

La vigilancia por parte de los servicios de inteligencia: salvaguardias y tutela de los derechos fundamentales en la Unión Europea - Volumen II

Resumen

El artículo 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea garantiza a todas las personas en la Unión Europea (UE) el respeto de la vida privada y familiar, mientras que el artículo 8 garantiza el derecho a la protección de los datos de carácter personal. En él se establece que tales datos deben tratarse de modo leal para fines concretos y se garantiza el derecho de toda persona a acceder a los datos recogidos que le conciernen y a obtener su rectificación. Estipula asimismo que una autoridad independiente debe controlar el cumplimiento de este derecho. El artículo 47 de la Carta garantiza el derecho a una tutela judicial efectiva, incluido el derecho de toda persona a que su causa sea oída equitativa y públicamente dentro de un plazo razonable.

Los servicios de inteligencia juegan un papel fundamental en la protección de la seguridad nacional y contribuyen a que la aplicación de la ley respete el Estado de Derecho. Debido a las crecientes amenazas que el terrorismo, los ciberataques y la delincuencia organizada plantean en la Unión Europea, la labor de los servicios de inteligencia tiene un carácter cada vez más urgente, complejo e internacional.

Los métodos de vigilancia digital son recursos importantes para las labores de inteligencia y abarcan desde la interceptación de las comunicaciones y metadatos hasta la extracción de datos procedentes de la minería de datos. Pero estas actividades también pueden interferir con distintos derechos fundamentales, en particular, el derecho a la intimidad y la protección de datos.

4«[C]ualquier interferencia solo puede estar justificada en virtud del artículo 8, apartado 2, si es conforme con la legislación, persigue uno o más de los objetivos legítimos con arreglo al apartado 2 del artículo 8, y ello fuera necesario en una sociedad democrática para alcanzar tal objetivo [...].»

(TEDH, *Roman Zakharov contra Rusia* [GC], n.º 47143/06, 4 de diciembre de 2015, párr. 227)

A raíz de las revelaciones de Edward Snowden, el Parlamento Europeo aprobó una resolución que pedía, entre otros, a la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (FRA) que llevara a cabo una «investigación en profundidad» sobre la protección de los derechos fundamentales en el contexto de la vigilancia, en particular, respecto de las vías de recurso. Como respuesta, la FRA publicó su informe de 2015 *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*.

Desde 2015 han ocurrido muchos acontecimientos, entre los que se incluyen graves ataques terroristas, presiones migratorias en el Mediterráneo que provocan la suspensión de las disposiciones de libre circulación en el espacio Schengen y una creciente ola de ciberataques. Las nuevas amenazas y la nueva tecnología han generado amplias reformas. Varios Estados miembros de la UE han introducido legislaciones con el fin de reforzar la recopilación en materia de inteligencia, ampliando al mismo tiempo el ámbito de aplicación de sus legislaciones para abarcar de forma explícita una mayor cantidad de la actividad digital de sus servicios de inteligencia y mejorar la supervisión y otras salvaguardias contra los abusos.

El segundo informe de la FRA sobre vigilancia [*Surveillance by intelligence services: fundamental rights safeguards and remedies in the EU – Volume II: field perspectives and legal update* (La vigilancia por parte de los servicios de inteligencia: salvaguardias y tutela de los derechos fundamentales en la Unión Europea – Volumen II: perspectivas sobre el terreno y actualización jurídica)] actualiza por tanto el análisis jurídico de la Agencia. También complementa

dicho análisis con un trabajo de campo mediante amplias entrevistas que se han llevado a cabo con diversos expertos. Considerados en conjunto, ambos informes constituyen la respuesta de la FRA a la solicitud del Parlamento Europeo de estudiar cómo afecta la vigilancia a los derechos fundamentales. En el presente resumen se destacan las conclusiones principales del segundo informe.

Vigilancia: actualización jurídica y perspectivas sobre el terreno

La segunda parte de la investigación de la FRA examina los marcos jurídicos que regulan las labores de inteligencia en los 28 Estados miembros de la Unión Europea, analiza los mecanismos de supervisión aplicables y repasa las vías de recurso disponibles para las personas que consideran que sus derechos han sido violados.

Marco jurídico en materia de inteligencia

Desde 2015, las nuevas amenazas registradas y la nueva tecnología han impulsado amplias reformas en diversos Estados miembros de la UE. En particular, Alemania, Finlandia, Francia, Reino Unido y Países Bajos están en proceso de una reforma generalizada.

«La [nueva] legislación resulta positiva en la medida en que indica de forma expresa lo que previamente se deducía de manera implícita.» (Abogado)

Dichas reformas legislativas en materia de inteligencia han aumentado la transparencia. Sin embargo, los marcos jurídicos que regulan las labores de inteligencia en los 28 Estados miembros de la UE siguen siendo muy diversos y complejos. Las normas internacionales en materia de derechos humanos exigen que el mandato y las competencias de los servicios de inteligencia queden definidos en una legislación que sea clara, previsible y accesible. Pero los expertos han expresado su preocupación respecto de la persistente falta de claridad como fuente principal de incertidumbre.

«La cultura de los servicios secretos se basa en la opacidad mientras que la cultura actual de la sociedad es ser lo más abierto posible. El elemento fundamental para que existan los servicios secretos hoy en día es lo que se llama la confianza. La sociedad confía en que dichos servicios actúan dentro los límites de la ley. Para ello, es necesario ser más transparente de lo que se era antes.»
(Órgano especializado de supervisión)

«[La legislación] no ha superado muchos estándares en términos de claridad y previsibilidad.»
(Órgano especializado de supervisión)

