

Medidas procesales especiales y protección de los derechos humanos Informe general*

John A.E. Vervaele**

Objetivo del informe general

Este es el Informe general de la Sección Tercera del XVIII Congreso Internacional de Derecho Penal, que tuvo lugar en Estambul del 20 al 27 de septiembre de 2009 bajo los auspicios de la AIDP (Asociación Internacional de Derecho Penal). El objetivo del congreso fue estudiar las transformaciones de los sistemas penales como respuesta a la globalización. Estas transformaciones han sido ya estudiadas en el ámbito de la Parte General del Derecho penal (Sección I),¹ de la Parte Especial del Derecho penal (Sección II)² y del Derecho penal internacional (Sección IV).³ Como relator general de la Tercera Sección tengo el privilegio de basarme no sólo en excelentes informes nacionales, sino también en los resultados de mis co-relatores generales y en los proyectos de resolución de sus respectivas secciones.⁴ Respecto del tema de esta sección, la AIDP ha decidido no elaborar informes regionales o informes de foros supranacionales regionales, sino preparar dos informes de fondo.

El informe general de la Tercera Sección se basa en los informes nacionales de 17 países:⁵ Alemania, Argentina, Austria, Bélgica, Brasil, Colombia, Croacia, Finlandia, Hungría, Italia, Países Bajos, Polonia, Rumanía, España, Turquía, Reino Unido (Inglaterra y País de Gales), Estados Unidos⁶ y dos informes en profundidad sobre *La investigación judicial y la recolección de pruebas en un contexto digital online*⁷ y sobre *La presunción de inocencia*.⁸ Por supuesto, también se utilizan materiales procedentes de la investigación académica sobre el tema, a partir

* Esta informe ha sido publicado en 2009 *Revista Internacional de Derecho Penal*, 125-180.

** Profesor de Derecho penal económico y Derecho penal europeo en la Universidad de Utrecht, Profesor de Derecho penal europeo en el Colegio de Europa de Brujas. E-mail: J.A.E.Vervaele@uu.nl. Traducción del inglés de Isidoro Blanco Cordero. Profesor Titular de Derecho Penal. Universidad de Vigo.

1 Lorenzo Picotti, *La expansión de las formas de preparación y de participación*.

2 Nikos Passas, *Financiación del terrorismo*.

3 Isidoro Blanco, *El principio de jurisdicción universal*.

4 Estos proyectos de resolución fueron aprobados en la coloquios preparatorios de las Secciones Primera (Coruña, España), Segunda (Cleveland, EE.UU.) y Cuarta (Xian, China) y fueron aprobados en el XVIIIº Congreso Internacional de Derecho Penal, que tuvo lugar en Estambul del 20 al 27 de septiembre 2009 bajo los auspicios de la AIDP.

5 Desafortunadamente los países informantes no comprenden todos los continentes y no reflejan todas las culturas jurídicas y políticas.

6 Los autores son: Tonio Walter (Alemania), Javier de Luca (Argentina), Michael Leitner (Austria), Paul de Hert & Ann Jacobs (Bélgica), Fábio Ramazzini Bechara & Fauzi Hassan Choukr (Brasil), Fernando Velásquez Velásquez & Christian Wolffhügel Gutiérrez (Colombia), Zlata Durdevic (Croacia), Steven W. Becker (EE.UU. de América), Johanna Niemi (Finlandia), Erika Roth & Csongor Herke (Hungría), Renzo Orlandi & Roberto Kostoris (Italia), Peter Bal & Martin Kuijer & Karin Veegens (Países Bajos), Paweł Wiliński (Polonia), Gheorghitã Mateut & Ion Neagu & Mircea Damaschin (Rumanía), Juan-Luis Gómez Colomer (España), Gülşah Kurt Yücekul & Güçlü Akyürek (Turquía) y Marianne Wade (Reino Unido, Inglaterra & Gales).

7 Este informe, elaborado por Gabriella di Paolo, compara el enfoque de los Estados Unidos de América y Canadá con el de Italia, que son las tres primeras jurisdicciones en este campo.

8 El informe fue elaborado por Elies van Sliedregt.

de los cuales hemos conseguido incluir valiosos aspectos de los países respecto de los que no se dispone de informe, como, por ejemplo, el estudio realizado por P. Pfützner sobre la delincuencia organizada en el proceso penal francés,⁹ o libros especializados en Derecho procesal penal comparado¹⁰ que incluyen, en sus últimas ediciones, capítulos específicos sobre los procedimientos especiales. Por último, hemos tenido en cuenta muchas de las recomendaciones, principios, declaraciones, informes de Organizaciones Gubernamentales y de Organizaciones No Gubernamentales sobre esta cuestión:

- La Resolución 50/186 de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre Derechos Humanos y Terrorismo, aprobada el 22 de diciembre de 1995, la resolución 2003/37 de la Comisión de Derechos Humanos sobre Derechos Humanos y Terrorismo, aprobada el 23 de abril de 2003, la Estrategia Global de las Naciones Unidas contra el terrorismo, aprobada el 8 de septiembre de 2006; los informes del Relator Especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos en la lucha contra el terrorismo al Consejo de Derechos Humanos (antes Comisión de Derechos Humanos).
- El Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2002.
- La Recomendación Rec (2001) del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros sobre los principios que rigen la lucha contra el crimen organizado, aprobada el 19 de septiembre de 2001, la Recomendación Rec (2005) del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros sobre la protección de los testigos y colaboradores de la justicia, aprobada el 20 de abril de 2005, la Recomendación Rec (2005) del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros sobre ‘técnicas especiales de investigación’ en relación con delitos graves, incluidos los actos de terrorismo, aprobada el 20 de abril de 2005, las Directivas sobre Derechos Humanos y la lucha contra el terrorismo del Consejo de Europa, aprobadas por el Comité de Ministros el 11 de julio de 2002 en la 804ª sesión de Secretarios de Estado; la Opinión nº 8 (2006) del Consejo Consultivo de Jueces Europeos (CCJE) para la atención del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre el papel de los jueces en la protección del Estado de Derecho y los Derechos del hombre, en el contexto del terrorismo, adoptado 8-10 Noviembre 2006.
- Los Principios de Ottawa sobre la lucha contra el terrorismo y los Derechos Humanos – *Les Principes d'Ottawa relatifs à la lutte contre le terrorisme et aux droits de l'homme* de 2006.
- La Declaración de Berlín de la Comisión Internacional de Juristas, agosto de 2004, sobre la defensa de los derechos humanos y el Estado de Derecho en la lucha contra el terrorismo.
- Los Principios de Johannesburgo sobre la Seguridad Nacional, la Libertad de Expresión y el Acceso a la Información. Artículo 19, noviembre de 1996.
- Los Principios de Siracusa sobre las disposiciones de limitación y derogación del PIDCP, 1985.

