

MINISTERIO DE JUSTICIA



DOCUMENTO DE ESTUDIO N° 001-2004/JUS

EL SERVICIO DE INTELIGENCIA EN UN ESTADO DE DERECHO

Lima, mayo del 2004

I. ÍNDICE

- I. Índice p. 2*
- II. Cuestiones iniciales p. 3*
- III. Introducción p. 4*
- IV. Acciones de inteligencia p. 6*
- V. Presupuesto p. 11*
- VI. Relaciones Política p. 15*
- VII. Control Judicial p. 19*
- VIII. Conclusiones p. 23*
- IX. Bibliografía p. 25*

II. CUESTIONES INICIALES

El presente Documento de Estudio elaborado por el Ministerio de Justicia se realiza con el fin de poner en debate un tema tan espinoso pero a la vez tan interesante como es la compatibilización de las normas relativas a los servicios de inteligencia y la Constitución.

Para tal fin, el Ministerio busca encauzar un debate ciudadano y público sobre este tema, que no necesariamente involucra la opinión del Poder Ejecutivo tanto así que el presente Documento de Estudio sólo ilustra sobre la materia mas no obliga a las instituciones. Por tal motivo, nuestro trabajo se somete al escrutinio público para que la sociedad ilustrada, e inclusive otras instituciones públicas puedan opinar a fin de perfeccionarla y hacer el cambio real y efectivo.

Esperando que el debate pueda ser fluido y apasionante, estamos prestos a recibir las propuestas que se formulen, y lograr que el Consejo Nacional de Inteligencia esté más acorde al Estado democrático de derecho que rige en el país.

Baldo Kresalja Rosselló
Ministro de Justicia

III. INTRODUCCIÓN

1. **Situación de anormalidad.**- El Estado de Derecho para ser eficaz y efectivo debe situarse cotidianamente en un escenario de regularidad. Sin embargo, existen circunstancias (políticas, económicas o sociales) que permiten que se produzcan situaciones de anormalidad que pueden llegar a poner en peligro la reconstrucción de la estabilidad del Estado.
2. **Democracia militante.**- Ante este contexto objetivo y extraordinario, el Estado debe proteger la democracia de forma militante interviniendo inmediata y correctamente. Por tanto, se debe delimitar cuándo estamos ante tal ‘situación de anormalidad’, la misma que posibilitaría una intervención irregular del Estado, pero a la vez apropiada según el marco constitucional. La implicancia del rol participativo del ciudadano en el Estado, ha permitido que se proponga la existencia ‘bienes jurídicos de democracia militante’, esto es, un orden fundamental democrático caracterizado por la preservación de la apertura y libertad del proceso de creación de opiniones y voluntades, formación de la voluntad popular que se dé desde el seno de la sociedad -pasando por los partidos- hasta en los propios Poderes del Estado¹, garantizándose no solo la libertad del Estado sino la libertad en el Estado².
3. **La intervención estatal.**- Por infrecuente que sea el hecho que motiva la intervención gubernamental, “existe un presupuesto básico para la existencia de una verdadera protección extraordinaria del Estado constitucionalizada, y ese presupuesto es el reconocimiento formal de la existencia de un orden jerárquico en el conjunto de las garantías constitucionales”³. En la realidad, la Norma Fundamental dota al Estado de mecanismos adecuados para que esta actuación sea conveniente y necesaria. De un lado, cuenta con los decretos de urgencia, para los casos de desastre financiero y económico; y, de otro, con la declaratoria de los regímenes de excepción, para los problemas de seguridad ciudadana y nacional. Pero queda un flanco que no puede ser cubierto por estas medidas, y éste es el referido a los servicios de inteligencia, el mismo que implica un “conocimiento anticipado logrado a través del procesamiento de las

¹ DENNINGER, Democracia militante y defensa de la Constitución, p. 460, ss.

² HÄBERLE, La libertad fundamental en el Estado Constitucional), p. 71.

³ FERNÁNDEZ SEGADO, La constitucionalización de la defensa extraordinaria del Estado, p. 247.

informaciones” y que ha de “ser oportuna para contribuir a la toma de decisiones y así poder alcanzar objetivos de seguridad y bienestar”⁴.

4. **Una exigencia a la sociedad.**- No obstante, la acción requerida no depende exclusivamente de quien tiene el poder fáctico, requiere además de una voluntad ciudadana y que “pueda surgir de la opinión pública fácticamente generalizada una convicción acreditada desde el punto de vista de la generalización de intereses, que legitime las decisiones políticas”⁵, es decir, sustentar en que “en la configuración y el establecimiento de un orden común de la vida social, la libertad entendida como autonomía individual de las personas se hace libertad democrática de participación”⁶, y esto ha de realizarse como parte del respeto de la confidencialidad, la integridad y la disponibilidad de la actividad estatal en cuanto protector de los derechos de la persona”⁷.
5. **Reconducción de los servicios de inteligencia a los cánones constitucionales.**- Por tal razón, conviene determinar con claridad algunos aspectos que toda legislación referida al Sistema de Inteligencia Nacional debe contener para estar acorde con la Constitución. Aparte, sirviéndonos de la reestructuración a la cual está sometida el Consejo Nacional de Inteligencia⁸, y de las labores que desempeñe su Administrador Temporal⁹, se podrán revisar los ámbitos operativo, presupuestario, político y judicial de los servicios de inteligencia.

⁴ Artículo 6 de la Ley del Sistema de Inteligencia Nacional (SINA), Ley N° 27479.

⁵ HÄBERMAS, *Facticidad y validez*, p. 452.

⁶ BÖCKENFORDE, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, p. 78.

⁷ Se retoman los postulados previstos por INEI, *Lineamientos de Política Nacional de Seguridad de la Información en el Estado Peruano*, p. 2.

⁸ Decreto Supremo N° 026-2004-PCM, del 25 de marzo del 2004.

⁹ Resolución Suprema N° 103-2004-PCM, del 25 de marzo de 2004.

Previamente, se había designado la Comisión Especial encargada de implementar medidas aprobadas para dicha reestructuración [Resolución Suprema N° 097-2004-PCM, del 20 de marzo de 2004].

