

El paradigma de la inteligencia en el

Estado democrático de derecho

Luis Darío Buitrago Suescún*

mn

The paradigm of intelligence in the

democratic rule of law

Resumen

Los servicios de inteligencia proveen de información al Gobernante para la oportuna toma de decisiones que permitan la protección de los Estados y sus poblaciones contra las amenazas que puedan poner en peligro el orden constitucional, la seguridad y la defensa nacional. Las actividades de inteligencia per se son clandestinas pero legítimas, paradigma de gobierno con una definitiva tendencia a ser una práctica de gobierno esencial de los Estados contemporáneos, incluidos los denominados democráticos. En la presente investigación se enuncian experiencias a través de la historia que resaltan su importancia; su complejidad en el marco del estado de derecho donde se emplean acciones que de suyo son clandestinas atendiendo decisiones de carácter político, en tanto que dispositivo de gobierno caracterizado bajo la forma de la relación entre ley (estado normal) y no ley (estado de excepción).

Palabras clave: Inteligencia de Estado; Estado de excepción; Intimidad; Gobernante; Principio de legalidad.

Abstract

Intelligence services provide information to the Governing Board for making timely decisions to protect states and their populations against threats that endanger the constitutional order, security and national defense. Intelligence activities per se are clandestine but legitimate government paradigm with a definite tendency to be an essential government practice of contemporary states, including so-called democratic. In this research experiences are set through history highlighting its importance, its complexity under the rule of law where actions are clandestine basis of his political decisions are used, while piloting device characterized under the form of the relationship between law (normal state) and no law (state of emergency).

Keywords: State Intelligence, State of emergency, Privacy, Governance, Principle of legality.

Fecha de presentación: 12 de octubre de 2013. Revisión: 26 de octubre de 2013.
Fecha de aceptación: 28 de noviembre de 2013.

ef

La legislación colombiana recientemente definió la función de inteligencia y contrainteligencia como aquella que desarrollan los organismos especializados del Estado del orden nacional, utilizando medios humanos o técnicos para la recolección, procesamiento, análisis y difusión de información, con el objetivo de proteger los derechos humanos, prevenir y combatir amenazas internas o externas contra la vigencia del régimen democrático, el régimen constitucional y legal, la seguridad y la defensa nacional, y cumplir los demás fines enunciados en esta

ley1.

Desde tiempos antiquísimos se resalta el papel de la inteligencia en el desarrollo de los pueblos, China que ha tenido una tradición de guerra ya sea para extender su territorio o para defenderse de sus enemigos, da cuenta del primer uso de los espías que este documentado, fue en el siglo xix a. C., en el que el rey Shao-K'ang mandó un agente a vigilar al asesino de su padre mientras reunía el poder necesario para restablecer la dinastía Hsia. El primer espía reconocido fue Yi Yin, que actuó como agente encubierto para la dinastía Shang y fue instrumental para derrocar a la dinastía Hsia. Quien actuando como consejero del emperador Chieh, facilitó un perfil psicológico del emperador, información que sirvió para realizar operaciones psicológicas sobre él.

T'ai Kung fue el segundo espía documentado, conocido también por el primer desertor reconocido en la historia de China. Siendo un militar en la dinastía Shang, cambio de bando y se pasó a la dinastía Zhou, aportando gran cantidad de información de carácter militar (organización y disposición de tropas fortalezas y debilidades) de los Shang. Esta información permitió a los Zhou sorprender a los Shang en la batalla decisiva que terminó por derrocarlos2.

Carl Schmitt, hace referencia que cuando el jurista y teólogo Tertuliano dice “estamos obligados a algo no porque es bueno sino porque Dios lo manda” esta afirmación suena a decisionismo jurídico3. En ese sentido vale la pena traer a colación siglos más recientes a los narrados anteriormente, un pasaje bíblico nos recrea el desarrollo de la inteligencia de una manera muy elemental, ejemplo que se trae a colación para efectos meramente descriptivos de los medios utilizados, sin interesar el resultado del mismo, cuando Moisés envía espías a Canaán siguiendo las instrucciones de Dios para que exploraran el territorio... Dios le dijo

Vayan por el desierto hasta llegar a las montañas. Fíjense en el país y en la gente que allí vive, si es gente fuerte o débil, y si son muchos o pocos. Fíjense también cómo han construido sus ciudades, y si son fuertes o frágiles como tiendas de campaña. Vean si su territorio tiene árboles, si es bueno y da muchos frutos, o si es malo y sin frutos. No sean miedosos, y traigan de allá algo de lo que la tierra produce.

Los espías recorren el territorio prometido.

Los buenos comandantes romanos no dudaban en utilizar un servicio de inteligencia, particularmente en situaciones de asedio o cuando se avecinaba un combate campal. Recababan información de espías, colaboradores, embajadores y enviados especiales, y aliados. Mensajes interceptados durante la Segunda Guerra Púnica, permitieron a los romanos enviar a dos ejércitos a interceptar al ejército cartaginés de Asdrúbal Barca⁴.