Recogida y cobertura de los datos

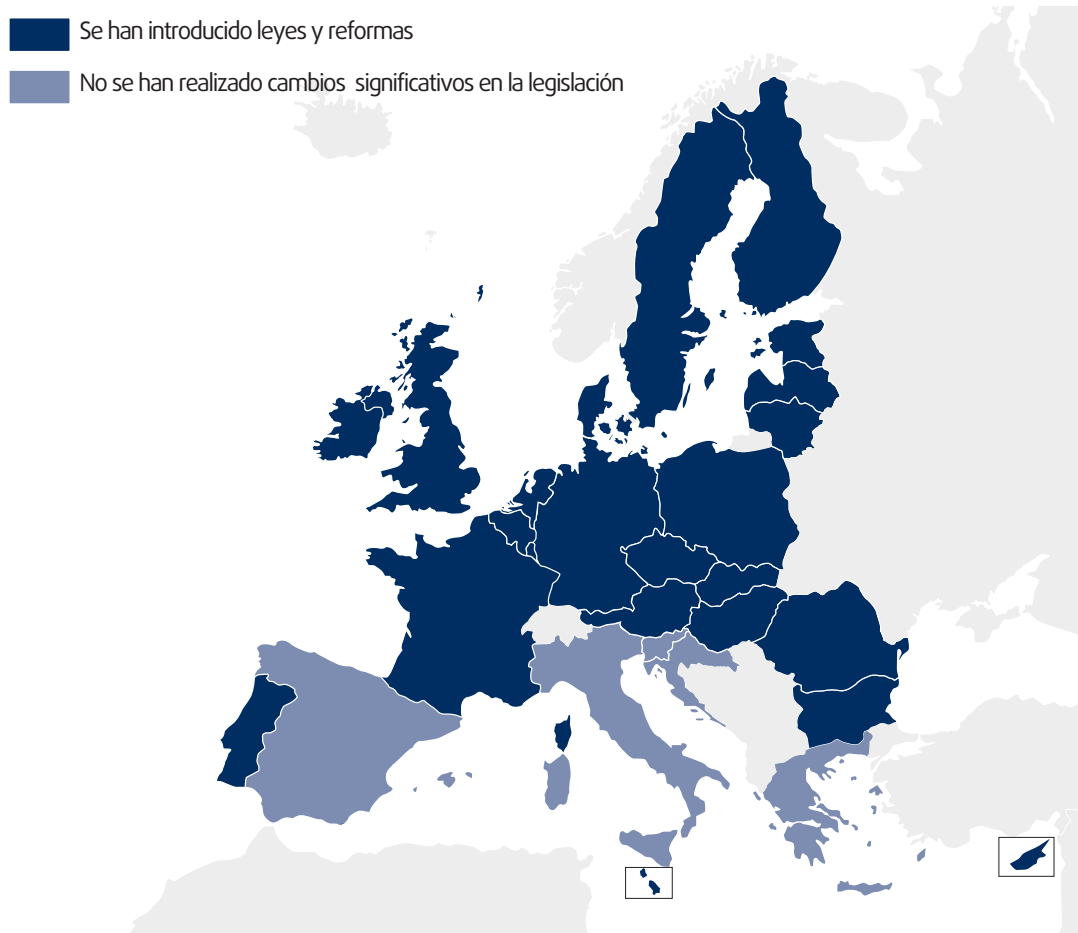
La segunda fase de la investigación de la FRA está basada en el informe de 2015 y proporciona un análisis socio-jurídico. De forma específica:

- actualiza las conclusiones jurídicas del primer informe y
- analiza las conclusiones resultantes de las entrevistas sobre el terreno con los principales interlocutores en este ámbito, como los órganos especializados de supervisión, las comisiones parlamentarias, los órganos judiciales, las autoridades de protección de datos, las

instituciones nacionales de derechos humanos, así como las organizaciones de la sociedad civil, el mundo académico y los representantes de los medios de comunicación.

La FRA llevó a cabo el trabajo de campo en 2016, y realizó más de setenta entrevistas en siete Estados miembros de la UE: Alemania, Bélgica, Francia, Italia, Países Bajos, Reino Unido y Suecia. Las entrevistas abordaron el modo en que se están aplicando en la práctica los marcos jurídicos en materia de inteligencia y si estos respetan los derechos fundamentales.

Figura 1: Marcos jurídicos de los Estados miembros de la UE sobre vigilancia que han sido reformados desde octubre de 2015



Fuente: FRA, 2017

Notas sobre la terminología

Vigilancia general de las comunicaciones

Es aquella en la que los datos de inteligencia pueden ser recopilados con medios técnicos y a gran escala. Esta técnica de vigilancia se denomina de distintos modos, entre los que se incluyen los siguientes: «inteligencia de señales», «vigilancia estratégica», «autorización para la investigación de datos en bloque», «vigilancia digital masiva» y «almacenamiento de datos de forma generalizada». Cuando es posible, la FRA emplea la terminología de las legislaciones nacionales pero también utiliza, como término colectivo genérico, «vigilancia general de las comunicaciones».

Vigilancia específica y no específica

Según si existe o no un objetivo, las medidas de vigilancia pueden dividirse entre vigilancia específica y no específica. La «vigilancia específica» presupone la existencia de una sospecha anterior de una persona u organización específica. La «vigilancia no específica» se inicia sin una sospecha previa ni un objetivo específico.

De acuerdo con el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y el Derecho de la UE, la mera existencia de una legislación que permita medidas de vigilancia constituye una injerencia en el derecho a la vida privada. Los tribunales europeos consideran asimismo que la recogida de datos por parte de los servicios de inteligencia constituye una injerencia. Es necesario justificar que dicha injerencia respeta los derechos humanos.

Casi todos los Estados miembros de la UE regulan con cierto detalle la vigilancia específica. Por el contrario, en la actualidad, solo cinco Estados miembros cuentan con legislación detallada en materia de vigilancia general de las comunicaciones. Las salvaguardias limitan efectivamente el potencial de abuso y en algunos Estados miembros se han visto reforzadas, aunque en menor medida en el caso de la vigilancia orientada al extranjero. De forma similar, las salvaguardias son, por lo general, más débiles (y menos transparentes) en el contexto de la cooperación internacional en materia de inteligencia, lo que sugiere la necesidad de una mayor regulación respecto de esta cooperación.

diversas entidades, entre las que se incluyen los órganos judiciales, los órganos especializados de supervisión, las comisiones parlamentarias y las autoridades de protección de datos. En un ámbito dominado por el secreto, dicha supervisión resulta fundamental puesto que ayuda a garantizar que los servicios de inteligencia se responsabilizan de sus acciones y promueve el desarrollo de salvaguardias internas efectivas en el seno de los servicios.

«La supervisión no es falta de confianza sino voluntad de clarificar.»

(Comisión parlamentaria)

Los órganos judiciales y los órganos especializados de supervisión son quienes están habitualmente más implicados en la supervisión de las medidas de vigilancia. Las comisiones parlamentarias especializadas se centran normalmente en evaluar las políticas estratégicas del gobierno (21 Estados miembros han creado dichas comisiones a estos efectos). Las autoridades de protección de datos poseen competencias significativas respecto de los servicios de inteligencia en siete Estados miembros, aunque dichas competencias son limitadas o inexistentes en el resto de la Unión Europea, principalmente debido a una excepción para los asuntos de seguridad nacional consagrada en la legislación en materia de protección de datos.