IV. ACCIONES DE INTELIGENCIA

6. **El respeto de las personas en las acciones de inteligencia.**- La forma en la que actúen las instituciones pertenecientes al Sistema de Inteligencia Nacional debe estar enmarcada en el mayor respeto posible de las personas que están involucradas en las investigaciones. Bajo el supuesto de acciones de inteligencia y según el fin con el que opera (“proporcionar al Presidente de la República la Inteligencia estratégica del más alto nivel, para la toma de decisiones relacionada con la Seguridad y el Desarrollo Nacional”¹⁰), no pueden los agentes del CNI escudarse en dicho objeto para utilizar cualquier medio.
7. **Defensa nacional y derechos fundamentales.**- No es fútil reconocer que la actividad que realiza el SINA está relacionada básicamente con “establecer políticas generales para las actividades de inteligencia y contrainteligencia; orientar las actividades de inteligencia y contrainteligencia; y producir inteligencia estratégica actual y predictiva”¹¹, actuando básicamente a través de los pilares de la sorpresa y el engaño¹², y que dentro de ella, el CNI se encargue de “integrar la inteligencia estratégica producida en los campos de la defensa y el desarrollo nacional”¹³, y que todo ello tiene un fin último reconocido constitucionalmente: “la dirección, la preparación y el ejercicio de la Defensa Nacional”¹⁴. Frente a estas normas, por tanto, en todo tipo de actividad que se realice en el CNI, basados en seguridad nacional¹⁵, debe mantenerse, tomando en

¹⁰ Artículo 16 de la Ley del Sistema de Inteligencia Nacional (SINA), Ley N° 27479.

¹¹ Artículo 12.a, 12.b y 12.c de la Ley del Sistema de Inteligencia Nacional (SINA), Ley N° 27479.

¹² Puente Balsells, La grafología en los servicios de inteligencia, p. 1.

¹³ Artículo 22.d de la Ley del Sistema de Inteligencia Nacional (SINA), Ley N° 27479.

¹⁴ Artículo 164 de la Constitución.

¹⁵ “La acepción jurídica de ‘seguridad nacional’ cobra sentido si la vinculamos a la protección de la independencia, soberanía e integridad del país, tanto en el ámbito externo e interno” [Defensoría del Pueblo, El acceso a la información pública y la ‘cultura del secreto’, p. 72]. En el mismo sentido, se ha dicho que “por razones de seguridad nacional se considerará como información clasificada en el ámbito militar, tanto en el frente externo como interno, aquella cuya revelación originaría un riesgo para la integridad territorial y/o la subsistencia del sistema democrático” [Principios de Lima, Addendum al Octavo Principio, Sobre Excepciones al Acceso a la Información por Razones de Seguridad Nacional].

consideración el principio de unidad constitucional¹⁶, el respeto de los derechos fundamentales de la persona¹⁷. No puede actuarse en la defensa nacional afectando a la nación. Sobre esto no debe quedar duda.

8. **Los derechos fundamentales en juego en la interceptación telefónica.**- En un sistema democrático, no puede repetirse acciones como la interceptación telefónica cuando el Servicio Inteligencia Nacional perseguía a todas las personas opositoras al régimen fujimorista, y que fue avalado tácitamente por nuestro Tribunal Constitucional durante su cautiverio¹⁸. En caso que sea necesario para la consecución de sus objetivos hacer algún tipo de estas acciones la exigencia básica será la intervención judicial *ex ante* según los mecanismos que revisaremos *infra*. Por tanto, dentro de la pluralidad de derechos fundamentales reconocidos, debe tomar especial relevancia el tema de la vida privada. Este derecho busca proteger todo espacio y dato espiritual que permita a la persona mantener una identidad propia, encontrarse a sí misma y de esta forma volcarse a la sociedad. Dentro de la vida privada, la intimidad adquiere un protagonismo especial.
9. **El derecho a la vida privada.**- El ser humano requiere de un ‘espacio’ en el cual pueda realizar su vida de la manera que crea conveniente. Y no la persona en soledad sino con relación a un grupo que le brinde toda la confianza para hacerlo. Por tanto, el Derecho debe ofrecer a la persona el respeto a su intimidad, siendo para muchos, la zona más profunda de la vida privada¹⁹. Es el espacio en el que el ser humano puede “aislar sus pensamientos, sentimientos, emociones y sensaciones, así como sus

¹⁶ Sobre los principios de interpretación constitucional, HESSE, Escritos de Derecho Constitucional. pp. 43, ss.

¹⁷ Artículo 2 de la Constitución.

¹⁸ En la Sentencia 1030, se dijo que “al no haberse logrado identificar al trasgresor(es) de los derechos constitucionales invocados, la posibilidad de que este Colegiado pueda expedir una sentencia estimatoria, se encuentra en una situación tal que su objeto, que es el de disponer el cese de la afectación de los derechos constitucionales se torne imposible de poder efectuar, y en consecuencia, no se cumplan los fines propios de estos procesos constitucionales” [Expediente N° 1257-97-AA/TC, LIMA, Caso Anel Townsend Diez Canseco y otros].

¹⁹ MORALES GODO, El derecho a la vida privada y el conflicto con la libertad de información, 207; FERNÁNDEZ SESSAREGO, Derecho de las Personas, p. 59 (ésta es llamada como ‘intimidad de la vida privada’); MADRID-MALO GARIZÁBAL, Derecho a la intimidad, p. 08 (“esfera más profunda, inherente y reservada de la personalidad del ser humano”).

proyectos, del conocimiento ajeno”²⁰, y que para algunos puede entenderse a partir de la teoría de los derechos de propiedad, convirtiéndose en “una institución económicamente eficiente y que maximiza el bienestar existente en nuestra sociedad y permite un mejor uso de los recursos escasos”²¹.

10. **Intimidad personal.**- Dentro de la vida privada en el sentido de intimidad, se encuentra la protección personal de ésta. Es una negación a la actividad de los demás en nuestro ámbito privado. Este derecho independiente²² inicialmente se asimiló a un ‘ser dejado en paz’ (se le consienta estar solo y tranquilo²³), pero ahora aparece como lo que se conoce como el ‘*ius solitudinis*’, es decir una pretensión de libertad, poder e inmunidad para disponer un ámbito de vida personal sustraído de cualquier tipo de intromisiones perturbadoras o no deseadas²⁴. En fin, la intimidad personal puede ser concebida como “espacios invulnerables, libres, sometidos únicamente a la conciencia y voluntad del sujeto, indestructibles, y donde no pueden –o no deben– entrar ni los poderes públicos ni el resto de los ciudadanos y grupos sociales”²⁵.