Años más recientes la recolección de imágenes sobre las posiciones enemigas o estratégicas se han mostrado siempre cómo uno de los elementos fundamentales en la planificación militar. Como muchos otros elementos tecnológicos, esta disciplina se desarrolló desde un primer momento adentro del ejército, para responder a una necesidad de información evidente que ayudaba mucho en la planificación de las operaciones.

La primera vez que se utilizan medios aéreos para la obtención de imágenes estratégicas es en la batalla de Fleurus, en 1794, donde el Cuerpo Aerostático Francés de la Primera República usó un globo retenido por cuerdas, l'Entreprenant, para ganar un punto de observación que sería determinante en el transcurso de la batalla. Actualmente, son los “Drones”, aviones no tripulados.

Los ataques hoy también se hacen con un elemento simple como es un computador, mucho más económicos pero que pueden hacer daño considerable, las agresiones que se hacen por el ciberespacio⁵ se han convertido en una preocupación para los gobiernos que cada vez destinan más recursos para contrarrestarlos. Un artículo de Silvia Pozo⁶, hace un recuento de 10 ataques cibernéticos importantes hasta la fecha. Ejemplos que manifiestan la capacidad de daño que pueden lograr y a veces la impotencia para prevenirlos.

Con el uso de las nuevas tecnologías y en ese constante afán de obtener la mayor información posible se puede sobre pasar en el uso de las tecnologías de la información; en ese sentido se tienen como testimonio revelador el más reciente hecho y que ha revolucionado al mundo entero, las declaraciones que hizo Edward Snowden⁷, cuando exhibió a través de los periódicos The Guardian y The Washington Post en junio de 2013, documentos clasificados como de alto secreto por el Gobierno de Estados Unidos, sobre algunos programas –entre

otros— de vigilancia masiva (espionaje, inclusive a países “aliados”), que dan cuenta de acceso a la información que administran gobernantes, gobiernos y hasta empresas, a través de sus líneas telefónicas, correos electrónicos, cables de fibra óptica (los documentos filtrados que publicó en su momento The Guardian revela esa asociación entre países, ya que Reino Unido interceptó cables de fibra óptica con comunicaciones globales y había compartido esa información con la NSA⁸; meses más adelante, en el 2013, se conoce que Estados Unidos había intervenido el teléfono de la canciller Alemana, Angela Merkel).

En fin, son numerosísimos los ejemplos que se tienen sobre las actividades de inteligencia que han adelantado las diferentes naciones a lo largo de la historia, a fin de obtener información que le permita tomar decisiones.

En desarrollo de las actividades de inteligencia los organismos encuentran una zona gris o laguna jurídica cuando invaden el fuero de los derechos que son garantizados a los nacionales y los no nacionales, esa línea delgada entre lo clandestino llegando al límite o umbral de lo permitido. El estado de necesidad trasluce esa zona gris o ambigua en la cual los procedimientos de facto, en sí mismos extra o antijurídicos pasan a ser derecho: en ese sentido hecho y derecho se vuelven indecibles.

El reto es cerrar esa brecha entre la decisión política y el derecho, ese punto oculto en que confluyen el modelo jurídico-institucional y el modelo biopolítico⁹ del poder, el problema al que nos enfrentamos es ¿cómo regular esta actividad y justificarla en el marco del derecho sin diezmar su operatividad?, cuando están de por medio derechos como el de la intimidad¹⁰ derecho clasificado en los de cuarta generación.

Pérez Luño estima que la intimidad, cuya raíz teórica se halla en la órbita de aquel fuero interno que Tomasio y Kant sitúan al margen de la injerencia estatal, pero también de las relaciones sociales comunitarias. La vida privada aparece como un derecho a la soledad, a la reserva y al aislamiento. La máxima inglesa “my home is my castle” refleja este espíritu elocuente. Es el hombre burgués “encastillado” en su aislamiento el prototipo de sujeto activo de este derecho¹¹.

Pérez Luño orienta que el término intimidad ahonda su vocablo latino *intimus*, que evoca la idea de lo más interno o recóndito. Intimidad será la interioridad de la persona, como disposición peculiar del ser humano a la introspección, a lo recóndito y secreto¹². El mismo autor señala que, el derecho a la intimidad es el

derecho fundamental con mayor número de modalidades de eventual transgresión y uno de los que cuenta con mayor cantidad de víctimas reales o potenciales¹³. Afirmación que cobra fuerza en las actividades de inteligencia. Sin embargo, no es un derecho absoluto. El ámbito ontológico de la intimidad solo puede ser objeto de limitaciones o interferencias por razones de “interés general, legítimas y debidamente justificadas constitucionalmente”¹⁴.

Testimonio fiel a esa práctica excepcional de entrometerse en la privacidad de la información “justificada” en la seguridad, fue la difundida por bbc Mundo¹⁵. sobre las declaraciones dadas por James Clapper, Director de Inteligencia Nacional de Estados Unidos, que confirmaron que el gobierno había recogido secretamente millones de registros telefónicos pero... “aseguró que se respetaban los derechos civiles y privacidad de los ciudadanos”.