9 P. Pfützner, *Organisierte Kriminalität im französischen Strafverfahren. Zur einföhrung eines besonderen Strafverfahrens durch die Loi Perben II*, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Band S 110, 2008; M.L. Cesoni (ed.), *Nouvelles méthodes de lutte contre la criminalité. La normalisation de l'exception. Etude de droit comparé (Belgique, Etats-Unis, Italie, Pays-Bas, Allemagne, France)*, 2007.

10 Vogler & Huber (eds.), *Criminal Procedure in Europe*, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Band S 112, 2008; M. Delmas-Marty & J.R. Spencer (eds.), *European Criminal Procedures*, 2002; J. Pradel, *Droit Pénal Comparé*, 2002.

- Las Reglas Mínimas de París sobre Normas de derechos humanos en un estado de emergencia, 1984.
- La Red UE de Expertos Independientes en Derechos Fundamentales (CFRCDF), el Equilibrio entre la libertad y la seguridad en las respuestas de la UE y sus Estados miembros ante la amenaza terrorista, marzo de 2003.
- La Federación Internacional de Helsinki sobre los Derechos Humanos (IHF) Informe sobre Medidas contra el terrorismo, Seguridad y Derechos Humanos, abril de 2003.
- Assessing Dammage, Urging Action. Report of the Eminent Jurists Panel on Terrorism, Counter-Terrorism and Human Rights, International Commission of Jurists (ICJ), febrero 2009.

La elección del tema *Retos Principales planteados por la globalización a la Justicia criminal* está muy en la línea de los principales intereses de la AIDP en el pasado. Esta es la razón por la cual en este informe general tenemos en cuenta los informes generales y las resoluciones del XVIº Congreso Internacional de la AIDP sobre los sistemas de justicia penal frente al reto del crimen organizado,¹¹ celebrado en Budapest en 1999, especialmente el informe general de Jean Pradel sobre el proceso penal.¹²

No cabe duda de que durante la última década se han producido cambios sustanciales y de largo alcance. En la actualidad estamos asistiendo a una transformación muy profunda en los objetivos, la naturaleza y los instrumentos del sistema penal y del Derecho procesal. Los excelentes informes nacionales articulan claramente los graves dilemas a los que se enfrenta la transformación del sistema penal, como parte del paradigma de la seguridad mundial y de la política contra el terrorismo, en combinación con el debido respeto a las normas sobre los derechos humanos, el Estado de Derecho y las garantías del procedimiento penal.

Ha sido intensa la presión internacional dirigida a lograr un enfoque procesal para la investigación, persecución y enjuiciamiento del terrorismo. Tanto en las Naciones Unidas como en el Consejo de Europa se ha elaborado un impresionante conjunto de convenios internacionales y regionales sobre la delincuencia organizada y la lucha contra el terrorismo. Después del 11-S se abrió el camino con las Resoluciones del Consejo de Seguridad y el establecimiento de un Comité contra el Terrorismo que está supervisando la aplicación de las resoluciones, incluido el fondo de los convenios.¹³ Están en marcha las negociaciones sobre Convenio general de las Naciones Unidas contra el terrorismo.

No es en absoluto el objetivo del informe general preparar un análisis descriptivo de los informes nacionales o compilar un informe de síntesis, ni tampoco mencionar todos los tecnicismos jurídicos de los ordenamientos jurídicos nacionales, tanto en la legislación como en la práctica. El objetivo del informe general es deducir de las amplias respuestas al cuestionario y, por tanto, desde el análisis comparativo de los informes nacionales, los principales procesos de transformación en los sistemas nacionales de justicia penal a la hora de definir y hacer frente a las **medidas procesales especiales y a la protección de los derechos humanos**. Cualquier lector que esté realmente interesado en el tema debería leer cada informe nacional para obtener una información más detallada y precisa. Los informes nacionales recibidos han sido publicados en formato CD-ROM como anexo al informe general, los informes especiales de fondo y las resoluciones.

11 Ver los Informes de Thomas Weigend, Christopher Blakesley, Jean Pradel y Christine van den Wyngaert en 1996 *Revista Internacional de Derecho Penal*, 527-638.

12 1996 *Revista Internacional de Derecho Penal*, 599-606 y la versión elaborada en 1998 *Revista Internacional de Derecho Penal*, 643-671.