Responsabilidad

La labor de los servicios de inteligencia en los 28 Estados miembros queda supervisada por

Figura 2: El sistema de responsabilidad de los servicios de inteligencia



Fuente: FRA, 2017

Casi todos los entrevistados de los órganos de supervisión mantienen que son capaces de resistirse a la influencia externa, aunque algunos abogados, representantes de la sociedad civil y personal académico cuestionaron tanto su independencia como su eficacia. Los expertos entrevistados destacaron que un acceso total a todos los datos relevantes y a la información resulta fundamental para ofrecer una supervisión efectiva, así como lo es la capacidad para beneficiarse de dicho acceso. Puesto que los órganos de supervisión están compuestos en su mayoría por expertos jurídicos, la incapacidad para acceder a los datos e información relevantes a veces se reduce al hecho de contar con unas capacidades técnicas limitadas respecto de las funciones de supervisión. Los entrevistados reconocieron que

estos factores plantean un problema y que la naturaleza sensible de la labor puede desanimar a que las personas físicas contraten expertos externos.

«Es bastante difícil hablar sobre transparencia en relación con unos servicios cuya eficacia depende del secreto.»
(Comisión parlamentaria)

«El órgano de supervisión debe ser capaz de trabajar de manera independiente, a tiempo completo y debe poder especializarse y seleccionar a su propio personal.»
(Órgano especializado de supervisión)

«Necesitamos más informáticos.»
(Órgano especializado de supervisión)

Prácticas prometedoras

Promover la transparencia de la supervisión

Algunos Estados miembros de la UE han logrado mejorar la transparencia a la vez que respetan el secreto necesario. Los planteamientos de los órganos de supervisión respecto de la transparencia, no obstante, varían de país en país, y abarcan tanto la publicación de informes regulares como la creación de un sitio web o el uso de las redes sociales. A continuación, se indican algunos ejemplos de cómo los órganos de supervisión persiguen promover la transparencia.

Publicación periódica de informes detallados

El Comité para los Servicios de Inteligencia y Seguridad para el Control del Secreto de Estado del Parlamento italiano (COPASIR), la Delegación sobre inteligencia del Parlamento francés (DPR), el Panel de Control Parlamento alemán (PKGr) y el Comité parlamentario de inteligencia y seguridad del Reino Unido (ISC) están todos ellos obligados a publicar informes de forma periódica. Al informar periódicamente al Parlamento y a la opinión pública sobre el trabajo de las comisiones parlamentarias se fomenta la transparencia.

Italia, COPASIR (2017); Francia, DPR (2017); Alemania, PKGr (2016); y Reino Unido, ISC (2016)

Elaboración de informes sobre el contenido de las audiencias en las comisiones parlamentarias

El Comité parlamentario de inteligencia y seguridad del Reino Unido (ISC) ofrece en su informe anual un enlace a las transcripciones de las audiencias celebradas durante el periodo de referencia, que se alojan en su sitio web, y de este modo proporciona un grado de información significativo sobre su labor.

Reino Unido, ISC (2016)

Informes sobre el número de personas bajo vigilancia

Los informes anuales de la Comisión Nacional de Control de las Técnicas de Inteligencia de Francia, CNCTR, y de la Comisión G10 de Alemania proporcionan estadísticas sobre el número de personas que estuvieron bajo vigilancia durante el periodo de referencia. Los datos proceden del ejercicio de las competencias de supervisión atribuidas a dichos órganos especializados de supervisión.

Francia, CNCTR (2016); Alemania, Parlamento Federal (2017)

Informe sobre la cooperación de los servicios de inteligencia

El informe anual de 2016 del Comité permanente de Bélgica I presenta el respaldo del comité a la cooperación internacional de los servicios de inteligencia respecto de los combatientes terroristas extranjeros. En el informe, el Comité destaca asimismo una serie de principios que deberían regular la cooperación internacional entre los servicios de inteligencia así como la supervisión de los mismos.

Bélgica, Comité permanente I (2016)

La potestad de emitir decisiones vinculantes resulta también crucial. Aunque todos los Estados miembros de la UE poseen al menos un órgano independiente en su marco de supervisión, algunos de estos órganos carecen de competencias resolutorias. También se destacó la importancia del escrutinio público y algunos entrevistados consideraron que los informes publicados por los órganos de supervisión no proporcionaban suficiente información. Además, las personas entrevistadas subrayaron la importancia de luchar contra la fragmentación de la supervisión mediante la cooperación entre los distintos actores implicados en el proceso de supervisión, tanto a escala nacional como a escala internacional.

«¿Hemos realmente obtenido algo más con nuestro informe? La respuesta es que sí y creo que, después de las revelaciones de Edward Snowden, sin duda hubo una mayor presión para hacer algo más y esta nueva legislación en la cual se promueve una mayor apertura es un buen ejemplo, y creo que seguiremos haciendo presión...» (Órgano especializado de supervisión)

«Pero cuando se trata de las cuestiones importantes, ¿qué hemos aprendido del [órgano especializado de supervisión]? ¿Cuántas interceptaciones de comunicaciones se han llevado a cabo? No solo hablo de cuántas veces nos hemos reunido sino de cuál ha sido la esencia de dicho debate. ¿Se tomó alguna decisión nueva? ¿Hubo alguna tecnología nueva que llamase nuestra atención? Esto es lo que quiero saber.» (Organización de la sociedad civil)

«[Es importante] asegurarse de que cada órgano con competencias en este ámbito entiende lo que se puede hacer... Pero creo que el problema está realmente en la fragmentación, la complejidad, la falta de transparencia.» (Autoridad de protección de datos)

La investigación de la FRA reveló que la supervisión de la cooperación internacional en materia de inteligencia está menos desarrollada de forma plena: 17 Estados miembros no exigen supervisión de dicha actividad, mientras que otros la ejercen de modo limitado. Algunos Estados miembros han introducido salvaguardias específicamente adaptadas al intercambio internacional de inteligencia, pero un número significativo de Estados miembros (27) solo exigen una aprobación previa por parte del poder ejecutivo.