Pérez Luño advierte que desde los años 1970 es notorio que bancos de datos del sector público norteamericano, pertenecientes al Pentágono, la cia o el fbi procesan informes sobre actividades individuales y comportamiento político que afectan a millones de ciudadanos¹⁶.

A pesar de ese esfuerzo de recolección de información como paradigma biopolítico de Estados Unidos, el 11 de septiembre de 2001, este país sufre ataques por parte de un comando paramilitar denominado Al Qaeda, las agencias de seguridad y especialmente los servicios de inteligencia comprenden que tiene una inmensa debilidad y que hay que redefinir sus mecanismos de seguridad y en particular, sus servicios de inteligencia (La amenaza había sido subestimada) y brota el estado de necesidad. Agamben, el estado de necesidad se ve reflejado cuando se implementan diferentes estrategias de control sobre la población

Agamben¹⁷ no fue ajeno a las circunstancias al manifestar que en el siglo xxi asistimos a un hecho paradójico y preocupante, en la medida en que pasa desapercibido para la mayoría de los ciudadanos: vivimos en el contexto de lo que se ha denominado una “guerra civil legal”. El totalitarismo moderno se define como la instauración de una guerra civil a través del estado de excepción, y esto ocurrió tanto en el régimen nazi como para la situación en que se vive en los Estados Unidos desde que George W. Bush emitió el 13 de noviembre de 2001, la “military order” que autoriza la “detención indefinida” de los no-ciudadanos estadounidenses sospechosos de actividades terroristas. Ya no se trata de una detención indefinida –tanto en el tiempo como en la modalidad de su detención– que deben ser procesados por comisiones militares, distintas de los tribunales de

guerra¹⁸.

Agamben¹⁹, señala al respecto que el estado de necesidad sobre el cual se funda la excepción, no puede tener forma jurídica, y advierte que la misma definición del término se hace difícil, ya que se sitúa en el límite entre la política y el derecho. (Tomando a De Martino, 1973, p. 320), el filósofo expone que si las medidas excepcionales son fruto de los periodos de crisis política y, en tanto tales, están comprendidas en el terreno político y no en el terreno jurídico constitucional, ellas se encuentran en la paradójica situación de ser medidas jurídicas que no pueden ser comprendidas en el plano del derecho, y el estado de excepción se presenta como la forma legal de aquello que no puede tener forma legal. Para Agamben, no hay nada más normal que la excepción. La política, en tanto que dispositivo de gobierno de y sobre los hombres, es caracterizada bajo la forma de la relación entre ley (estado normal) y no ley (estado de excepción). Vínculo que se construye a expensas de la ley normal, que sigue existiendo bajo la forma paradójica, de que la ley suspendida o anormal es el patrón de la normalidad.

Al anterior argumento vale adicionarle un ingrediente Schmitt quien resalta que es de gran trascendencia saber qué tipo de pensamiento jurídico se impone en un determinado tiempo y en determinado pueblo, es decir del sistema político. Los distintos pueblos y razas van acompañados de distintos modos de pensar jurídico, y a la supremacía de uno sobre otro puede vincularse un dominio intelectual y con ello político sobre un pueblo²⁰.

El modelo y desempeño institucional de los servicios de inteligencia dependen del sistema político²¹ en el que funcionan, de sus antecedentes históricos, políticos, geográficos; los riesgos que han enfrentado; de las formas en que las élites entienden su nación y sus relaciones internacionales; del poder que ejerce la autoridad de turno²².

Con ese reto, los servicios de inteligencia deben ser dinámicos, teniendo la capacidad de adelantarse y no adaptarse a los nuevos retos que el entorno político interno y externo les exige a fin de que sus productos permitan fortalecer y garantizar la seguridad de los nacionales y el orden político de un Estado, afrontando el riesgo del sistema político imperante en una época determinada.

En ese sentido se corre el riesgo de que los organismos de inteligencia pasen de ser entidades al servicio del Estado, al servicio del gobernante de turno y si este

abusa de este instrumento hay un gran peligro de que se incurra por parte del gobernante en sobre poner la ley al capricho personal. Aquel riesgo se puede traducir como cuando en los países democráticos está prohibido intervenir comunicaciones telefónicas de los ciudadanos sin una orden judicial, sin embargo ello no ha impedido a las grandes potencias intervenir comunicaciones de ciudadanos, militares o de gobiernos extranjeros mediante los medios técnicos más avanzados (computadoras, satélites, aeronaves especiales, etc.)

Esta decisión del gobernante es una clara consigna de alteración del orden jurídico y del principio universal de habeas data y la intimidad, la mera sospecha amerita la intervención, excepción a la regla y afrenta a los derechos humanos si la *nécessité* es urgente²³. El *status necessatis* trasluce una zona gris o ambigua en la cual los procedimientos de facto, en sí mismos extra o antijurídicos, pasan a ser derecho; en ese sentido, hecho y derecho se vuelven indecibles.