11. **La injerencia legal a la intimidad personal.**- Lo verdaderamente trascendente a la luz del presente trabajo es saber que a través de la intimidad personal se debe evitar la intrusión en el esquema del *right to privacy*. Pero que un acto se puede considerar como tal, se deben analizar dos criterios. El primero es el propósito de la afectación, es decir analizar si el fin de la intervención llega a ser ilegal o no. El segundo es la razonabilidad de los medios usados, entendiendo por ello la eficacia que tienen para lograr la afectación de la vida privada. Si no se superan ambos criterios, entonces, estamos ante lo que se conoce como ataques innecesarios²⁶.

²⁰ ROMERO COLOMA, Los derechos al honor y a la intimidad frente a la libertad de expresión e información, p. 58.

²¹ BULLARD GONZÁLEZ, No se lo digas a nadie, p. 172.

²² Artículo 2.7 de la Constitución.

²³ Brandeis, cuando se desempeñaba como Juez de la Suprema Corte de Estados Unidos, señaló en el caso *Olmstead c/ United States*, que “los padres de nuestra Constitución ... nos confieren ... el derecho a ser dejados en paz, el más comprensivo de los derechos y el más valorado por los hombres civilizados” [cit. por FERREIRA RUBIO, El derecho a la intimidad, p. 42].

²⁴ HOLFELD, *Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, cit. por PÉREZ LUÑO, Dilemas actuales de la protección de la intimidad, p. 15.

²⁵ RODRÍGUEZ, El proceso de constitucionalización de un exigencia ética fundamental, pp. 385 y 386.

²⁶ Así, se ha llegado a afirmar que “cualquier persona viviendo una vida recta tiene el derecho a la felicidad, lo cual incluye estar libre de ataques innecesarios al carácter” [*Leading case*]

12. **Acciones de inteligencia e injerencia legal.**- A través de la no injerencia ilegal en la vida privada, los agentes de inteligencia pueden realizar sus acciones de inteligencia, más aún si debe intentar guardar ciertos aspectos de la vida de las personas del conocimiento de los demás. Como parte del derecho fundamental a la intimidad, se debe considerar como vulneración la observación, la escucha o el registro ilegal de un hecho, palabra, escrito e imagen de una personas; en pocas palabras, la intromisión en el ámbito privado²⁷.
13. **Intimidad personal de los internos.**- Este tema relacionándolo con las normas penitenciarias, hace que se señale que las comunicaciones que reciban los internos “se realizan respetando la intimidad y privacidad del interno y sus interlocutores”²⁸, sin olvidar que estos tienen derecho “a comunicarse con sus familiares y amigos en forma oral y escrita”²⁹. En tal sentido, el *status libertatis* de las personas queda modificado completamente para el ciudadano cuando los poderes públicos intervienen a través de una sujeción especial, especialmente cuando la administración penitenciaria respecto a la naturaleza de los internos. Por más fallo de condena que tenga el interno, “su situación de sujeción especial no puede implicar la eliminación de sus derechos fundamentales”³⁰.
14. **Actuación legal de los servicios de inteligencia.**- Por tanto, si el CNI requiriese algún tipo de intervención de las comunicaciones de los internos, ya sea a través de medios directos o indirectos la interferencia de la vida privada de los internos no podrá ser legal, es decir habrá de contar con una orden judicial autoritativa, y ésta será la forma más adecuada de intervención de los servicios de inteligencia cuando busquen recabar información³¹. En dicho supuesto, “El Juez que autoriza, su personal auxiliar, el

Melvin c/ Reid, Jurisprudencia de los Estados Unidos de Norteamérica, rec. por MORALES GODO, El derecho a la vida privada y el conflicto con la libertad de información, p. 106].

²⁷ Claramente explicado en el artículo 14 del Código Civil.

²⁸ Artículo 37 del Código de Ejecución Penal.

²⁹ Artículo 19 del Reglamento del Código de Ejecución Penal, Decreto Supremo N° 015-2003-JUS.

³⁰ FERNÁNDEZ SEGADO, El derecho a la libertad y a la seguridad personal en España, p. 27, retomando la sentencia española del Tribunal Constitucional 120/1990.

³¹ En 1968, ya se había detectado que las técnicas recientemente desarrolladas en la comunicación y la información, la interceptación de las comunicaciones telefónicas y las escuchas clandestinas, representan una amenaza para el derecho y las libertades del individuo, y en particular para el derecho al respeto a la vida privada. En tal virtud, la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa, adoptó en la XIX sesión ordinaria la

Fiscal Recolector así como el personal auxiliar del Ministerio Público, de la Policía Nacional del Perú, peritos, los Procuradores Públicos y demás personas naturales o jurídicas autorizadas en el proceso de investigación deberán guardar reserva sobre toda la información que obtengan. El incumplimiento de este deber se sanciona con inhabilitación conforme a ley para el ejercicio de la función pública, sin perjuicio de las responsabilidades penales, civiles y administrativas que el Ordenamiento Jurídico prevé³².

15. **Injerencia legal de la intimidad de los internos.**- Aparte hay otros móviles que permiten algún tipo de control mayor de los internos sin llegar a afectar su intimidad. Por ejemplo, en el caso específico de la correspondencia, legalmente se señala que “el portador o el remitente deberá exhibir al personal de seguridad el contenido de la misma, debiendo asegurarse que el contenido no sea perjudicial para la seguridad”; es más, en “caso de Régimen Cerrado Especial toda la correspondencia será revisada en presencia del interno o el portador, por el personal de seguridad³³”.
16. **Intercepción telefónica legal.**- Por tal motivo, siempre y cuando se realice de manera judicial la interceptación telefónica en los centros penitenciarios debe estar permitida para los miembros del CNI³⁴. La autorización no se pone a conocimiento del interno, según la ley de julio del 2002. Es la forma cómo se demarcan los límites externos de la vida privada en virtud de la defensa nacional.