13 Ver los informes nacionales en <http://www.un.org/sc/ctc/countryreports/reportA.shtml>

La principal cuestión a tratar es si y cómo la justicia penal, en particular, el procedimiento penal, han sido transformados por el paradigma¹⁴ del crimen organizado y el terrorismo, y si, y cómo, al hacerlo, han salido de sus propias normas fundamentales, procedimientos, principios y normas aplicables de derechos humanos. Hay 6 temas que se abordan en este informe general:

- Parte I Medidas procesales especiales: transformaciones en el marco jurídico (penal) y respeto de los derechos humanos
- Parte II Transformación de la naturaleza y los principios generales del proceso penal nacional
- Parte III Elaboración de la aplicación proactiva
- Parte IV Transformaciones en la fase previa al juicio
- Parte V Transformaciones en la fase de enjuiciamiento
- Parte VI Transformaciones en la fase posterior al juicio

Este informe general seguirá el cuestionario que fue presentado a los relatores nacionales, con algunas excepciones. Después de la lectura de los informes nacionales algunas cuestiones han encontrado una ubicación más lógica en otra parte de este informe general. Cualquier cambio será indicado explícitamente. También se desprende de los informes nacionales que los principales cambios sustanciales y los procedimientos especiales se han aplicado en la fase previa al juicio, con consecuencias para el juicio oral. Por este motivo, el núcleo del informe general se centrará en las partes I-IV.

Parte I Medidas procesales especiales: transformaciones en el marco jurídico (penal) y respeto de los derechos humanos

Proceso penal y normas de derecho internacional y de derechos humanos aplicables

P.1 ¿En qué medida se aplican en su sistema jurídico nacional los tratados sobre Derechos humanos y los tratados sobre Derecho internacional humanitario (convenciones de Ginebra)? ¿Existen limitaciones en su país al uso de estos estándares internacionales? ¿Los ciudadanos (sospechosos, acusados, víctimas, testigos...) pueden alegar en su ordenamiento jurídico nacional directamente los derechos contenidos en estos tratados?

Los informes nacionales muestran claramente que el estatus de las normas internacionales de derechos humanos en los sistemas jurídicos nacionales varía en gran medida. Las normas internacionales de derechos humanos vinculantes para los Estados no siempre dan lugar a derechos y recursos para los ciudadanos ante los Tribunales. No en todos los países las normas internacionales de derechos humanos tienen un efecto jurídicamente vinculante. La Convención Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), por ejemplo, aunque firmada por los Estados Unidos, no ha sido nunca ratificada. Ni todos los países aceptan la jurisdicción de los tribunales internacionales de derechos humanos.

La exigibilidad de los derechos individuales en los tribunales depende de varios factores. No en todos los países las normas internacionales de derechos humanos son de aplicación directa (*self-executing*). En los EE.UU. de América, los tratados de aplicación directa obligan a cada uno

¹⁴ Lo denominó explícitamente paradigma y no fenómeno, porque los estudios criminológicos no ofrecen apoyo para mantener la existencia de cambios empíricos sustanciales en los patrones del delito en ese sentido.

de los Estados individuales de conformidad con la Cláusula de Supremacía de la Constitución, y los recursos previstos siempre deben ser aplicados por los tribunales por exigencia del Derecho federal. Sin embargo, ni el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), ni los Convenios de Ginebra son de aplicación directa en los EE.UU. de América. Así pues, los derechos individuales enumerados en el Pacto no son ejecutables en los tribunales. Los Tribunales federales de los EE.UU. de América han sostenido que los Convenios de Ginebra no son de aplicación directa, por lo que no constituyen un fundamento para la invocación de los derechos de los individuos ante los tribunales nacionales. Recientemente, el Tribunal Supremo de los EE.UU. de América ha declarado en el caso *Hamdan* que, como mínimo, el artículo III común a los cuatro Convenios de Ginebra es aplicable y puede ser invocado por el solicitante para impugnar la legalidad de su juicio por parte de las comisiones militares. Sin embargo, el Congreso de los EE.UU. de América, cuando aprobó la Ley de Comisiones Militares (*Military Commissions Act – MCA*) de 2006, anuló la decisión del Tribunal Supremo. Con todo, en el caso *Boumediene v. Bush*, el Tribunal Supremo consideró que el artículo 7 de la MCA constituye una suspensión inconstitucional del derecho de *habeas corpus* y que los detenidos de la Bahía de Guantánamo tienen el derecho constitucional del *habeas corpus*, del que no pueden ser privados, salvo de conformidad con la cláusula de suspensión contenida en la Constitución de los EE.UU. de América. Se ha restablecido el *habeas corpus*, pero no porque las disposiciones internacionales sean de aplicación directa.

El status de las normas internacionales de derechos humanos también depende de los parámetros constitucionales nacionales (dualismo *versus* monismo) y de la posición de estas normas en la jerarquía de las normas nacionales. No en todos los países informantes las normas internacionales de derechos humanos tienen un carácter equivalente a las normas constitucionales dotadas de primacía. En Turquía, a pesar de que tiene un sistema monista, las obligaciones en materia de derechos humanos no tienen prioridad sobre las normas constitucionales. El resultado es que las normas del art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) son desplazadas en caso de conflicto por las cláusulas constitucionales, lo que da lugar, por ejemplo, a la ausencia de procedimientos de apelación en los juicios militares. También en Brasil existe una relación compleja entre el Derecho internacional y el ordenamiento jurídico interno. El Tribunal Supremo de Brasil no está dispuesto a conceder rango constitucional a los tratados de derechos humanos, incluida la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Como el Tribunal Supremo no distingue entre los tratados comerciales y los tratados de derechos humanos, las normas internacionales de derechos humanos no son de aplicación directa, y su aplicación depende de un complejo proceso de ratificación y promulgación. Italia tiene tradicionalmente un régimen dualista que no reconoce el carácter de aplicación directa, ni siquiera para el CEDH. Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha reconocido recientemente que el CEDH forma parte de las normas constitucionales italianas. También en América Latina, países como Perú y Colombia otorgan a las normas de derechos humanos los niveles más altos en sus normas de rango constitucional. Lo mismo ocurre en Alemania.