«La práctica cada vez más amplia de los gobiernos de transferir e intercambiar la inteligencia recogida en virtud de la vigilancia secreta —una práctica cuya utilidad en la lucha contra el terrorismo internacional resulta de nuevo incuestionable, y que concierne a los intercambios entre los Estados miembros del Consejo de Europa y con otras jurisdicciones— constituye otro factor más que requiere una atención particular por lo que se refiere a la supervisión externa y las medidas de vías de recurso.» (TEDH, Szabo y Vissy contra. Hungría, n.º 37138/14, 12 de enero de 2016, párr. 78)

«Existe una laguna de responsabilidad en la rendición de cuentas. Sabes que todos los órganos de supervisión controlan a sus servicios nacionales de inteligencia pero nadie está observando cómo funciona la cooperación de los servicios secretos en su conjunto. Cuando nuestros servicios envían la información observamos las formas en que aplican las normas pero no sabemos lo que el otro servicio de inteligencia hará con dicha información. Siempre seguimos un extremo de la cadena y no sabemos nada sobre el otro extremo.» (Órgano especializado de supervisión)

Prácticas prometedoras

Mejorar la cooperación internacional entre los órganos de supervisión

La igualdad de acceso a la información obtenida a través de la cooperación internacional podría permitir la mejora de la cooperación internacional entre los órganos de supervisión. En 2015, los órganos de supervisión de Bélgica, Dinamarca, Noruega, Países Bajos y Suiza lanzaron un proyecto conjunto en el cual cada órgano llevaría a cabo una investigación nacional respecto de los combatientes terroristas extranjeros. Está previsto que se emita un informe final en 2017. Las evaluaciones intermedias demuestran el valor añadido de estos esfuerzos coordinados.

Bélgica, Comité Permanente I (2016), p. 80; Países Bajos, CTIVD (2017), p. 33.

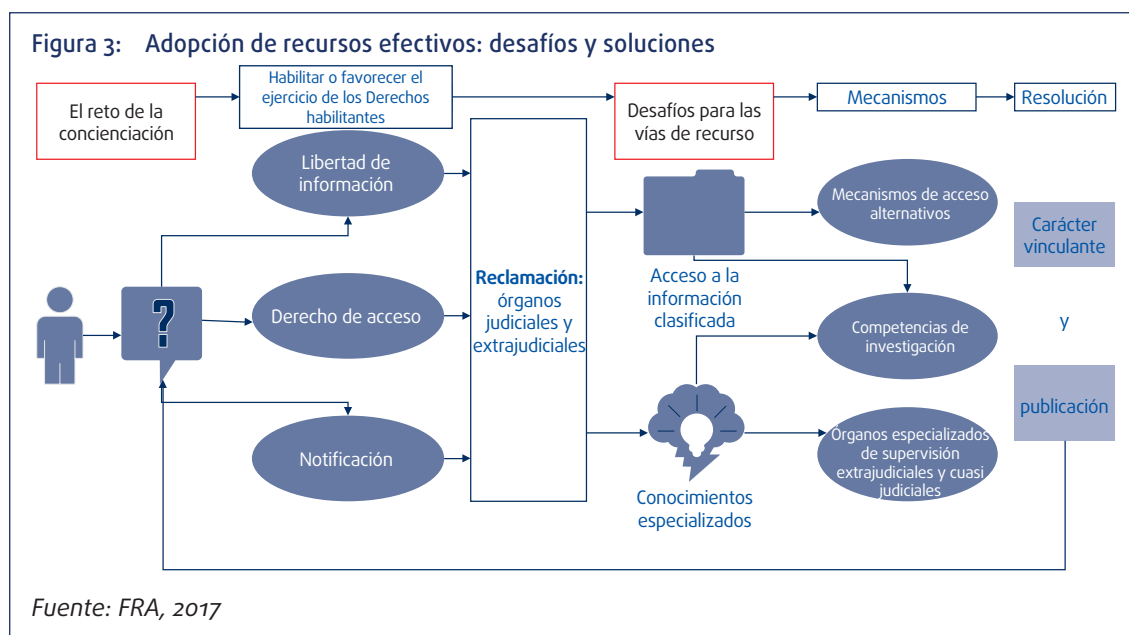
Vías de recurso

La necesidad de secreto en el ámbito de la inteligencia puede afectar tanto a la eficacia de la supervisión como a la posibilidad para los afectados de recurrir la violación de sus derechos. Aunque el derecho a interponer un recurso existe en el contexto de la vigilancia secreta, este se encuentra limitado por naturaleza. Los expertos entrevistados indicaron que los organismos revisores reciben aproximadamente de 10 a 20 reclamaciones al año.

«El ciudadano medio ni siquiera sabe adónde dirigir una reclamación.» (Autoridad de protección de datos)

«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.»

(Órgano especializado de supervisión)



«La situación ideal sería no tener nunca que decir no. Eso es lo que me gustaría que se lograra en el futuro: un entendimiento de los límites intrínsecos y jurídicos [por parte de los servicios].» (Órgano judicial)

Los recursos extrajudiciales normalmente son más accesibles que los mecanismos judiciales porque son más baratos, rápidos e implican unas normas procesales menos estrictas. 25 Estados miembros no permiten a las personas interponer reclamaciones respecto de la vigilancia ante dichos órganos. Para que sean efectivos, los órganos revisores también deben tener ciertas competencias, en particular, el acceso a la información clasificada y la adopción de decisiones vinculantes. Los órganos especializados de supervisión o las autoridades de protección de datos tienen dichas competencias en la mayoría de los Estados miembros.

«Creo que en este ámbito tan complejo, el gobierno posee, además de los recursos, la ventaja añadida de conocer qué están haciendo [los servicios] así como la capacidad para [clasificar] todo, lo cual supone un problema. Necesitamos mucha más transparencia y solidez por parte de los tribunales nacionales.» (Organización de la sociedad civil)

Sin embargo, los abogados, los representantes de la sociedad civil y el personal académico que fueron consultados durante la investigación de la FRA tendieron a cuestionar la eficacia de las vías de recurso existentes. Señalaron que son pocas las personas que conocen que hay vías de recurso disponibles. Además, los derechos de acceso a la información de los expedientes individuales y de ser notificado sobre la vigilancia no se aplican de una forma coherente. Ambos pueden verse restringidos sobre la base de distintos motivos relacionados con la seguridad nacional.