Recomendación No. 509, que evidenciaba esa amenaza y clamaba una protección garantista de los Estados.

³² Artículo 2.13 de la Ley 27697, Ley que otorga facultad al Fiscal para la intervención y control de comunicaciones y documentos privados en Caso Excepcional”.

³³ Artículo 38 del Reglamento del Código de Ejecución Penal, Decreto Supremo N° 015-2003-JUS.

³⁴ “La recolección puede hacerse sobre una comunicación en específico, o sobre un conjunto de comunicaciones indeterminadas, dentro de las que es probable -según razones que deberán fundamentarse debidamente en la solicitud a que se refiere esta Ley- que se halle alguna que tenga utilidad para la investigación” [Artículo 2.3.a de la Ley 27697, Ley que otorga facultad al Fiscal para la intervención y control de comunicaciones y documentos privados en Caso Excepcional].

V. PRESUPUESTO

17. **Control de los fondos presupuestarios.**- Los fondos que administra el CNI para acciones operativas están sujetos a control por parte de las entidades públicas encargadas del seguimiento de su uso adecuado.
18. **Carácter especial de dicho control.**- Constitucionalmente, se señala con relación a las Fuerzas Armadas, que “los recursos correspondientes son aprobados en la Ley de Presupuesto”³⁵ y que la Contraloría “supervisa la legalidad de la ejecución del Presupuesto del Estado”³⁶. Por tal motivo, si el CNI utiliza fondos públicos, está obligada a rendir cuenta ante las autoridades correspondientes. Sin embargo, la dación de cuenta no se realizará de manera ordinaria, y eso debe buscar especificarse. La razón de esta especialidad se sustenta en el carácter de anormalidad constitucional en el cual se desarrollan las acciones de inteligencia, y en la indicación del secreto de las mismas.
19. **Trato especial de las contrataciones y adquisiciones con carácter de secreto militar.**- De un lado, se precisa que están exonerados de los procesos de licitación pública, concurso público o adjudicación directa, según sea el caso, las adquisiciones y contrataciones que se realicen “con carácter de secreto militar o de orden interno por parte de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional, que deban mantenerse en reserva conforme a Ley, previa opinión favorable de la Contraloría General de la República” pero en ningún caso podrán estar referidas “a bienes, servicios u obras de carácter administrativo u operativo de acuerdo al Reglamento”³⁷. Sobre el carácter operativo de las actividades se ha determinado que son “aquellos necesarios para el normal

³⁵ Artículo 172 de la Constitución.

³⁶ Artículo 82 de la Constitución.

³⁷ Artículo 19 de la Ley de contrataciones y adquisiciones del Estado, Ley N° 26850, sustituido por el Artículo 1 de la Ley N° 27330.

Además, estas adquisiciones no requieren ser informadas, según se ha expresado claramente el Decreto Supremo N° 027-2001-PCM, Texto Único Actualizado de las Normas que rigen la obligación de determinadas entidades del Sector Público de proporcionar información sobre sus adquisiciones (Cuarta Disposición Final: “Lo dispuesto en el presente Decreto Supremo no es de aplicación a las adquisiciones a las que se refiere el inciso d) del Artículo 19 de la Ley N° 26850, modificada por Ley N° 27330”).

funcionamiento de las unidades de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional que no comprometen la seguridad nacional ni el orden interno”³⁸.

20. **Excepción de adquisiciones y contrataciones en estado de emergencia.**- Sin embargo, también hay que tomar en cuenta que existe la opción de una actuación inmediata en el caso de un estado de emergencia, concepto concordante con la situación de anormalidad desarrollada *supra*. En el caso de las adquisiciones de bienes y servicios, la emergencia se presentará cuando “la entidad tenga que actuar de manera inmediata a causa de acontecimientos catastróficos, de situaciones que supongan grave peligro o de necesidades que afecten la defensa nacional”³⁹.

21. **El control por parte de la Contraloría.**- En ambas situaciones, la intervención de la Contraloría es clave⁴⁰ pues según se señalara, la Contraloría se dedica al control gubernamental del Presupuesto a través de la “supervisión, vigilancia y verificación de los actos y resultados de la gestión pública, en atención al grado de eficiencia, eficacia, transparencia y economía en el uso y destino de los recursos y bienes del Estado”⁴¹. Para cumplir tal fin, el CNI debería tener una Oficina de Auditoría Interna con un estatus especial, pues además de brindar información a la Contraloría también velaría por la seguridad de la información recabada por la institución. Como se sabe, “sin perjuicio de las Inspectorías Generales del Ejército, Marina de Guerra, Fuerza Aérea, y de la Policía Nacional, cuyas competencias se circunscriben a asuntos netamente castrenses y disciplinarios, dichas Instituciones contarán dentro de su estructura organizativa con un Órgano de Auditoría Interna encargado de efectuar exclusivamente

³⁸ Artículo 109 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

³⁹ Artículo 22 de la Ley de contrataciones y adquisiciones del Estado, Ley N° 26850.

Además se señala que “en este caso la Entidad se exonera de la tramitación del expediente administrativo y podrá ordenar la ejecución de lo estrictamente necesario para remediar el evento producido y satisfacer la necesidad sobrevenida, sin sujetarse a los requisitos formales de esta Ley. De este acuerdo se dará cuenta inmediata al Consejo de Ministros para la aprobación del Decreto Supremo correspondiente y al Ministerio de Economía y Finanzas, quien girará los recursos de acuerdo a lo que establecen las normas presupuestales. El resto de la actividad necesaria para completar el objetivo propuesto por la Entidad ya no tendrá el carácter de emergencia, se adquirirá o contratará de acuerdo a lo establecido en la presente Ley”.

⁴⁰ La opinión que se le solicita “deberá emitirse dentro del plazo de quince (15) días de presentada la solicitud. Transcurrido este plazo sin que medie pronunciamiento de la Contraloría, la Entidad tendrá por aprobada la solicitud, sin perjuicio del control posterior” [Artículo 109 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado].

⁴¹ Artículo 6 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, Ley N° 27785.

el control de la gestión administrativa, económica y financiera de los recursos y bienes del Estado asignados, de conformidad con las normas del Sistema Nacional de Control”⁴².