Pérez Luño hace eco de una verdad de a puño que ha hecho carrera desde Bacon, al señalar que en nuestra época se ha adquirido plena conciencia de que la información es poder y que ese poder se hace decisivo cuando, gracias a la informática, convierte informaciones parciales y dispersas en informaciones en masa y organizadas. En ese sentido no sería lícito negar a los poderes públicos el empleo de las nuevas tecnologías de la información. En las sociedades avanzadas y complejas del presente la eficacia de la gestión administrativa, la erradicación de actividades antisociales y delictivas cada vez más sofisticadas y la propia moralización de la vida cívica exigen contar con un amplio y organizado sistema informativo²⁴. Lo que no es plausible, es que esa recolección de información se haga por fuera del ordenamiento jurídico y que aquella se vuelva una práctica permanente y cotidiana, volviendo la excepción en la regla²⁵.

Ha de tenerse cuidado en cuanto que el Estado de excepción no es un derecho especial, como el derecho de guerra²⁶, sino que, en cuanto suspensión del propio orden jurídico, define el umbral o el concepto límite al que llega el gobernante de manera “legítima”.

En todos los tiempos se ha pretendido que deben ser las leyes y no las personas quienes gobiernen con sus debidos contrapesos o división de poderes como lo propuso Montesquieu en *Del espíritu de las leyes*. Así el normativismo interpreta una de las más bellas y antiguas creaciones del pensamiento jurídico de la humanidad, la frase *nomos basileus* de Píndaro, “nomos como rey” de modo normativista: sólo la ley debe “gobernar” o “mandar” y no la exigencia de la

situación eventual progresivamente cambiante y menos la arbitraria decisión de las personas. En muchas situaciones históricas y con variaciones, esta frase de nomos basileus, de ley como rey, de lex como único Rex, ha tenido una gran eficacia. Continuamente se ha repetido que sólo la ley y no las personas deben gobernar. En los dos milenios de influencia ha seguido ejerciendo su influjo en la formulación de Crisipo (edición de los fragmentos de los estoicos de H. von Armin, t. iii (1905, p. 314), según la cual la ley es rey, vigilante, señor y jefe de la moral²⁷.

Esa consigna declarada por parte del gobernante mandatario estadounidense en 2001, es consecuente con la política internacional que ha tenido esa nación, a mediados y principios de siglo xx: como lo advirtió Schmitt al señalar que en 1917 Estados Unidos manifestaron expresa y públicamente que “habían pasado ya no los tiempos sino la era de la neutralidad” y que la “paz del mundo y la libertad de los pueblos justificaban la entrada de la guerra”²⁸, La caída de la neutralidad y por tanto la guerra limitada, anticipaban el giro hacia la guerra justa como única forma de guerra admisible en derecho internacional, justificación del estado de necesidad. Kent sobre la recolección de la información de inteligencia es lo que es el conocimiento²⁹ constructivo con el cual podemos trabajar hacia la paz y la libertad de todo el mundo.

Sin embargo, este estado de excepción se puede volver la regla, el riesgo es que estos instrumentos de gobierno se muden en durables y permanentes inclusive en tiempos de paz. Entre ordenamientos que regulan el estado de excepción en el texto de la constitución o a través de una ley, y ordenamientos que prefieren no regular explícitamente el problema. Al primer grupo pertenecen Francia (donde ha nacido el estado de excepción moderno, hacia la época de la Revolución) y Alemania; al segundo, Italia, Suiza; Inglaterra y Estados Unidos³⁰.

El Estado de excepción en algunos países es el llamado estado de sitio, emergencia, o en sí mismo estado de excepción decretado por el Gobierno cuando se le han otorgado plenos poderes, característica de este estado se refiere Agamben a la expansión de los poderes gubernamentales y, en particular, al hecho de que se le confiere al poder ejecutivo el poder de emanar decretos que tienen fuerza de ley³¹. El estado de excepción ha sido adoptado y reglamentado por algunos países en su ordenamiento jurídico, otros no, pero lo aplican de facto.

Más adelante dice Kent en resumen, Estados Unidos reivindicaban el derecho a decidir “sobre la legalidad o ilegalidad de cualquier cambio que tuviese lugar en

cualquier tiempo”. Una reclamación semejante, decía Schmitt, afectaba a la ordenación del espacio global. Todos los asuntos y conflictos, fuese cual fuese su naturaleza, políticos, económicos o sociales podían justificar la intervención. El orden europeo “abordaban los conflictos en el marco de un sistema de equilibrio; ahora, en cambio, eran universalizados en nombre de la unidad del mundo”³².

Según Agamben³³,

el estudio de las técnicas políticas (como la ciencia de policía) por medio de la cuales el Estado asume e integra en su seno el cuidado de la vida natural de los individuos. Sobre esta relación del Estado y el deber de protección, la jurisprudencia colombiana ha orientado que por regla general, aquel tiene por misión el servicio a todas las personas, para ello debe dotarse (respetando los derechos humanos y el debido proceso), de idóneas herramientas que le permitan mantener un clima de paz y convivencia [...] para este logro, los organismos de seguridad del Estado, internamente, pueden y deben contar –entre otros– con toda la información necesaria para el normal, adecuado, eficiente, legítimo y democrático ejercicio de su función de servicio a la sociedad civil y defensa del orden público y de las instituciones³⁴.

