democrático. *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*(50), 295-311.

- Pérez Villalobos, M. C. (2002). *Derechos Fundamentales y Servicios de Inteligencia (Un estudio a la luz de la nueva legislación)*. Grupo Editorial Universitario.
- Pulido Gragera, J. y Sansó-Rubert, D. (2020). Reflexiones acerca de la implantación en España de la figura del Ombudsman en el ámbito de la Inteligencia. En Pulido Gragera, J. y Sansó-Rubert, D. (Coords.), *Seguridad y derecho: principales desafíos a debate* (p.173-190).
- Söderman, J. M. (1993). El Ombudsman en Finlandia. *Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*(3).
- Sánchez Barrilao, J. F. (2019). Servicios de Inteligencia, secreto y garantía judicial de los Derechos. *Teoría y Realidad Constitucional*(44), 309-340.
- Sansó-Rubert, D. (2004). Seguridad vs. libertad: el papel de los servicios de Inteligencia. *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*(48), 86-112.
- Sansó-Rubert, D. (2019). Los servicios de inteligencia como objeto extraño de regulación constitucional. *Revista de Estudios en Seguridad Internacional*, 5(2).
- Ugarte, J. M. (2001). Sistema de Inteligencia y Democracia. En B. A. León, *Función militar y control democrático* (págs. 175-236). Guatemala: Amanuense Editorial.
- Vacas Fernández, F. (2004). Estudios sobre inteligencia: Fundamentos para la Seguridad Internacional. *Instituto Español de Estudios Estratégicos*.

7.4.- Webgrafía

- Centro Nacional de Inteligencia. *Qué es el CNI*. Consultado 6 julio 2021 en <https://www.cni.es/es/queescni/quees/>
- Europol. *Acerca de Europol*. Consultado 27 agosto 2021 <https://www.europol.europa.eu/es/about-europol>
- European Union Agency for Fundamental Rights. *Sobre la FRA*. Consultado 10 julio 2021 en <https://fra.europa.eu/es/about-fra>
- Defensor del Pueblo. (2021). *Defensor del Pueblo*. Obtenido de ¿Qué es el Defensor?: <https://www.defensordelpueblo.es/el-defensor/que-es-el-defensor/>
- Defensor del Pueblo Europeo. *La función del Pueblo Europeo*. Consultado 3 julio 2021 en de <https://www.ombudsman.europa.eu/es/our-strategy/home/es>

Unión Europea. *Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (FRA)*. Consultado 10 julio 2021 en https://europa.eu/european-union/about-eu/agencies/fra_es

Venice Commission. *The Commission's activities*. Consultado 4 julio 2021 en https://www.venice.coe.int/WebForms/pages/?p=01_activities&lang=EN