22. **Dación de cuentas con discrecionalidad limitada.**- El sustento de esta intervención se presenta en que el CNI posee autonomía “económica y financiera; constituye un pliego presupuestal. El titular del pliego es el Presidente del Consejo Nacional de Inteligencia”⁴³, razón por la cual “es controlado por las autoridades e instituciones competentes del Sistema Nacional de Control”⁴⁴. Pero se debe considerar la posibilidad de alguna inspección especial, con una auditoría interna con capacidad discrecional sobre determinadas cuestiones, pero sin dejar de cumplir su función examinadora. Es decir, podría simplemente informar el gasto realizado y el visto bueno de la utilización de los fondos presupuestales, sin la explicación precisa del destino de tales fondos.
23. **Carácter reservado de los fondos.**- Paralelamente, también es aplicable al CNI que “los Presupuestos del Ministerio de Defensa y del Ministerio del Interior, tienen carácter de reservado. La información correspondiente a cada una de las fases presupuestarias estará a disposición de la Comisión de Presupuesto y Cuenta General del Congreso de la República, del Ministerio de Economía y Finanzas y de la Contraloría General de la República”⁴⁵. O sea que no sólo compete a esta última institución controlar los fondos de la institución, sino también otras entidades del poder. Este tema será tratado con más amplitud en el siguiente punto.
24. **Tipos de control presupuestario.**- En fin, los bienes y actividades que realice el CNI sí deben estar sujetos a control. Y esto debe darse a través de dos formas. La política. Y la estrictamente presupuestaria, a cargo de auditoría interna en coordinación con la Contraloría, pero que debería contar con un mecanismo especial de dación de cuentas, tomando en cuentas las características de excepcionalidad del gasto. Se propone que se

⁴² Artículo 39 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, Ley N° 27785.

Adicionalmente se ha señalado que “las Jefaturas de los Órganos de Auditoría Interna de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional son designadas por el Contralor General de la República” [artículo 39 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República].

⁴³ Artículo 34 de la Ley del Sistema de Inteligencia Nacional (SINA), Ley N° 27479.

⁴⁴ Artículo 35 de la Ley del Sistema de Inteligencia Nacional (SINA), Ley N° 27479.

⁴⁵ Artículo 45 de la Ley de Gestión Presupuestaria del Estado, Ley N° 27209.

hagan conocer los montos de los gastos pero sin explicar el motivo de ellos, y guardando el nivel de confidencialidad exigido.

25. **Control con moderación.**- En la revisión de los gastos del CNI se deberán respetar los principios de control gubernamental, pero con un énfasis especial en la reserva pues “por cuyo mérito se encuentra prohibido que durante la ejecución del control se revele información que pueda causar daño a la entidad, a su personal o al Sistema, o dificulte la tarea de este último”⁴⁶.

⁴⁶ Artículo 9.n de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, Ley N° 27785.

VI. RELACIONES POLÍTICAS

26. **Dependencia actual al Presidente del Consejo de Ministros.**- La responsabilidad de la institución según el diseño actual recae directamente en el Presidente del Consejo de Ministros pues el Presidente del Consejo Nacional de Inteligencia depende de él⁴⁷. Pero queda por definir qué relaciones políticas existen en el aspecto funcional, económico y administrativo.
27. **Dependencia funcional al Presidente de la República.**- La adscripción del CNI a la PCM no parece ser la más conveniente pero es la más práctica. De hecho, depende funcionalmente del Presidente de la República pero la respuesta política por las actividades que realiza recaen en el Presidente del Consejo de Ministros, pues “los ministros son individualmente responsables por sus propios actos y por los actos presidenciales que refrendan”⁴⁸. Ahora bien sería también totalmente válida la dependencia funcional y administrativa del CNI directamente al Presidente de la República, pues éste seguiría siendo irresponsable político.
28. **Necesidad de instancia única.**- Para tal motivo, debe crearse una instancia única ante la cual responda el Jefe del CNI. Y que no sea exclusivamente ejecutiva ni legislativa ni de otra institución pública. Al revés que en ella se integren las principales autoridades relacionadas con la actividad de inteligencia, independientemente de las otras actividades que le competan por sus cargos. De hecho, la situación de anormalidad en la que se desarrolla la actividad del CNI justifica esta fórmula.
29. **La Junta de Supervisión de las Acciones de Inteligencia.**- Una Junta de Supervisión de las Acciones de Inteligencia, como órgano colegiado, podría estar integrado por el Presidente del Consejo de Ministros, que lo presidiría, el Ministro de Defensa, el Ministro del Interior, el Presidente del Congreso, el Presidente de la Comisión de Defensa Nacional, Orden Interno e Inteligencia y el Presidente de la Comisión de Fiscalización. Serán miembros adjuntos, el Ministro de Economía y Finanzas y el Contralor General de la República.

⁴⁷ Artículo 19 de la Ley del Sistema de Inteligencia Nacional (SINA), Ley N° 27479.

⁴⁸ Artículo 128 de la Constitución.

30. **Grado de confidencialidad de la Junta.**- Algunas observaciones sobre el funcionamiento de este grupo. El grado de confidencialidad de sus actividades será total. No habrá opción a infidencias, y en caso sucedan las sanciones deberán ser las más drásticas posibles. Pese a la presencia de miembros de la oposición deben articularse los mecanismos para evitar cualquier tipo de estos actos.
31. **Representación congresal en la Junta.**- En este grupo mixto, la representación congresal cumplirá un rol trascendente. Desempeñando una acción controladora, será el cauce que permitirá examen control de toda acción de inteligencia, pues, como expresión representativa de toda la comunidad, se presenta como reflejo del pluralismo político y social⁴⁹. Refiriéndose a su papel en el debate democrático como el principal ambiente para la discusión informada y ponderada de las grandes cuestiones, se ha asumido que “mientras más se debilitan los parlamentos, perdiendo este papel, menos son las oportunidades para el debate democrático y más poderes impropios son asumidos por los nuevos intermediarios”, como pueden ser los medios de comunicación, por ejemplo⁵⁰, pues como se sabe el “Parlamento es un lugar de debate permanente entre los ciudadanos y el gobierno”⁵¹.
32. **Respeto por minorías parlamentarias en la Junta.**- Conjuntamente con ello, debe exigirse la presencia de las minorías parlamentarias en esta Junta, y ello se estaría logrando a través de la presencia del Presidente de la Comisión de Fiscalización, que actualmente pertenece a las filas de la oposición.
33. **Potestad fiscalizadora presupuestaria de la Junta.**- Sobre los miembros adjuntos, se dirá que su presencia será relevante cuando se desarrollen temas relacionados con la política financiera o presupuestaria. En caso contrario no se requerirá su presencia. De esta forma, se completaba el control económico de las actividades del CNI, tal como se requería *supra*.
34. **Compatibilidad con control parlamentario.**- Tampoco puede considerarse que el Parlamento está dejando de hacer su función controladora, puesto que aparte de su