En algunos países, como Croacia, las normas de derechos humanos se encuentran en algún lugar entre el derecho ordinario y el derecho constitucional, aunque hay que decir que en la mayoría de los países europeos las normas del CEDH son equivalentes a las normas constitucionales. En la mayoría de los países, como Bélgica, Colombia, España, Países Bajos, Rumania, Finlandia y Hungría, las normas de derechos humanos son equivalentes a las normas constitucionales de aplicación directa y son exigibles ante los tribunales. Este carácter de aplicación directa, sin embargo, dependerá de la naturaleza de la norma. La norma debe ser clara y precisa para ser de aplicación directa (*self-executing*).

Derecho penal, derechos humanos y situaciones de emergencia

P.6 ¿Permite su sistema legislativo la suspensión de los Derechos humanos en situaciones de emergencia (incluida la guerra)?

- *¿Quién es competente para adoptar esta decisión y qué mecanismos de control se aplican?*
- *¿Qué garantías pueden ser suspendidas? ¿Su sistema legislativo distingue entre derechos humanos derogables y no derogables?*
- *¿Puede servir la emergencia como fundamento para cambiar de procedimientos penales comunes a procedimientos especiales (foro militar, procedimiento policial, procedimiento administrativo, comisiones militares)?*

La mayoría de los Estados informantes disponen de procedimientos constitucionales que permiten suspender en circunstancias excepcionales determinadas garantías procesales y derechos humanos. En la mayoría de los países informantes estas circunstancias especiales se limitan a la situación de guerra. Incluso en esta situación, estos Estados disponen de derechos fundamentales que no pueden suspenderse, aunque la lista de derechos humanos no derogables difiere de unos a otros. La mayoría de los Estados los restringe al derecho a la vida y a la prohibición de la tortura y otros Estados, como Croacia, también incluyen la libertad de pensamiento, de conciencia y el principio de legalidad; Turquía amplía la lista con el derecho a la libertad religiosa y a la presunción de inocencia. Interesante es que la Constitución argentina se refiere directamente a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, para la que una lista importante de derechos humanos son inderogables *de iure*, incluyendo el *habeas corpus* y el derecho a un recurso. En situaciones de guerra, en muchos países informantes la competencia de la justicia penal militar aumenta sustancialmente.

Para circunstancias especiales que no sean de guerra, utilizo el concepto de emergencia pública, que incluye la declaración formal de un estado de emergencia y el uso de las facultades de excepción por razones de seguridad nacional (con o sin declaración formal).

En una minoría de países informantes, como Colombia, Italia, Países Bajos, España, Turquía, el Reino Unido y los EE.UU. de América, es posible que se suspendan determinados derechos humanos, no sólo en casos de guerra, sino también en casos de emergencia. En la mayoría de los Estados informantes la suspensión tiene que ser decidida por el Parlamento, incluso a veces con la mayoría cualificada especial exigida para la reforma constitucional. En otros Estados, como Finlandia, los Países Bajos y Colombia, tiene esta facultad el Presidente o el Primer Ministro, con sujeción a control parlamentario. En el Reino Unido y en los EE.UU. de América se trata de una prerrogativa real y presidencial respectivamente. También aquí varían los derechos que pueden suspenderse. En ningún país informante, con excepción de los EE.UU. de América, Colombia y los Países Bajos, es posible pasar en casos de emergencia de un proceso penal común a un proceso especial. Los Países Bajos, por ejemplo, tienen disposiciones constitucionales por las que es posible establecer excepciones al derecho al juez natural, no sólo en tiempos de guerra, sino también en tiempos de emergencia, por lo que se sustituye a los tribunales penales ordinarios por tribunales militares. En cambio, la Constitución española expresamente se opone a los tribunales militares en situaciones de emergencia. En la práctica, un estado de emergencia, por ejemplo debido a una amenaza terrorista, sólo se ha utilizado en algunos países informantes (Colombia, los EE.UU. de América) como motivo para dejar de lado el procedimiento penal normal en favor de otros procedimientos, aunque sabemos que en varios países no informantes es este el caso o, de hecho, lo ha sido.

Los propios Convenios de derechos humanos prevén procedimientos de emergencia y la posibilidad de suspender la aplicación de determinados derechos humanos. El art. 15 CEDH permite la suspensión “en caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación”. La *British Anti-Terrorism, Crime and Security Act 2001* dispuso la detención sin cargos de los extranjeros que, de conformidad con el artículo 3 del CEDH, no podían ser expulsados, por lo tanto una excepción al art. 5 CEDH.¹⁵ También se preveía una excepción a lo dispuesto en el artículo 9 del PIDCP. El Gobierno tenía una amplia discreción para decidir lo que es un estado de emergencia, porque este es un juicio político. La Cámara de los Lores (*House of Lords*) consideró desproporcionado y contrario a los artículos 5 y 14 del CEDH, leídos conjuntamente. Fue derogada en 2005. Dado que este sistema fue sustituido por el régimen de órdenes de control (véase *infra*), el Gobierno del Reino Unido afirma de forma cuestionable que no es obligatoria la derogación.

La reforma legal a nivel nacional

P.2 ¿Qué reformas legislativas importantes han sido realizadas en su país en las décadas pasadas en interés de la seguridad nacional/global y de la seguridad pública? ¿Hay actualmente algún plan de reforma? (breve descripción)

- *¿Modificaron tales reformas el marco jurídico común existente de la aplicación del Derecho penal, o crearon una vía alternativa de procedimientos especiales (justicia militar, justicia policial, justicia administrativa, comisiones militares, etc.) fuera del sistema penal regular?*
- *Estas reformas legislativas están inspiradas por las disposiciones constitucionales sobre la emergencia (incluida la guerra)?*
- *¿La práctica judicial penal ha desempeñado un papel en la definición y realización de las reformas? ¿Han revocado los Tribunales superiores (tribunal supremo o constitucional) algún elemento de estas reformas?*
- *¿Han sido las reformas sometidas a debate político o público?*