«En el presente asunto, [...] el uso de facultades especiales parecería haber sido autorizado por el Ministerio del Interior y Relaciones con el Reino, o por el jefe de los [servicios de inteligencia] o incluso por un funcionario subordinado de los [servicios de inteligencia], pero en cualquier caso sin un examen previo a cargo de un órgano independiente con la facultad de impedir o finalizar [...]. Asimismo, la revisión post factum no puede restablecer la confidencialidad de las fuentes periodísticas una vez que esta ha sido destruida.»

(TEDH, *Telegraaf Media Nederland Landelijke Media B.V. y otros contra los Países Bajos*, n. 39315/06, 22 de noviembre de 2012, párr. 100-101)

Prácticas prometedoras

Escrutinio transparente de la denegación de derechos

En los Países Bajos y en Alemania, los órganos de supervisión examinan los motivos en los que está basada la denegación de la notificación de la información o del acceso a la misma.

Puesto que entre 2007 y 2010 nadie fue notificado en los Países Bajos, en 2013 el Comité de Revisión de los Servicios de Inteligencia y Seguridad de los Países Bajos (CTIVD) decidió lanzar una investigación especial sobre la obligación de información. El órgano de supervisión neerlandés detectó que, mientras tanto, 13 personas habían sido objeto de notificación. En 2016 se inició una investigación similar.

En Alemania, el Comité G10 puede decidir notificar a las personas sobre la base de la información que proporcionan los servicios de inteligencia. En 2016, el órgano de supervisión decidió, no obstante, no informar a 1040 personas/instituciones y acordó de forma unánime que no se informaría nunca a 188 de ellas. En los casos de vigilancia estratégica, el Comité G 10 trató 58 casos de información relacionados con el terrorismo internacional. En la mayoría de casos (51), el Servicio Federal de Inteligencia, BND, informó al Comité G10 de que la persona no podía ser individualizada a través de la medida de vigilancia. En seis casos, el Comité decidió posponer el suministro de la información; en ningún caso denegó la información de forma definitiva y en un caso tomó nota de que el BND proporcionó la información.

Véase *Los Países Bajos, (CTIVD) (2013) y CTIVD (2016), p. 14; Alemania, Parlamento Federal (Deutscher Bundestag) (2017a), pp. 6 y 8*

La falta de conocimientos especializados a la hora de tratar con el secreto y con las cuestiones técnicas también supone un problema para los actores judiciales y extrajudiciales. En el contexto judicial, los Estados miembros han encontrado varias formas de abordar esta cuestión como son el desarrollo de procedimientos contradictorios alternativos que permiten el uso de información clasificada; la creación de mecanismos de cooperación, incluyendo a los servicios de inteligencia, para tratar la falta de conocimientos especializados; y la creación de órganos cuasi judiciales.

Estas soluciones demuestran que los obstáculos para obtener una tutela judicial efectiva pueden superarse. De forma similar, crear marcos jurídicos realmente claros, desarrollar salvaguardias adecuadas y garantizar una supervisión potente es factible y es también el mejor modo de garantizar que las medidas de seguridad mejoradas aplicadas por la vigilancia respeten plenamente los derechos fundamentales.

Conclusiones clave y dictámenes de la FRA

Las siguientes opiniones están basadas en las conclusiones clave de la investigación de la FRA *Surveillance by intelligence services*, tal como fueron destacadas en el Volumen II en el apartado «*field perspectives and legal updates*» (Perspectivas sobre el terreno y actualizaciones jurídicas).

Proporcionar un marco jurídico claro

Los servicios de inteligencia ayudan a proteger la seguridad nacional. Para este fin, con frecuencia tienen que trabajar en secreto. Sin embargo, las normas internacionales y europeas en materia de derechos humanos exigen que el mandato

y las competencias de los servicios de inteligencia estén claramente definidos en un marco jurídico y que dicho marco establezca salvaguardias contra las acciones arbitrarias con el fin de contrarrestar el secreto. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha sostenido que los marcos jurídicos nacionales deben ser claros, accesibles y previsibles. Obliga a los Estados miembros a consagrar salvaguardias mínimas en la legislación, como especificar la naturaleza de los delitos que pueden conllevar una orden de interceptación y definir las categorías de personas que pueden ser puestas bajo vigilancia. El ámbito de trabajo de la FRA muestra que la legislación en materia de vigilancia se considera compleja y que es necesario contar con un marco jurídico más claro que contenga definiciones significativas.

Dictamen de la FRA 1

Los Estados miembros de la UE deberían contar con legislaciones generales, detalladas y claras en materia de inteligencia. Los marcos jurídicos nacionales deberían ser tan detallados como sea posible respecto de los mandatos y las competencias de los servicios de inteligencia así como respecto de las medidas de vigilancia que pueden utilizar. Las salvaguardias de derechos fundamentales deberían figurar de manera prominente en las legislaciones en materia de inteligencia, con garantías de la privacidad y la protección de datos respecto de la recopilación, la conservación, la difusión y el acceso a los datos.

Garantizar una amplia consulta y apertura durante el proceso legislativo

La elaboración de la legislación en materia de inteligencia debería implicar un debate abierto entre las principales partes interesadas. Durante los debates sobre los proyectos de legislación en materia de inteligencia, los gobiernos deberían tomarse tiempo para aclarar las necesidades de los servicios de inteligencia y explicar cuáles son las garantías de derechos fundamentales que la ley ha establecido. Los datos de la FRA muestran que la mayoría de los Estados miembros de la UE han reformado su legislación en materia de inteligencia y lucha contra el terrorismo en los últimos años. Algunos de estos procesos legislativos se desarrollaron durante el trabajo de campo de la Agencia. Los expertos entrevistados destacaron la necesidad de una mayor inclusión de los principales actores y las partes interesadas en el desarrollo de la legislación sobre inteligencia. En algunos Estados miembros, se están celebrando consultas públicas en línea y animados debates parlamentarios en lugar de aprobar la nueva legislación por la vía rápida. El *Informe sobre los derechos fundamentales 2017* de la Agencia subrayó la necesidad de adoptar dicho enfoque.

Dictamen de la FRA 2

Los Estados miembros de la UE deberían realizar una amplia consulta pública de todas las partes interesadas, velar por la transparencia del proceso legislativo e incorporar las normas y salvaguardas internacionales y europeas pertinentes en el momento de poner en marcha reformas de su legislación en materia de vigilancia.