⁴⁹ Sobre relación entre Parlamento y representación, DELGADO-IRIBARREN, La función de los Parlamentos nacionales en la arquitectura europea, p. 53 (“control democrático”); ARAGÓN REYES, El control parlamentario como control político: 33 (“representación (la única) de todos los ciudadanos”).

⁵⁰ DAHRENDORF, Después de la democracia, p. 108.

⁵¹ DUVERGER, Instituciones políticas y Derecho Constitucional, p. 133.

presencia en la Junta, seguirá teniendo una amplia gama de prácticas y actividades que permitirán una consciente, justa y acabada inspección e influencia sobre todo el aparato estatal⁵². De esta forma, tomando en cuenta el *contrôle* galo, en el sentido de examen, inspección, registro o revisión, o el *control* anglosajón, en su acepción de influencia, dominio o supremacía, los Parlamentos pueden comprobar el equilibrio de un propósito o limitar los efectos de una acción estatal y ahora una de inteligencia para reconducirla hacia los fines adecuados por la Constitución.

35. **Redefinición del control parlamentario.**- El Parlamento no está renunciando a su actividad controladora, sino simplemente la está redefiniendo. Explícitamente sobre las cuestiones de fondo y con carácter de reservado será la Junta la competente. Pero ello no obsta para que el Congreso invite al Jefe del CNI para explicar algunas cuestiones que a su entender, no condicionan su actividad o se le solicite información⁵³. Así, seguirá siendo competente la Comisión de Defensa de “fiscalizar el funcionamiento y la ejecución de los recursos presupuestales del Consejo Nacional de Inteligencia, de conformidad con las normas constitucionales, Reglamento del Congreso y disposiciones legales vigentes”⁵⁴.

36. **Funciones de la Junta.**- Entonces, ¿cómo quedaría finalmente configurado el control político del CNI? Una institución con capacidad económica, administrativa, sancionadora o normativa estará sujeta directamente al Presidente de la República y estará adscrito a su Despacho. Además será controlada por la Junta de Supervisión de las Acciones de Inteligencia, el mismo que tendrá tres objetivos básicos: recibir el plan de trabajo por parte del Jefe del CNI cuando asume su cargo o cada semestre y darle una especie de voto de confianza (función preventiva), recibir las informaciones sobre acciones especiales, y en su caso, aprobarla así como aprobar la desclasificación de cuestiones consideradas como reservadas o secretas (función utilitaria) y solicitar al Presidente de la República el cambio del Jefe del CNI (función represiva).

⁵² “La función del control político comprende la investidura del Consejo de Ministros, el debate, la realización de actos e investigaciones y la aprobación de acuerdos sobre la conducta política del Gobierno los actos de la administración y de las autoridades del Estado, el ejercicio de la delegación de facultades legislativas y la fiscalización sobre el uso y la disposición de bienes y recursos públicos, el cumplimiento del mensaje anual del Presidente de la República ante el Congreso y el antejuicio político, cuidando que la Constitución Política y las leyes se cumplan y disponiendo lo conveniente para hacer efectiva la responsabilidad de los infractores” [artículo 5 del Reglamento del Congreso].

⁵³ Artículo 96 de la Constitución.

⁵⁴ Artículo 36 de la Ley del Sistema de Inteligencia Nacional (SINA), Ley N° 27479.

VII. CONTROL JUDICIAL

37. **Momentos del control judicial.**- Tal como ya se ha venido afirmando, la intervención judicial se vuelve trascendente si es *ex ante*, pero lógicamente también habrá un interés en una oficiosidad *ex post*. Pero ambas no necesariamente deben estar interrelacionadas.
38. **Jueces ordinarios para intervención *ex ante*.**- Al tomar en cuenta el grado de anormalidad en el cual actúan los operadores de inteligencia, se requiere la presencia de jueces del fuero común que autoricen cierta clase de actividades del CNI, es decir, aquellas en las que están en juego otros bienes constitucionales protegidos así como para desclasificar secretos según opinión favorable de la Comisión.
39. **Creación de juzgados especializados.**- Lo más conveniente sería que el Poder Judicial diese una resolución creando juzgados especializados con competencia en temas de inteligencia. Hace unos años, el Consejo Transitorio del Poder Judicial⁵⁵ autorizó al Presidente de la Corte Superior de Justicia de Lima para que designe jueces especializados en lo penal a efectos de atender adecuadamente los procesos instaurados, y los que se inicien, como consecuencia de las investigaciones que se están realizando en torno al ciudadano Vladimiro Montesinos Torres⁵⁶. Si el o los juzgados que creasen para el caso de las acciones de inteligencia respondieran “una rigurosa imparcialidad del órgano judicial”⁵⁷, no se afectaría ningún principio jurisdiccional pues el órgano a crearse se haría “por una norma legal que lo invistió de jurisdicción y competencia con anterioridad al inicio de la actuación judicial”⁵⁸.
40. **Procedimiento de intervención.**- Pero para que los jueces permitan una interceptación telefónica⁵⁹, los Procuradores del CNI solicitarán la intervención

⁵⁵ Mediante Resolución Administrativa N.º 024-2001-CT-PJ, de 31 de enero de 2001.

⁵⁶ Ello se concretó mediante Resolución Administrativa N.º 047-2001-P-CSJL/PJ.

⁵⁷ Tal como se prescribió en la *Ordenanza* N.º 521/1991 de la *Corte Costituzionale* italiana.