El Derecho penal proporciona un sistema integrado que ofrece *protección* a las personas (no sólo los sospechosos) (la **dimensión del escudo**), *instrumentos* para las autoridades de investigación judicial (AIJ), formadas por la policía, la Fiscalía (F) y el poder judicial (**dimensión de la espada**), y por los *pesos y contrapesos / trias política* (separación o división de poderes) (la **dimensión constitucional**). No cabe duda de que durante las últimas décadas se han producido importantes y profundos cambios. Tres paradigmas han azotado como un maremoto al sistema de justicia penal: la guerra contra las drogas, la guerra contra el crimen organizado y la guerra contra el terrorismo. Las tres dimensiones del sistema de justicia penal se han visto afectadas por estas tres olas. Estas reformas han afectado profundamente los objetivos, la naturaleza y los instrumentos del sistema de justicia penal y del derecho procesal. La tercera ola de reformas contra el terrorismo es anterior a los acontecimientos del 11-S y de Madrid y Londres, etc., pero sin duda se ha intensificado por estos ataques terroristas. El impacto de la tercera ola difiere mucho de un país a otro, ya que algunos países, como España, Italia, Colombia, etc., ya disponían de legislación y práctica contra el terrorismo en los años 1970 y 1980 con el fin de hacer frente al terrorismo interno o al desorden público. En la mayoría de los países podemos ver que el

15 Ver TEDH 19 de febrero 2009, *A. and Others c. Reino Unido*.

paradigma del terrorismo ha dado lugar a una impresionante lista de reformas. Me limitaré a dar un par de ejemplos para ilustrar el impacto en los países informantes. En Croacia, en este mismo momento podemos ver un proyecto de Código de Procedimiento Penal ante el Parlamento, que supone el paso de una investigación judicial (el juez) a una investigación dirigida por la fiscalía, que incluye la creación de un juez de garantías (*pre-trial judge of liberties*). Bélgica y los Países Bajos han realizado reformas muy importantes. Las reformas afectan a la legislación penal sustantiva (con un enorme aumento de delitos), la ley procesal penal (incluida la introducción de técnicas especiales y proactivas de investigación), la legislación sobre las fuerzas de seguridad y de inteligencia (incluyendo las técnicas especiales de vigilancia) y la creación de un centro especial para el intercambio de datos relativos al terrorismo y la seguridad. Se utiliza cada vez más a los funcionarios de las agencias administrativas como agentes de policía judicial, y se ha producido una ampliación de la investigación administrativa y de la sanción de la perturbación del orden público. En algunos países estas reformas van de la mano de una creciente constitucionalización de este campo. Tanto en Bélgica como en Alemania, vemos que el Tribunal Constitucional desempeña un papel decisivo en la protección del Estado de Derecho cuando se trata de la lucha contra el terrorismo. Sin embargo, existen diferencias significativas en la ola de reformas. Países como Bélgica y los Países Bajos se desvían de su larga tradición del Estado de Derecho, mientras que países como España – sin duda vinculado a la experiencia traumática de Franco – son muy entusiastas de su tradición constitucionalista, pero se enfrentan a problemas internos de terrorismo. España tiene un sistema judicial especializado para hacer frente a la investigación y enjuiciamiento del terrorismo. La legislación contra el terrorismo del régimen franquista ha sido sustituida *de facto* por una legislación antiterrorista especial, con un procedimiento penal especial para la investigación, persecución y enjuiciamiento. Por otra parte, España tiene un sistema de justicia penal con fuertes garantías procesales y constitucionales y una plena protección de los derechos humanos para delitos no terroristas. En Turquía, podemos ver que son muchas las reformas impulsadas por la UE (en el proceso de preadhesión), como la abolición de la pena de muerte y los tribunales de seguridad. Muchas reformas en el ámbito del procedimiento penal incluyen la compatibilidad con las garantías procesales del CEDH, y también la introducción de técnicas especiales de investigación.

De los países informantes podemos deducir algunas características y conclusiones comunes:

En primer lugar, todos los países han introducido cambios sustanciales en sus procedimientos penales y también medidas procesales especiales para hacer frente a los delitos graves, especialmente la delincuencia organizada y el terrorismo. Ningún país está libre de la reforma. También todos los países están forcejeando con el equilibrio entre los derechos y libertades públicas *versus* seguridad nacional o pública. Hoy en día, más o menos todos los países informantes han introducido en su procedimiento penal las técnicas especiales de investigación, como las escuchas telefónicas, la infiltración y la vigilancia. Algunos países informantes también han introducido medidas especiales para los colaboradores con la justicia (*pentiti, repentis, kroongetuigen, Kronzeuge, supergrasses*) o normas especiales sobre los testigos anónimos para agentes infiltrados o informantes. Algunos países informantes han introducido los conceptos de investigación penal proactiva o preventiva. El resultado de la intensidad de las reformas es que en muchos países el marco jurídico del procedimiento penal se asemeja más a un mosaico (labor de retazos) o a una obra en construcción que a una codificación coherente.

En segundo lugar, todos los países informantes han hecho esto dentro del marco constitucional y dentro del marco internacional de derechos humanos, a fin de no dejar de lado

o congelar las normas constitucionales o internacionales de derechos humanos. No se informa de casos de legislación de emergencia *extra constitutionalis* o *extra legem*.

En tercer lugar, más o menos todos los países informantes han realizado las reformas sin necesidad de utilizar las cláusulas de emergencia (estado de emergencia) de su Constitución o de los convenios internacionales de derechos humanos. Las únicas excepciones en nuestros países informantes son Colombia, que ha utilizado el recurso constitucional de emergencia con frecuencia, y los EE.UU. de América tras el 11-S.