En cumplimiento de su misión constitucional los servicios de inteligencia suministran información de alto valor, insumo fundamental para formar el conocimiento que los hombres civiles o militares, que toman decisiones, deben tener para salvaguardar el bienestar de sus pueblos³⁵. Esa recolección de información tiene una buena dosis de arcano, comprensible para unos, incompresible para otros; en la búsqueda de ese conocimiento por lo general sutil, se requiere de métodos que generalmente no son familiares para el término medio de las personas, que conducen por decirlo así a investigaciones clandestinas, generalmente mal profanadas por desconocimiento de esta necesaria actividad.

Siguiendo a Kent³⁶, la inteligencia estratégica es aquel conocimiento vital para la supervivencia nacional y como tal se hace sombrío y enorme cuando las amenazas no pueden ser evaluadas sino por las técnicas que apliquen los expertos.

La pregunta es, ¿aun sobrepasando la ley, esa actuación es justificable? Y la

respuesta sería... retomando ese adagio latino *necessitas legem non habet*, “la necesidad no tiene ley”... Sobre este particular, es necesario señalar que la teoría de la necesidad no es otra cosa que una teoría de la excepción, en virtud de la cual un caso singular es sustraído a la obligación de observar la ley. La necesidad no es fuente de ley ni tampoco suspende, en sentido propio, la ley.

Agamben sostiene que si las medidas excepcionales son el fruto de los periodos de crisis política y, en tanto tales, están comprendidas en el terreno político y no en el terreno jurídico constitucional (citando a De Martino, 1973, p. 320), ellas se encuentran en la paradójica situación de ser medidas jurídicas que no pueden ser comprendidas en el plano del derecho, y el estado de excepción se presenta como la forma legal de aquello que no puede tener forma legal.

Ferragoli, anota de manera contundente que al presentarse la alteración de un estado de derecho a un Estado de excepción y a pesar de las circunstancias debe prevalecer el derecho, lo contrario sería como una violación de la democracia constitucional.

No existe un espacio de legitimidad jurídica del estado de excepción en ningún ordenamiento que pretenda estar acorde al principio de legalidad. Porque significa la legitimación de un poder absoluto y en el estado de derecho no existen poderes absolutos. Los principios de libertad fundamentales se dan por sentados en los momentos de normalidad, pero es precisamente en los momentos más difíciles, en los momentos de desafío, cuando se ponen a prueba. Responder a ese desafío con el estado de excepción significa declarar una derrota. Una verdadera victoria sobre el terrorismo es vencerlo con los instrumentos del derecho. El Estado de excepción termina por desempeñar también un papel de legitimación política³⁷.

En las actividades de inteligencia y el uso del espacio electromagnético para hacer un barrido de información, la jurisprudencia colombiana se ha referido a que la actividad de monitoreo del espectro electromagnético no podría involucrar un seguimiento individual. No envuelve un rastreo selectivo ni determinado sobre sujetos concretamente considerados. En esta medida, no puede confundirse el monitoreo del espectro electromagnético como actividad impersonal y abstracta

con los actos propios de una investigación penal que es individual y concreta, y que parte de una notitia criminis (dentro de una indagación preliminar), que busca recaudar los elementos probatorios, para la identificación de los autores de una conducta punible, que se desenvolverá en el marco de un proceso penal, el cual tiene un marco legal determinado por los códigos penal y de procedimiento penal³⁸.

El dualismo entre derecho y poder se encarna en la figura del gobernante. Para Schmitt, el gobernante se ubica fuera del orden jurídico normal y con todo forma parte de él, porque le corresponde la decisión de si la constitución puede suspenderse in toto³⁹.

En esta paradoja se entrevé que el gobernante está simultáneamente dentro y fuera de la ley, y así son las actividades de inteligencia, en otras palabras, el gobernante es autorizado por la ley para suspenderla en la búsqueda del objetivo principal, muchas veces los agentes de inteligencia tienen que actuar de manera antijurídica para el logro del objetivo principal, estado de excepción.

Para la aplicación de la norma, el gobernante tiene que crear una situación normal, ya que no la puede aplicar al caos. Sin embargo, para garantizar esta situación, el ordenamiento jurídico debe presuponer ese caos que se encuentra por fuera del orden. Ahora bien, esta relación con lo excluido sólo se puede hacer a través del estado de excepción que, como lo evidencia la paradoja de la soberanía, no es otra cosa que un umbral de indiferencia entre el hecho y el derecho. De esta manera, el marco legal no es pensable sin la excepción⁴⁰.

Sin embargo, y a pesar de todo la actividad de inteligencia debe atender el principio de legalidad como su reino y señor, in toto.

Como se ha visto, las actividades de inteligencia silenciosa, clandestina y en constante evolución adelantándose y no adaptándose a los nuevos retos según la amenaza han sido parte de la historia de los pueblos, siendo un instrumento importante para la toma de decisiones por parte del soberano.