Proporcionar una supervisión de la inteligencia independiente con funciones y competencias suficientes

El establecimiento de un mecanismo de supervisión sólido es una parte esencial de un sistema de responsabilidad en materia de inteligencia. El marco de supervisión debería reflejar las funciones de los servicios de inteligencia. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos establece que los órganos de supervisión deberían ser independientes y contar con las funciones y competencias adecuadas. Las conclusiones de la investigación de la FRA muestran que todos los Estados miembros de la UE cuentan como mínimo con un órgano independiente en su marco de supervisión. No obstante, las conclusiones también han identificado límites para la plena independencia y los órganos de supervisión siguen dependiendo en gran medida del ejecutivo: la ley no les concede competencias decisorias de carácter vinculante, cuentan con un personal y un presupuesto limitados y sus oficinas están ubicadas en edificios gubernamentales.

Dictamen de la FRA 3

Los Estados miembros de la UE deberían establecer un marco de supervisión sólido que resulte adecuado para las funciones y las capacidades que tienen los servicios de inteligencia. La independencia de los órganos de supervisión debería quedar consagrada en la ley y aplicarse en la práctica. Los Estados miembros de la UE deberían conceder a los órganos de supervisión los recursos humanos y financieros adecuados, entre los que se incluyen profesionales con cualificación diversa y técnica. Los Estados miembros deberían concederles asimismo la competencia de iniciar sus propias investigaciones, así como un acceso permanente, completo y directo a la información y los documentos necesarios para cumplir su mandato. Los Estados miembros deberían garantizar que las decisiones de los órganos de supervisión sean vinculantes.

Reforzar la supervisión con suficientes conocimientos técnicos especializados

En particular, ante una tecnología que evoluciona rápidamente en el espacio digital, resultan cruciales las capacidades y los conocimientos técnicos especializados en los órganos de supervisión. El trabajo de campo de la FRA indica que las limitaciones de conocimientos informáticos de los órganos de supervisión y de su capacidad técnica para un acceso pleno a los datos de inteligencia plantean, y seguirán planteando, un desafío importante. Los expertos entrevistados declararon que algunas veces es necesario confiar en expertos externos para complementar sus propios conocimientos. La investigación jurídica de la FRA muestra que las legislaciones de algunos Estados miembros de la UE exigen de forma explícita que los órganos de supervisión cuenten con conocimientos técnicos especializados.

Dictamen de la FRA 4

Las legislaciones de los Estados miembros de la UE deberían garantizar que los órganos de supervisión cuenten con personal con los conocimientos técnicos necesarios para evaluar de forma independiente la labor altamente técnica que suelen tener los servicios de inteligencia.

Garantizar la apertura de los órganos de supervisión al escrutinio público

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha subrayado que los servicios de inteligencia y los órganos de supervisión deberían rendir cuenta de su labor. Deberían ser transparentes e informar de manera efectiva a los parlamentos y a los ciudadanos sobre sus actividades. La investigación de la Agencia muestra que en algunos Estados miembros, la mejora de la transparencia se logra a la vez que se respeta el secreto necesario. Los expertos entrevistados durante el trabajo de campo de la FRA consideraron que la mejora de la transparencia es especialmente importante. Sin embargo, los enfoques de los órganos de supervisión respecto de la transparencia varían entre los Estados miembros, y abarcan tanto la publicación de informes regulares como la creación de un sitio web o el uso de las redes sociales.

Dictamen de la FRA 5

Los Estados miembros de la UE deberían garantizar que los mandatos de los órganos de supervisión incluyan la elaboración de informes públicos para mejorar la transparencia. Los informes de los órganos de supervisión deberían ser de dominio público e incluir perspectivas detalladas de los sistemas de supervisión y las actividades relacionadas (por ejemplo, sobre autorizaciones de las medidas de vigilancia, medidas de control vigentes, investigaciones ulteriores y la gestión de las reclamaciones).

Promover la continuidad de la supervisión

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha dictaminado que la supervisión efectiva exige un «control continuo» en cada fase del proceso. Las conclusiones de la investigación de la FRA muestran estructuras de supervisión muy diversas en los Estados miembros de la Unión Europea. Cuando en las diferentes etapas de la supervisión (desde la aprobación de una medida de supervisión hasta la supervisión de su uso) están implicados diferentes órganos pueden darse posibles lagunas o solapamientos. Dichas deficiencias menoscaban la idoneidad de las salvaguardias. El trabajo de campo de la FRA destaca que es crucial la cooperación institucional e informal entre los órganos de supervisión en los Estados miembros individuales.

Dictamen de la FRA 6

Los Estados miembros de la UE deberían garantizar que los mandatos de los órganos de supervisión se complementan entre sí, de forma que, en general, proporcionen un control continuo y garanticen las salvaguardias adecuadas. Dicha complementariedad puede lograrse a través de la cooperación informal entre los órganos de supervisión o a través de medios reglamentarios.

Reforzar las salvaguardias para las profesiones protegidas

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que son necesarias salvaguardias reforzadas para proteger a las fuentes periodísticas en el contexto de la vigilancia. Este principio se aplica de forma similar a otras profesiones que, debido a principios generalizados como las prerrogativas parlamentarias, la independencia de los órganos judiciales y la confidencialidad en las relaciones entre

abogado y cliente, también requieren una mayor protección. La investigación de la FRA muestra que, aunque existen diversos enfoques, varios Estados miembros de la UE disponen de legislaciones que establecen el reforzamiento de los procedimientos de aprobación y autorización, así como controles más estrictos vigentes, para el tratamiento de los datos recogidos a través de la vigilancia de las personas que pertenecen a profesiones protegidas.

Dictamen de la FRA 7

Los Estados miembros de la UE deberían establecer procedimientos jurídicos específicos para garantizar el privilegio profesional de grupos como los miembros del parlamento, los miembros de los órganos judiciales, los abogados y los profesionales de los medios de comunicación. La aplicación de estos procedimientos debería quedar supervisada por parte de un órgano independiente.

Garantizar la protección eficaz de los denunciantes

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sostenido que debería garantizarse la denuncia por parte de los funcionarios. Los denunciantes pueden contribuir de forma significativa al buen funcionamiento del sistema de responsabilidad. La investigación de la FRA reveló las diferentes prácticas de denuncia en los Estados miembros de la UE. Los expertos entrevistados manifestaron opiniones divergentes respecto de la protección de los denunciantes.

Dictamen de la FRA 8

Los Estados miembros de la UE deberían garantizar la protección eficiente de los denunciantes en los servicios de inteligencia. Dichos denunciantes precisan un régimen específicamente adaptado a su ámbito de trabajo.