⁵⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente N.º 1076-2003-HC/TC, Caso Luis Bedoya de Vivanco.

⁵⁹ “... Las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos sólo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento motivado del Juez, con las garantías previstas en la ley. Se guarda secreto de los asuntos ajenos al hecho que motiva su examen” [artículo 2.10 de la Constitución].

judicial⁶⁰ a fin de que en el caso concreto o en el supuesto indeterminado, se permita las acciones de inteligencia requeridas.

41. **Jueces militares para intervención *ex post*.**- De otro lado, la intervención judicial *ex post* podría ser realizada a través de la propia competencia de la justicia militar, y no por la ordinaria. Independientemente del modelo que se adopte en el futuro para la competencia militar (independiente o inmersa en el Poder Judicial), debe quedar claro la competencia que tendría el Tribunal Constitucional para revisar las resoluciones en caso exista afectación a derechos fundamentales, a través del Hábeas Corpus o Amparo.
42. **Tipos de labores en los servicios de inteligencia.**- En el CNI, no todos realizan labores de inteligencia estratégica y procesamiento de datos de índole castrense. Es más, las principales labores asignadas se refieren a ámbitos no operativos, pues estos corresponden al Ejército y Policía. Entonces, hay que analizar si se debiese o no incluir al personal civil en la competencia militar, pues “el Consejo Nacional de Inteligencia se encuentra sujeto al régimen laboral de la actividad privada”⁶¹.
43. **Delito militar como sustento para intervención judicial.**- La base para determinar esta competencia es analizar cuándo interviene la justicia. Actualmente, es idónea su intervención por diversos criterios, y no todos correctos: formalmente, si el delito está tipificado previamente⁶²; por fuero militar, si la persona es un militar en actividad⁶³; causal y ocasionalmente, si los hechos tienen relación con el ámbito militar; por el lugar de la comisión del hecho, tal como sucediera para los casos de zonas de emergencia⁶⁴; y, materialmente, si el delito es uno de función. Sin embargo, la tendencia actual para el tratamiento de la justicia militar se refiere a una articulación válida “mediante una

⁶⁰ Artículo 2.6 de la Ley 27697, Ley que otorga facultad al Fiscal para la intervención y control de comunicaciones y documentos privados en Caso Excepcional: “Están facultados para solicitar al Juez que autorice la intervención el Fiscal de la Nación, en los casos materia de su investigación, los Fiscales Penales y los Procuradores Públicos. Esta facultad se entiende concedida a tales funcionarios, en tanto que encargados de los procesos por los delitos a que se refiere el Artículo 1 de esta Ley. De la denegatoria de la autorización procede recurso de apelación ante el superior jerárquico, dentro del día siguiente de enterado o notificado”.

⁶¹ Segunda Disposición Final de la Ley del Sistema de Inteligencia Nacional (SINA), Ley N° 27479.

⁶² Artículo 2 del Código de Justicia Militar.

⁶³ Artículo 324 del Código de Justicia Militar.

⁶⁴ Ley 24150, de 1985 y DS 006-86-JUS, de 1986.

tipificación de los delitos militares que tuviese como norte la protección de los intereses de los Ejércitos, esto es, de su peculiar estructura y de los actos encaminados al cumplimiento eficaz de sus funciones, a lo que seguiría la atribución militar o, si se prefiere con más precisión, el delito formalmente contemplado por el Código Penal Militar⁶⁵.

44. **Correcta delimitación de los delitos militares de función.**- Entonces, lo más correcto sería reconducir todos los criterios antes enunciados hacia una nueva definición de lo que es un delito de función. Éste se presenta cuando la conducta del militar o del policía en actividad pone en riesgo o atenta contra la actuación de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional del Perú en el cumplimiento de sus funciones constitucionales. Sin embargo, en la práctica se ha desnaturalizado lo que se entiende por delitos de función. Por tal motivo, se sugiere hacer una revisión concienzuda de los tipos penales que deberían quedar establecidos como delitos militares, en tanto estos sean “de función”⁶⁶ o “estrictamente castrenses”⁶⁷, es decir, realizados en tanto y en cuanto son militares.
45. **Criterios de los delitos militares.**- Sobre la base de esta concepción de los delitos de función, en estricta relación con los principios de legalidad y tipificación por el Código de Justicia Militar, solamente podrían ser considerados como tales⁶⁸: los relacionados directamente con el ámbito funcional militar; los que afectan bienes jurídicos estrictamente castrenses; y los que reconocen un nexo causal entre los delitos cometidos en el ámbito castrense y la función encomendada al sujeto activo militar.
46. **Personal militar.**- Frente a esta definición se cometerá delito cuando, independientemente quien lo cometa, esté tipificado en el Código de Justicia Militar. Por tanto, se va a considerar militar⁶⁹: en sentido propio: los que estén en servicio o en reserva; con fuero parcial, para actuar en defecto de una jurisdicción especial para casos límite (como son los estudiantes de escuelas militares); y, por fuero temporal, cuando hay sumisión a autoridades castrenses sólo por un tiempo. En este último

⁶⁵ FERNÁNDEZ SEGADO, La jurisdicción militar: Su organización y competencia, La jurisdicción militar, Madrid, 1993, p. 59.

⁶⁶ Artículo 173 de la Constitución.

⁶⁷ Artículo 201 del Proyecto de reforma constitucional del Congreso.

⁶⁸ Defensoría del Pueblo, Informe Defensorial N° 66, ¿Quién juzga qué?.

⁶⁹ La jurisdicción militar: Su organización y competencia. En: La jurisdicción militar. Madrid, 1993 (autores varios); p. 51.

supuesto los civiles con acción funcional de sumisión a mandos castrenses podrá ser materia de competencia del fuero militar.

47. **Responsabilidad personal en los servicios de inteligencia.**- Por eso, dentro de un listado tentativo de los delitos castrenses, estas personas podrán ser responsables si realizan actos contra los deberes del servicio, en tanto no cumplirían con la reserva de la información a la cual tienen acceso por la función que realizan. Así intervendrán los jueces militar, y conjuntamente con ellos, los fiscales militares.
48. **Procurador.**- Adicionalmente, y tanto para la intervención *ex ante* como la *ex post* de la judicatura, el CNI debería contar con un Procurador que defienda sus intereses⁷⁰. Pero ya no un procurador dependiente de la Presidencia del Consejo de Ministros⁷¹, sino uno exclusivo del CNI, y que cuente con las atribuciones propias del Consejo de Defensa Judicial del Estado⁷².