En cuarto lugar, la mayoría de los países informantes han elaborado medidas procesales especiales para hacer frente a la delincuencia organizada y al terrorismo dentro de su procedimiento penal ordinario. Podríamos afirmar que el procedimiento penal ordinario incluye medidas especiales. Las tres olas han dado como resultado un sistema procesal penal integrado,¹⁶ pero especial para los delitos graves, incluidos el tráfico de drogas, la delincuencia organizada y el terrorismo. Podemos ver en todos los países informantes un efecto de ampliación de las redes de control consecuencia de las medidas especiales en relación con la competencia *ratione materiae*. Las medidas especiales se introdujeron originalmente para un conjunto limitado de delitos relacionados con la delincuencia organizada y/o el terrorismo, pero su ámbito de aplicación se ha incrementado, alcanzando al final a la mayoría de los delitos calificados como graves. La Ley Perben II de Francia es un claro ejemplo de una amplia reforma en ese sentido, que incluye los elementos del procedimiento penal de la misma. En la década de 1970 Italia introdujo una ley penal especial contra la mafia. Esta legislación se amplió en la década de 1990 a fin de incluir la delincuencia organizada y después del 11-S fue modificada para abarcar el terrorismo internacional. A pesar de que Italia introdujo un procedimiento penal acusatorio pleno en 1989, la legislación especial contra la mafia se mantuvo en su lugar. Tras el asesinato de los jueces Falcone y Borsellino en Sicilia, se introdujeron adicionalmente poderes especiales de investigación.

En la mayoría de los países informantes el procedimiento especial ha pasado de ser la excepción a convertirse en el procedimiento principal y común para los delitos graves, por lo que podemos hablar de la normalización de la excepción. Las medidas temporales excepcionales contra el terrorismo en Gran Bretaña, por ejemplo, en vigor durante casi 30 años, naturalmente condujeron a ello convirtiéndose en norma en la última década. La consecuencia es una división dentro del sistema de justicia penal ordinario entre un procedimiento penal para los delitos graves y uno para los delitos ‘menores’ o una legislación especial que sustituye a una parte considerable de la justicia penal ordinaria. De hecho, el procedimiento penal ya no está organizado de acuerdo con la parte general del Derecho penal, sino en línea con el doble uso de la parte especial del Derecho penal. Para los delitos ‘menores’ existe en algunos países informantes, como en los Países Bajos, también un cambio en la competencia sancionadora, que se ha trasladado desde el poder judicial a los investigadores y fiscales.

Alternativas a los procedimientos especiales, fuera del sistema de justicia penal ordinario, sólo se han utilizado en los países informantes de Colombia y los EE.UU. de América. Colombia tiene un sistema de tres vías: la justicia penal ordinaria, la justicia penal para los enemigos del Estado a través de la legislación de emergencia (mayormente contra la guerrilla) y la justicia penal para aquellos que entran en el régimen indulgente de la Paz y la Justicia (la mayoría de las fuerzas paramilitares). En los EE.UU. de América, desde el 11-S es obvio que existe un régimen de doble vía, que distingue entre los delincuentes y los combatientes enemigos. En los EE.UU.

¹⁶ Con la integración en el CPP no quiero decir que se haya hecho de una forma muy coherente. En Italia, por ejemplo, existe un mosaico de leyes especiales que modifican las normas del CPP.

de América los acontecimientos del 11-S han alterado radicalmente el enfoque tradicional de los actos relacionados con el terrorismo por el cambio de paradigma del sistema de justicia penal ordinario, en virtud del cual tales crímenes han sido perseguidos históricamente, no mediante el modelo penal militar (*marshal law*), sino mediante un modelo extraordinario basado en el interés de la seguridad nacional. La *USA Patriot Act* de 2001, la *Detainee Treatment Act* de 2005, y la *MCA* de 2006 son claros ejemplos de legislación penal de emergencia, que prevé una vía alternativa para la investigación, el enjuiciamiento y el fallo. Por lo tanto, es sorprendente que en los EE.UU. de América, ni la justicia penal ordinaria, ni la justicia penal militar se consideren capaces de hacer frente al terrorismo y que se cree una tercera vía, dejando a un lado las clásicas garantías procesales y los derechos tanto del sistema de justicia penal ordinario como del militar.

En quinto lugar, el paradigma dominante de la guerra contra la delincuencia organizada y el terrorismo ha cambiado los objetivos principales del sistema de justicia penal. El sistema de reacción dirigido a castigar los delitos y rehabilitar a los delincuentes se ha convertido en un sistema preventivo y proactivo de protección del orden público mediante procedimientos que excluyen a las personas potencialmente peligrosas.

En sexto lugar, esta conversión se ha visto reforzada por la evolución tecnológica, por la que los dispositivos técnicos en un contexto digital y online sustituyen a antiguos conceptos de investigación judicial tales como el registro y la incautación, e incluyen técnicas que son más invasivas en áreas clave de la esfera privada.

En séptimo lugar, por otra parte, vemos en la mayoría de los países informantes que existe un creciente proceso de constitucionalización del proceso penal, tanto en la legislación (incluyendo las normas constitucionales relativas al principio de legalidad y el juicio justo) como en la práctica (por la jurisprudencia de los tribunales superiores y los tribunales supranacionales en materia de derechos humanos). Los Tribunales Supremos, los Tribunales Constitucionales y los Tribunales de derechos humanos se ocupan de los procedimientos penales especiales relativos a la delincuencia organizada y la lucha contra el terrorismo.

Sin embargo, los principales factores de las reformas no son siempre los mismos. Por supuesto, todos los países están bajo la supervisión del Comité de las Naciones Unidas contra el Terrorismo (CTC), pero en algunos países, como los Países Bajos e Italia, existe una intensa agenda nacional. En otros países, como Rumania, Hungría, Croacia y Turquía se ha producido una fuerte influencia de la UE en el marco de los sistemas de supervisión del acceso o pre-acceso, por la que se han llevado a cabo de forma paralela reformas para fortalecer el Estado de Derecho y reformas destinadas a introducir medidas contra la corrupción, la delincuencia organizada y el terrorismo. Todos los Estados miembros de la UE han recibido una fuerte influencia de las decisiones marco de la UE, sobre todo en el área del Derecho penal sustantivo, no tanto, por ahora, en el área de Derecho procesal penal.