Someter la cooperación internacional en materia de inteligencia a normas que sean evaluadas por los órganos de supervisión

El análisis jurídico comparado de la FRA muestra que casi todos los Estados miembros cuentan con legislaciones relativas a la cooperación internacional en

materia de inteligencia. Sin embargo, solo un tercio de los Estados miembros exigen a los servicios de inteligencia que redacten normas internas sobre los procesos y las modalidades de la cooperación internacional, incluidas las salvaguardias relativas al intercambio de datos. Cuando existen, estas normas tienen por lo general un carácter secreto. Solo algunos Estados miembros permiten evaluaciones externas de los acuerdos de cooperación internacional en materia de inteligencia.

Dictamen de la FRA 9

Los Estados miembros de la UE deberían definir las normas relativas a cómo se lleva a cabo el intercambio internacional en materia de inteligencia. Dichas normas deberían estar sujetas a revisión por parte de los órganos de supervisión, los cuales deberán examinar si los procesos de transferencia y recepción de inteligencia respetan los derechos fundamentales e incluyen las salvaguardias adecuadas.

Definir en la legislación las competencias de los órganos de supervisión respecto de la cooperación internacional en materia de inteligencia

El análisis jurídico comparado de la FRA muestra que la mayoría de las legislaciones de los Estados miembros no disponen de disposiciones claras sobre si los órganos de supervisión pueden supervisar los intercambios de cooperación internacional. Ocho Estados miembros de la UE establecen competencias de los órganos de supervisión relativas al intercambio internacional en materia de inteligencia, ya sea con o sin limitaciones; las legislaciones de tres Estados miembros de la UE excluyen cualquier forma de supervisión independiente. En los diecisiete Estados miembros restantes, los marcos jurídicos quedan sujetos a interpretación para determinar las competencias de los órganos de supervisión respecto del intercambio internacional en materia de inteligencia.

Dictamen de la FRA 10

Los Estados miembros de la UE deberían garantizar que los marcos jurídicos que regulan la cooperación en materia de inteligencia definen de forma clara el alcance de las competencias de los órganos de supervisión en el ámbito de la cooperación de los servicios de inteligencia.

Excluir a los órganos de supervisión de la regla que prohíbe divulgar información a terceros

En la cooperación internacional de los servicios de inteligencia, la norma que prohíbe divulgar información a terceros impide que un servicio divulgue a un tercero cualquier dato recibido de un socio sin contar con el consentimiento de la fuente. La investigación de la FRA subraya que dicha norma protege a las fuentes y garantiza la confianza entre los servicios de inteligencia que cooperan. Sin embargo, los datos de la FRA muestran que los órganos de supervisión a menudo son considerados «terceros» y, por consiguiente, no pueden evaluar los datos que proceden de la cooperación internacional. En algunos Estados miembros, los órganos de supervisión ya no son considerados como «terceros» y por ello cuentan con un acceso pleno a dichos datos.

Dictamen de la FRA 11

Sin perjuicio de lo dispuesto en la regla de la información suministrada por terceros, los Estados miembros de la UE deberían considerar conceder a los órganos de supervisión un acceso pleno a los datos transferidos a través de la cooperación internacional. Esto ampliaría las funciones de supervisión a todos los datos disponibles y tratados por los servicios de inteligencia.

Proporcionar una tutela judicial efectiva ante los órganos independientes con facultades para ofrecer vías de recurso

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sostenido que la tutela judicial efectiva se caracteriza por las facultades de investigación y de decisión que se conceden a los órganos judiciales y extrajudiciales. En particular, el órgano de recurso debería tener acceso a las instalaciones de los servicios de inteligencia y a los datos recopilados, contar con la facultad de dictar decisiones vinculantes e informar a los demandantes sobre el resultado de sus investigaciones. Las personas deberían poder recurrir la decisión del órgano. Los datos de la FRA muestran que veintidós Estados miembros de la UE cuentan como mínimo con un órgano extrajudicial con facultades para ofrecer vías de recurso. En seis Estados miembros, no obstante, estos órganos carecen de

competencias para dictar decisiones vinculantes y acceder a datos clasificados.

Dictamen de la FRA 12

Los Estados miembros de la UE deberían garantizar que los órganos judiciales y extrajudiciales con facultades para ofrecer vías de recurso poseen funciones y competencias para evaluar de forma eficaz y decidir respecto de las reclamaciones de las personas relacionadas con la vigilancia.

Garantizar la disponibilidad de órganos extrajudiciales con facultades para ofrecer vías de recurso

Los datos de la FRA muestran que los mecanismos de supervisión extrajudiciales son más accesibles para las personas que las vías de recurso judiciales puesto que resultan más sencillos, baratos y rápidos. El análisis jurídico comparativo de la FRA muestra que en el ámbito de la vigilancia, las personas pueden interponer una reclamación ante un órgano extrajudicial en veinticinco Estados miembros de la UE. En diez Estados miembros, solo un único órgano extrajudicial tiene facultades para ofrecer vías de recurso, mientras que en la mayoría de los Estados miembros, las personas pueden interponer una reclamación antes dos o más órganos con estas facultades.

Dictamen de la FRA 13

Los Estados miembros de la UE deberían garantizar que tanto los órganos de recurso judiciales como extrajudiciales son accesibles para las personas. En particular, los Estados miembros deberían identificar cuáles son las posibles lagunas que impiden a las personas que sus reclamaciones sean examinadas de manera efectiva y garantizar que los órganos especializados de supervisión extrajudiciales puedan complementar el abanico de vías de recurso, en caso necesario.

Permitir tener conocimiento sobre las medidas de vigilancia finalizadas

El análisis jurídico comparativo de la FRA muestra que todos los Estados miembros de la UE cuentan con una excepción de seguridad nacional en su legislación en materia de libertad de información.

Las conclusiones de la FRA muestran que todos los Estados miembros limitan el derecho de notificación de las medidas o del derecho de acceso a los propios datos personales, basándose en la confidencialidad de los datos de inteligencia y la protección de la seguridad nacional o de las operaciones de vigilancia en curso. Las legislaciones de algunos Estados miembros proporcionan medios alternativos de sensibilizar a las personas sobre las medidas de vigilancia y les permiten obtener una tutela judicial efectiva.