El estado de necesidad florece en particular en situaciones de crisis, las decisiones políticas ponen en actividad los mecanismos de recolección de información, en algunas oportunidades sobrepasando el orden interno y la soberanía de otros Estados en aras de fortalecer la seguridad de sus nacionales; en otras de mantener el orden “mundial”. Por ello es importante saber qué tipo de

pensamiento jurídico se impone en determinado tiempo y en determinado pueblo. El modelo y desempeño de los servicios de inteligencia dependen del sistema político en el que funcionan.

Pero es precisamente en los momentos más difíciles, en los momentos de desafío, cuando se ponen a prueba los principios fundamentales. Responder a ese desafío con el estado de excepción significa declarar una derrota. Una verdadera victoria sobre la amenaza es vencerlo con los instrumentos del derecho. El estado de excepción termina por desempeñar también un papel de legitimación política.

Según Agamben, el modelo jurídico-institucional no se puede separar del modelo biopolítico de poder, porque en el control de la nuda vida (intimidad) radica el poder del soberano (gobernante).

Salvo las excepciones previstas en la Constitución y la ley, que obliguen a las personas a revelar cierta información a partir de su reconocimiento o valoración como de importancia o relevancia pública; el resto de los datos que correspondan al dominio personal de un sujeto no pueden ser divulgados, a menos que el mismo individuo decida revelar autónomamente su acceso al público⁴¹.

Bibliografía

Agamben, Giorgio. “El poder soberano y la nuda vida”, Homo Sacer I, Valencia, Pre-Textos, 1998.

Agamben, Giorgio. “Estado de excepción”, Homo Sacer, ii, I, Flavia Costa e Ivana Costa (trads.), Buenos Aires, Adriana Hidalgo, 2004,

Agamben, Giorgio. “¿Qué es un paradigma”, Fractal Revista Trimestral, marzo de 2014, México D. F., en [www.mxfractal.org/GiorgioAgamben.htm].

bbc Mundo. “Lo que Snowden ha revelado hasta ahora del espionaje de EE.UU.”, Washington, disponible en
[www.bbc.co.uk/mundo/noticias/2013/07/130702_eeuu_snowden_revelaciones_e

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia de Tutela T-444 de 1992, M. P.: Alejandro Martínez Caballero.

Kent, Sherman. Inteligencia estratégica para la política mundial norteamericana, Buenos Aires, Editorial Pleamar, 1995.

“Los 10 ataques cibernéticos más importantes hasta la fecha”, en
[[www.teinteresa.es/mundo/ataques-ciberneticos-importantes-fecha_0_904110101.html#sr=g&m=o&cp=or&ct=-tmc&st=\(opu%20qspwjefe\)&ts=1393133794](http://www.teinteresa.es/mundo/ataques-ciberneticos-importantes-fecha_0_904110101.html#sr=g&m=o&cp=or&ct=-tmc&st=(opu%20qspwjefe)&ts=1393133794)].

Martyniuk, Claudio. “Los derechos son un papel si no se incluyen garantías adecuadas”, Clarin.com, en
[<http://edant.clarin.com/suplementos/zona/2005/12/31/z-04615.htm>], 2005.

Pérez Luño, Antonio Enrique. Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución, 9.ª ed., Madrid, Tecnos, 2005.

Sanz Alcober, Antonio. “Historia de la inteligencia China: De Sun-Tzu a la ciberguerra”, Zaragoza, Universidad de Zaragoza, 2012, p. 5, en:
[www.slideshare.net/ansanz/historia-de-la-inteligencia-china].

Schmitt, Carl. Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica, Madrid, Tecnos, 1996.

Schmitt, Carl. El valor del Estado y el significado del individuo, Celestino Pardo (estudio introductorio y trad.), Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011.

Schmitt, Carl. Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica, Madrid, Tecnos, 1996.

Schmitt, Carl. Teología política, Héctor Orestes Aguilar (prólogo y selección de textos), México D. F., Fondo de Cultura Económica, 2001.

“Servicios de Inteligencia en el Orden Mundial”, Lecturas Básicas de Inteligencia esisen, n.º 8, México D. F., Talleres de Impresión de Estampillas y Valores –tiev– de la shcp, noviembre de 2011.

Wikipedia. “Tácticas romanas de infantería disponible”, en [http://es.wikipedia.org/wiki/T%C3%A1cticas_romanas_de_infanter%C3%ADa#

* Abogado (Universidad Católica de Colombia), Especialista en Derecho Internacional Aplicable a los Conflictos Armados de la Escuela Militar de Cadetes General José María Córdova, estudiante regular de Cursos de Doctorado en Derecho de la Universidad de Buenos Aires, e-mail: [ludabusu@[hotmail.com](mailto:ludabusu@hotmail.com)].