Aunque en la mayoría de los países informantes la masiva reforma del procedimiento penal es el resultado de una instrumentalización política de la delincuencia y el miedo al delito, también es evidente que, al menos en algunos países informantes, estas reformas no fueron objeto de un debate político o público sustancial. En algunos países el debate se produjo entre los poderes ejecutivo y judicial de la *trias política*, lo que ha motivado interesantes sentencias de los tribunales superiores.

La transformación del sistema de justicia penal, especialmente la introducción de medidas especiales en el ámbito de la lucha contra el terrorismo (tercera ola), ha tenido consecuencias para

- el tipo de **jugadores / autoridades**;
- sus **competencias y técnicas** de investigación (incluidas las digitales) – la **espada**;
- las garantías constitucionales y los derechos humanos que deben respetarse – el **escudo**;
- la **arquitectura** (pesos y contrapesos, división de poderes [*trias política*], **dimensión constitucional**);
- los **objetivos** del sistema de justicia penal.

Para el análisis puede ser interesante hacer una distinción entre los países informantes que han introducido medidas procesales especiales dentro de su sistema ordinario de justicia penal, y los que lo han hecho fuera del sistema de justicia penal.

Grupo I Medidas especiales dentro del sistema de justicia penal

A primera vista podría parecer que no resulta afectada la arquitectura principal: la dimensión constitucional del sistema de justicia penal (pesos y contrapesos / *trias política*). Sin embargo, si procedemos a echar un vistazo en profundidad a las transformaciones observamos cambios sustanciales que afectan también a la dimensión constitucional del sistema de justicia penal.

- Redefinición de los actores (autoridades)

Tradicionalmente la investigación penal está dirigida por las autoridades judiciales y las medidas coactivas son autorizadas y/o ejecutadas por miembros del poder judicial (jueces de instrucción o de cuestiones preliminares o jueces sentenciadores). En muchos países informantes se puede observar un cambio en esta tradición, pues la investigación judicial pasa del poder judicial a la investigación por parte de la fiscalía y la policía. Se puede hablar claramente de una reorganización en el seno de las Autoridades de investigación judicial (AIJ). Los magistrados están cada vez menos implicados en la investigación judicial como tal, hay un claro cambio hacia la rama ejecutiva o semi-ejecutiva del poder del Estado.

En segundo lugar, no sólo existe un cambio en los actores clásicos, sino que en el ámbito de la lucha contra la delincuencia grave juegan un papel creciente nuevos jugadores, las agencias administrativas encargadas de hacer cumplir la ley. Ganando terreno en el sistema de justicia penal están también los Servicios de Inteligencia (SI), tanto las unidades de policía especializadas que se ocupan de la inteligencia de la policía, como las agencias de seguridad. Su responsabilidad es la de servir como precursores de las investigaciones policiales y orientadas por datos de inteligencia, y, en algunos países informantes, han obtenido incluso competencias coactivas y/o judiciales. Las agencias clásicas AIJ se han convertido en agencias de inteligencia y han cambiado su cultura y su comportamiento.

En tercer lugar, muchos países informantes han aumentado el uso de los proveedores de servicios privados (telecomunicaciones, agentes económicos, proveedores de servicios financieros) y de profesiones con derecho al secreto profesional (abogados, periodistas, etc.) como guardabarreras (*gatekeepers*) para la colecta de información. Ya no son seguros los privilegios derivados del secreto profesional de los periodistas y de los abogados.

En cuarto lugar, en algunos países informantes se puede ver un enfoque coordinado de varias agencias (*multi-agency*) de manera formal o informal, mediante la creación de un centro especializado o una base de datos compartida. Las AIJ y los SI participan en estas nuevas agencias o estructuras.

En quinto lugar, la competencia exclusiva para la investigación y/o para el enjuiciamiento está ganando fuerza en varios países informantes.

– La redefinición de sus competencias y sus técnicas (la espada)

En primer lugar, en la mayoría de los países informantes los paradigmas del tráfico de drogas, la delincuencia organizada y el terrorismo no sólo se utilizan para redefinir instrumentos de investigación y coactivos, sino también para introducir nuevas técnicas especiales de investigación, tales como las escuchas telefónicas, la infiltración o la vigilancia, que sólo pueden aplicarse a los delitos graves. El resultado es un conjunto de medidas coactivas con un doble uso (para delitos graves y menos graves) y un conjunto de medidas coactivas con un solo uso para determinados delitos graves.

En segundo lugar, en muchos países informantes las clásicas medidas relativas al aseguramiento de pruebas y el comiso de instrumentos o productos peligrosos en relación con la delincuencia se han convertido en un ámbito autónomo de medidas de seguridad relativas a los bienes y a las personas (embargo y decomiso, órdenes de detención, órdenes de seguridad, etc.). Ligado a esto, las investigaciones sobre los flujos financieros del tráfico de drogas, la delincuencia organizada (financiación, blanqueo de dinero) y el terrorismo (financiación) han pasado de ser una investigación clásica dirigida a recopilar pruebas, a convertirse en una forma autónoma de investigación financiera para lograr el embargo y el decomiso ampliado del producto del delito (recuperación de activos) y/o en vigilancia financiera autónoma e investigaciones financieras sobre la financiación de delitos graves.