Dictamen de la FRA 14

Los Estados miembros de la UE deberían garantizar que los servicios de inteligencia comprueben la legitimidad de la finalidad y la proporcionalidad de los tratamientos de datos personales antes de limitar el acceso a la información sobre la base jurídica de las excepciones de "seguridad nacional". Una autoridad competente debería examinar el nivel de confidencialidad. De forma alternativa, los órganos de supervisión deberían llevar a cabo controles en nombre de los demandantes cuando no sea posible realizar la notificación o la divulgación de las medidas de vigilancia.

Garantizar un nivel elevado de conocimientos especializados entre los órganos con facultades de vías de recurso

Los órganos con facultades revisoras deberían contar con una buena comprensión de las técnicas de vigilancia. El trabajo de campo de la FRA ha identificado modos de abordar de manera informal las deficiencias en materia de conocimientos técnicos especializados. Los intercambios entre los órganos con facultades revisoras, los órganos especializados de supervisión y los servicios de inteligencia, a la vez que respetan mutuamente sus funciones e independencia, han demostrado que fomentan la comprensión técnica de los supervisores y promueven la confianza mutua. Respetando mutuamente sus funciones e independencia, los intercambios entre los órganos con facultades revisoras, órganos especializados de supervisión y servicios de inteligencia han demostrado fomentar la comprensión

técnica de los supervisores y promover la confianza mutua. Las prácticas nacionales de designación de jueces especializados o de crear tribunales especializados o salas especiales que entiendan de las reclamaciones en materia de vigilancia por parte de los servicios de inteligencia contribuyen al desarrollo de los conocimientos especializados judiciales en este ámbito. Dichos sistemas también pueden facilitar distintas medidas en relación con el acceso judicial a la información clasificada.

Dictamen de la FRA 15

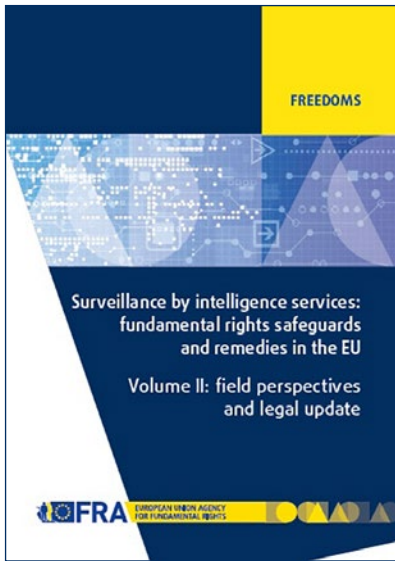
Los Estados miembros de la UE deberían garantizar que, en los casos en que los órganos revisores judiciales o extrajudiciales carezcan de los correspondientes conocimientos especializados para evaluar de forma eficaz las reclamaciones de las personas, se establezcan sistemas específicos para resolver estas lagunas. La cooperación con los órganos especializados de supervisión, los expertos técnicos o los miembros de los servicios de inteligencia puede dar apoyo a los sistemas de tutela judicial efectiva.

Dar apoyo a otros encargados de los derechos humanos

El trabajo de campo de la FRA revela que las instituciones nacionales de derechos humanos, las organizaciones de la sociedad civil y, en algunos casos, las instituciones del defensor del pueblo pueden jugar un papel crucial a la hora de reforzar el sistema de responsabilidad de los servicios de inteligencia. Sin embargo, dicho trabajo también muestra que las organizaciones de la sociedad civil a menudo carecen de los recursos adecuados y que pocos son capaces de ofrecer servicios integrales a las víctimas de supuestas vigilancias ilegítimas.

Dictamen de la FRA 16

Los Estados miembros de la UE deberían ampliar el ámbito operativo de los órganos e instituciones nacionales de derechos humanos y de las organizaciones de la sociedad civil, los cuales pueden jugar una función importante como «organismos de vigilancia» en el marco de supervisión.



Debido a las crecientes amenazas que el terrorismo, los ciberataques y las sofisticadas redes delictivas transfronterizas plantean, la labor de los servicios de inteligencia tiene un carácter más urgente, complejo e internacional. Dicha labor puede interferir gravemente con los derechos fundamentales, en especial con la privacidad y la protección de datos. Aunque los avances tecnológicos continuos pueden agravar la amenaza de dicha injerencia, una supervisión y vías de recurso efectivos pueden poner freno a los posibles abusos.

El presente informe es la segunda publicación de la FRA que aborda la solicitud del Parlamento Europeo de que se lleve a cabo una investigación en profundidad sobre el impacto de la vigilancia sobre los derechos fundamentales. Actualiza el análisis jurídico de 2015 de la FRA sobre esta cuestión y lo complementa con perspectivas sobre el terreno obtenidas a partir de las amplias entrevistas que se han llevado a cabo con diversos expertos en materia de inteligencia y ámbitos relacionados, incluida su supervisión.

Para más información:

Para consultar el informe completo de la Agencia – *Surveillance by intelligence services: fundamental rights safeguards and remedies in the EU. Volume II: field perspectives and legal update* – véase <http://fra.europa.eu/en/publication/2017/surveillance-intelligence-socio-lega>

Otras publicaciones pertinentes de la FRA son:

- FRA (2015), *Surveillance by intelligence services: fundamental rights safeguards and remedies in the EU – Vol. I: Member States' legal frameworks*, Luxemburgo, Oficina de Publicaciones, <http://fra.europa.eu/en/publication/2015/surveillance-intelligence-services>
- FRA-Consejo de Europa (2014), *Manual de legislación europea en materia de la protección de datos*, Luxemburgo, Oficina de Publicaciones, <http://fra.europa.eu/en/publication/2014/handbook-european-data-protection-law> (disponible en las lenguas de la UE; actualización prevista para mayo de 2018)

Para más información sobre las actividades de la FRA en materia de protección de datos, véase: <http://fra.europa.eu/en/theme/information-society-privacy-and-data-protection>



Oficina de Publicaciones

FRA – AGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA

Schwarzenbergplatz 11 – 1040 Vienna – Austria
Tel: +43 158030-0 – Fax: +43 158030-699
fra.europa.eu – info@fra.europa.eu
[facebook.com/fundamentalrights](https://www.facebook.com/fundamentalrights)
[linkedin.com/company/eu-fundamental-rights-agency](https://www.linkedin.com/company/eu-fundamental-rights-agency)
twitter.com/EURightsAgency

© FRA – Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 2018
Foto de portada: © Shutterstock



ISBN 978-92-9474-033-5

TK-02-18-203-ES-N
doi: 10.2811/81155