Nuevos Paradigmas de las Ciencias Sociales Latinoamericanas issn 2346-0377

vol. IV, n.º 8, julio-diciembre 2013, Luis D. Buitrago S. pp. 27 a 44

1 Ley Estatutaria 1.621 de 2013, Por medio de la cual se expiden normas para fortalecer el Marco Jurídico que permite a los organismos que llevan a cabo actividades de inteligencia y contrainteligencia cumplir con su misión constitucional y legal, y se dictan otras disposiciones.

2 Antonio Sanz. “Historia de la inteligencia China: de Sun-tzu a la ciberguerra”, Zaragoza, Universidad de Zaragoza, 2012, p. 5.

3 Carl Schmitt. Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica, Madrid, Tecnos, 1996.

4 Asdrúbal Barca fue un general cartaginés de la dinastía Bárcida (245-207 a. C.), uno de los tres hijos de Amílcar Barca.

5 El ciberespacio es el nuevo lugar donde se crea, desarrolla, comunica, trabaja, piensa y en definitiva se vive dentro de él. La humanidad se encuentra en una nueva era, la era de la informática (en línea) en [\[http://grupo4g.gordexpress.com/4a-generacion-de-los-dd-hh/\]](http://grupo4g.gordexpress.com/4a-generacion-de-los-dd-hh/).

6 Silvia Pozo. “Los 10 ataques cibernéticos más importantes”, en [\[www.teinteresa.es/mundo/ataques-ciberneticos-importantes-fecha_0_904110101.html#sr=g&m=o&cp=or&ct=-tmc&st=\(opu%20qspwjefe\)&ts=1392599556\]](http://www.teinteresa.es/mundo/ataques-ciberneticos-importantes-fecha_0_904110101.html#sr=g&m=o&cp=or&ct=-tmc&st=(opu%20qspwjefe)&ts=1392599556).

7 Exanalista y consultor tecnológico de la National Security Agency –nsa– americana.

8 La Agencia de Seguridad Nacional (en inglés: National Security Agency, también conocida como nsa), es la agencia de inteligencia del Gobierno de Estados Unidos.

9 Es un concepto que alude a la relación entre la política y la vida.

10 La Corte Constitucional ha resaltado las diversas formas en que puede ser vulnerado el derecho a la intimidad. En la Sentencia C-131 de 2009 se sostuvo: “La primera de ellas es la intrusión o intromisión irracional en la órbita que cada persona se ha reservado; la segunda, consiste en la divulgación de los hechos privados; y la tercera, finalmente, en la presentación tergiversada o mentirosa de

circunstancias personales, aspectos los dos últimos que rayan con los derechos a la honra y al buen nombre”.

“La intromisión en la intimidad de la persona, sucede con el simple hecho de ingresar en el campo que ella se ha reservado. Es un aspecto material, físico, objetivo, independientemente de que lo encontrado en dicho interior sea publicado o de los efectos que tal intrusión acarree. Cabe en este análisis la forma en que el agente violador se introduce en la intimidad del titular del derecho y no tanto el éxito obtenido en la operación o el producto de la misma, que se encuentran en el terreno de la segunda forma de vulneración antes señalada”.

11 Antonio Enrique Pérez Luño. Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución, 9.^a ed., Madrid, Tecnos, 2005, p. 328.

12 Ibid., p. 355.

13 Ibid., p. 353.

14 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-517 de 1998. Cfr. Sentencia C-640 de 2010. Cfr. Sentencia T-517 de 1998. Cfr. Sentencia C-640 de 2010.

15 William Márquez. “Lo que Snowden ha revelado hasta ahora del espionaje de EE. UU.”, bbc Mundo, Washington, los servicios de inteligencia del Reino Unido tienen un programa denominado tempora, que a través de la Oficina de Comunicaciones del Gobierno (gchq siglas en inglés) intervinieron 200 cables de fibra óptica, lo que le permitía recoger muchos más datos que la agencia estadounidense; unas 600 millones de comunicaciones diarias, supuestamente, la información recopilada se guardaba durante 30 días para ser seleccionada y analizada (en línea),
[www.bbc.co.uk/mundo/noticias/2013/07/130702_eeuu_snowden_revelaciones_e]
(2 de julio de 2013).

16 Ibid., p. 353.

17 Giorgio Agamben. “Estado de excepción”, Homo Sacer, ii, enero de 2004, Buenos Aires, Adriana Hidalgo, p. 27

18 El Estallido de la Segunda Guerra Mundial extendió estos poderes con la proclamación de una emergencia nacional “limitada” el 8 de septiembre de 1939,

que devino ilimitada el 27 de mayo de 1941, después del ataque a Pearl Harbor. El 7 de septiembre de 1941, pidiendo al Congreso la derogación de una ley en materia económica, el presidente Roosevelt renovó su pretensión de poderes soberanos ante la emergencia: “En el caso de que el Congreso no actúe, o no actúe adecuadamente, asumiré yo mismo la responsabilidad de la acción [...] El pueblo norteamericano puede estar seguro de que no dudaré en usar cada uno de los poderes con los que he sido investido para vencer a nuestros enemigos en toda parte del mundo en la cual nuestra seguridad lo requiera (Rossite, 1948, p. 269) [...] es en la perspectiva de esta reivindicación de los poderes soberanos del presidente en una situación de emergencia como debemos considerar la decisión del presidente George Bush de referirse constantemente a sí mismo, después del 11 de septiembre de 2001, como el Commander in Chief of the Army. Si, como hemos visto, la asunción de este título implica una referencia inmediata al estado de excepción, Bush está buscando producir una situación en la cual la emergencia devenga la regla y la distinción entre paz y guerra (y entre guerra externa y guerra civil mundial) resulte imposible. Citado por Agamben. “Estado de excepción”, cit, pp. 57 y 58.