⁷⁰ Artículo 47 de la Constitución.

⁷¹ “La defensa de los asuntos e intereses legales del Consejo Nacional de Inteligencia es realizada por el Procurador General de la República a cargo de los asuntos de la Presidencia del Consejo de Ministros” [Primera Disposición Complementaria de la Ley del Sistema de Inteligencia Nacional (SINA), Ley N° 27479].

⁷² Artículo 7 del Decreto Ley N° 17537.

VIII. CONCLUSIONES

49. **Servicios de inteligencia y democracia.**- Acciones como las que realizarían los servicios de inteligencia también responden a lo que es el *ius imperium*: “es necesario el Estado como poder sanción, como poder de organización y como poder de ejecución porque los derechos han de imponerse, porque la comunidad jurídica necesita tanto de una fuerza estabilizadora de su identidad como de una fuerza organizada de justicia, y porque de la formulación política resultan programas que han de implementarse”⁷³. De hecho, “la libertad democrática entraña, pues, una facultad de disponibilidad sobre el orden político y jurídico”⁷⁴.
50. **Respeto por los derechos fundamentales de los investigaciones.**- En las acciones de inteligencia, como podría ser la interceptación telefónica en los penales, la observancia de los derechos fundamentales (entre ellos, la vida privada) no puede ser soslayada.
51. **Discrecionalidad en el control presupuestario.**- Se pueden presentar algunas excepciones al tratamiento presupuestario de los fondos asignados a los servicios de inteligencia, a través de un Oficina de Auditoría Interna con cierta capacidad discrecional y con ciertas prerrogativas dentro del Sistema Nacional de Control.
52. **Creación de la Junta de Supervisión de las Acciones de Inteligencia.**- Con el fin de lograr un control político concentrado, las acciones de inteligencia pueden pasar por un filtro con competencia en materia de operativos o financiera a través de una comisión mixta del Ejecutivo, Legislativo y de Contraloría, sin que esto signifique una reducción a la potestad examinadora del Congreso.
53. **Aprobación de acciones por parte de juzgados ordinarios.**- En el fuero civil se deberá autorizar toda acción que comprometa la legalidad jurídica, en tanto ello permitirá un mayor control jurisdiccional sobre los servicios de inteligencia y mayor respeto a los derechos de las personas.

⁷³ HÄBERMAS, Facticidad y validez, p. 201.

⁷⁴ BÖCKENFORDE, Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia, p. 80.

54. **Competencia de los tribunales militares para juzgar al personal de inteligencia.**- Con el fin de tutelar la confidencialidad de las acciones operativas o no que realicen las instituciones del SINA, los tribunales militares tendrá aptitud para el juzgamiento de las personas que laboren en tales instituciones.

IX. BIBLIOGRAFÍA

ARAGÓN REYES, El control parlamentario como control político, Revista de Derecho Político, Madrid, primavera, nº 23, 1986.

BÖCKENFORDE, Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia, Madrid, Trotta, 2000.

BULLARD GONZÁLEZ, No se lo digas a nadie, ¿Se puede vender el derecho a la privacidad en el mercado?, Ius et Veritas, Lima, nº 17, 1996.

DAHRENDORF, Después de la democracia. Entrevista de Antonio Polito, Barcelona, Crítica, 2002.

DEFENSORÍA DEL PUEBLO, El acceso a la información pública y la 'cultura del secreto', Informe Defensorial N° 60, Lima, 2001.

DELGADO-IRIBARREN, La función de los Parlamentos nacionales en la arquitectura europea, Cuadernos de Derecho Público, Madrid, nº 14, sep.-dic. 2001.

DENNINGER, Democracia militante y defensa de la Constitución, Manual de Derecho Constitucional (Benda, coord.), Madrid, Marcial Pons, 1996.

DUVERGER, Instituciones políticas y Derecho Constitucional, Barcelona, Ariel, 1984.

FERNÁNDEZ SEGADO, El derecho a la libertad y a la seguridad personal en España, Ius et Praxis, Talca, año 5, nº 1, 1999.

FERNÁNDEZ SEGADO, La constitucionalización de la defensa extraordinaria del Estado. En torno a la obra de Pedro Cruz Villalón, El Estado de sitio y la Constitución, Revista Española de Derecho Constitucional, Madrid, año 2, nº 4, ene.- abr. 1982.

FERNÁNDEZ SEGADO, La jurisdicción militar: Su organización y competencia, La jurisdicción militar, Madrid, 1993.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Derecho de las Personas. Lima, Jurídicas, 2002.

FERREIRA RUBIO, El derecho a la intimidad. Análisis del artículo 1071 bis del Código Civil: A la luz de la doctrina, la legislación comparada y la jurisprudencia, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1982.

HÄBERLE, La libertad fundamental en el Estado democrático, Lima, Fondo Editorial de la PUCP, 1997.

HÄBERMAS, Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso, Madrid, Trotta, 2001.

HESSE, Escritos de Derecho Constitucional. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA E INFORMÁTICA, Lineamientos de Política Nacional de Seguridad de la Información en el Estado Peruano, Lima, 1992.

MADRID-MALO GARIZÁBAL, Derecho a la intimidad, Su Defensor, Bogotá, 1993.

MORALES GODO, El derecho a la vida privada y el conflicto con la libertad de información, Lima, Grijley, 1995.

PÉREZ LUÑO, Dilemas actuales de la protección de la intimidad, Ius et Praxis, Lima, n° 21-22, ene.- dic. 1993.

PUENTE BALSELLS, La grafología en los servicios de inteligencia, Barcelona. http://www.grafologia.bz/agc/pdfs/serv_intel.pdf.

RODRÍGUEZ, El proceso de constitucionalización de un exigencia ética fundamental, Derechos y Libertades, Madrid, año II, n° 3, may.- dic. 1994.

ROMERO COLOMA, Los derechos al honor y a la intimidad frente a la libertad de expresión e información, Madrid, Cívitas, 1995.