19 Ibid., pp. 23 y 24.

20 Schmitt. Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica, cit.

21 El concepto de sistema político empieza a tener identidad en el momento en que los profesores de ciencia política de Estados Unidos conscientes de que el concepto de Estado es muy jurídico y no permite el estudio de amplios períodos históricos y que no impulsaba las investigaciones han popularizado el uso del término sistema político.

22 Servicios de inteligencia en el orden mundial, México D. F., Talleres de Impresión de Estampillas y Valores –tiev– de la shcp, noviembre de 2011, p. 14.

23 Adagio latino *Necessitas legem non habet*, “la necesidad no tiene ley”, suele ser entendido en sus dos sentidos opuestos: “la necesidad no reconoce ley alguna” y “la necesidad crea su propia ley” (*nécessité fai loi*). En ambos casos, la teoría del estado de excepción se disuelve integralmente en la teoría del *status necessitatis*, de modo que el juicio sobre la subsistencia de éste agota el problema de la legitimidad de aquel. Op. cit. p. 60.

24 Pérez Luño. Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución, cit., p. 361.

26 El derecho de guerra es la parte del derecho internacional que trata de las relaciones entre los Estados que se encuentran en estado formal de guerra o llevando a cabo hostilidades reales en una guerra no declarada; constituye un vasto cuerpo de normas consuetudinarias y establecidas en los tratados. Si bien muchas de las normas sobre la manera de hacer la guerra pertenecen al más antiguo corpus iuris gentium, el derecho de guerra, en su forma actual es, principalmente, un resultado de los hechos y experiencias del siglo xix. Entre el siglo xix y la primera mitad del xx ese derecho ha seguido un proceso de codificación parcial por medio de diversos instrumentos, en especial las Convenciones de Ginebra y de La Haya.

27 Sobre el pensamiento de decisionismo en Schmitt. Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica, cit.

28 Carl Schmitt. El valor del Estado y el significado del individuo, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011, p. 179.

29 Para Agamben “la palabra ‘saber’ indica todos los procedimientos y todos los efectos de conocimiento que un campo específico está dispuesto a aceptar en un momento dado. Giorgio Agamben. “¿Qué es un paradigma”, Fractal Revista Trimestral, en [www.mxfractal.org/GiorgioAgamben.htm].

30 Agamben. Homo Sacer, cit., p. 37.

31 En Colombia, al Presidente Juan Manuel Santos Calderón el Congreso de la República le otorgó plenos poderes excepcionales mediante el artículo 18 de la Ley 1444 de 2011, de conformidad con lo establecido en el artículo 150 numeral 10 de la Constitución Política, por el término de seis meses, para modificar la estructura de la Administración Pública. Con base en este sustento jurídico se creó entre otras el Departamento Administrativo denominado Dirección Nacional de Inteligencia de Colombia.

32 Sherman Kent. Inteligencia estratégica para la política mundial norteamericana, Buenos Aires, Pleamar, 1995, p. 180.

33 Agamben. Homo Sacer, cit., p. 14.

34 Sentencia Corte Constitucional. Sentencia T-444 de 1992, M. P.: Alejandro

Martínez Caballero.

35 Hoy en día para entender quiénes son y que hacen los servicios de inteligencia, es necesario estudiarlos en su contexto y con vínculos con un conjunto de actores y factores externos a ellos mismos. Sus misiones y márgenes de maniobra dependen en buena medida del grado de democracia o autoritarismo que prevalece en cada nación, la cantidad de recursos que destina el Estado a su seguridad nacional y su defensa y, a la forma en que cada élite gobernante percibe los riesgos y amenazas a los intereses del estado en cada momento histórico. Servicios de inteligencia en el orden mundial, cit. p. 15.

36 Kent. Inteligencia estratégica para la política mundial norteamericana, cit., p. 9.

37 Claudio Martyniuk. “Los derechos son un papel si no se incluyen garantías adecuadas”, Clarin.com, 31 de diciembre de 2005, en [\[http://edant.clarin.com/suplementos/zona/2005/12/31/z-04615.htm\]](http://edant.clarin.com/suplementos/zona/2005/12/31/z-04615.htm).

38 Sentencia C-540 de 2012.

39 Carl Schmitt. Teología política, México D. F., Fondo de Cultura Económica, 2001, p. 24.

40 Agamben. Homo sacer, cit., p. 24.

41 Sentencia C-C540 de 2012. Cfr. Sentencia T-787 de 2004.