En tercer lugar, están cambiando los mecanismos desencadenantes (*triggering mechanism*) o los umbrales mínimos para la utilización de medidas coactivas dirigidos a luchar contra los delitos graves. La investigación penal ya no se inicia cuando existe una sospecha razonable de que se ha realizado o intentado realizar un delito, o una sospecha razonable de que se ha cometido o intentado realizar un acto preparatorio para cometer un delito grave. Las técnicas de investigación y las medidas coactivas también se utilizan de forma proactiva para investigar, *anti-delictum*, la existencia y el comportamiento de personas y organizaciones potencialmente peligrosas a fin de prevenir delitos graves. Podemos calificar esto como el Derecho penal sin sospechas.

En cuarto lugar, la espada de la justicia penal ha cambiado sustancialmente en todos los países mediante el uso de la investigación digital (investigaciones penales online, control del flujo de datos, procesamiento de datos) y el empleo de tecnologías avanzadas en las investigaciones judiciales (vigilancia electrónica, dispositivos de detección, etc.). La investigación dirigida a obtener información sustituye a las simples sospechas.

– Redefinición de las garantías y dimensión constitucional y de derechos humanos (el escudo)

En muchos países informantes el legislador considera algunas garantías procesales como una carga para la eficacia de la prevención de la delincuencia grave, y de la investigación y persecución de delitos graves. En primer lugar, se somete el uso de los instrumentos existentes, tales como el registro y la incautación y la detención por la policía, a parámetros distintos para los delitos graves que para los delitos menos graves. Además, la aprobación o autorización judicial (en forma de órdenes) se debilita o se suprime para algunas de las medidas coactivas (medidas coactivas sin orden). Se dificulta el papel de la defensa y del juez de garantías. Esto significa en la práctica que la policía y los fiscales tienen una mayor autonomía y un menor control por parte del poder judicial en relación con su labor de investigación. Podríamos hablar de un doble uso de las medidas coactivas existentes: uno con menos garantías y otro con más garantías. En términos generales, podemos decir que la gravedad de los delitos en función de los paradigmas apuntados justifica el aumento de la espada y la reducción del escudo. En el caso de

los delitos graves, en muchos países informantes ha cambiado la relación entre la intromisión de las medidas y el control judicial: cuanto más invasivo, menos control judicial y menos garantías procesales. Sin embargo, en algunos países, como Francia y Rumania, el blandido de la espada es contrarrestado por procedimientos especiales para la obtención de una orden, de modo que podemos decir que aquí se plantea el escudo al mismo tiempo.

En segundo lugar, mediante la reducción de los umbrales (de sospecha razonable o serios indicios a simples indicios, inversión de la carga de la prueba, presunciones legales de culpabilidad) para iniciar la investigación penal y para la imposición de medidas coactivas, la presunción de inocencia se ve menoscabada y sustituida por medidas de seguridad objetivas. Los escudos que protegen a los ciudadanos contra el *ius puniendi* del Estado se ponen en la parte de atrás del escenario en el teatro de la justicia penal. Esto tiene, por supuesto, consecuencias directas para los derechos de *habeas corpus*, *habeas data*, juicio justo, la redefinición de las reglas de la prueba, el carácter público de los procesos, etc.

En tercer lugar, en muchos países informantes, a través de la sanción penal de la financiación del terrorismo y del apoyo material al terrorismo, se presiona a los abogados de la defensa penal. Su derecho al secreto profesional se pone en duda y algunas actividades de defensa son consideradas como apoyo material.

En cuarto lugar, en muchos países informantes existe asimismo la necesidad de garantizar el funcionamiento del sistema de justicia penal y de sus actores. La protección de los testigos también se ha convertido en la protección de los testigos anónimos, incluidos los de las autoridades policiales y de las agencias de inteligencia involucradas en la infiltración. El sistema de justicia penal protege cada vez más de la defensa a sus agentes mediante procedimientos *ex parte* y formas de recopilación de pruebas secretas, así como recurriendo al uso de pruebas secretas en la fase previa al juicio y durante el mismo.

– Consecuencias para la arquitectura (pesos y contrapesos, separación o división de poderes [*trias política*], dimensión constitucional)

Las reformas han dado como resultado una clara expansión del poder punitivo del Estado,¹⁷ por lo tanto no favorecen al Estado de Derecho. El hecho de centrarse en la seguridad pública y en la investigación preventiva coactiva está claramente socavando el sistema de justicia penal y su equilibrio entre la espada y el escudo. Se están expandiendo formas administrativas y preventivas de justicia punitiva. El resultado es también que el equilibrio entre los poderes del Estado (*trias política*) está sometido a una gran presión en favor del ejecutivo.

– Consecuencias para los objetivos del sistema de justicia penal

El paso del castigo reactivo del delito a la prevención del delito tiene consecuencias de largo alcance. La distinción entre investigación policial e investigación judicial se encuentra cuestionada. La aplicación coactiva proactiva pasa a ser fundamental para los delitos graves. Los SI se convierten en actores principales en el ámbito de aplicación de la ley. El Derecho penal preventivo no se basa en sospechas ni persigue a los sospechosos, sino que pretende la recopilación de información (investigación para obtener información e inteligencia en materia penal) y regula los procedimientos de exclusión de las personas potencialmente peligrosas. El sistema de justicia penal se utiliza cada vez más como un instrumento para regular el presente y el futuro y no para castigar el comportamiento del pasado. El proceso penal se convierte cada

17 J. Simon, *Governing through Crime*, 2007.

vez más en un procedimiento en el que la investigación previa al juicio no persigue encontrar la verdad sobre el delito cometido, sino la construcción y de-construcción de la peligrosidad social.

Grupo II Medidas especiales fuera del sistema de justicia penal

Vamos a echar un vistazo a aquellos países informantes que han introducido medidas procesales especiales fuera de su sistema de justicia penal: Colombia y los EE.UU. de América. Estos países han optado por soluciones que rediseñan por completo los pesos y contrapesos y la separación de poderes (*trias política*). No han suspendido la Constitución, pero sus Tribunales Supremos y/o Tribunales Constitucionales han considerado muchas reformas parcialmente incompatibles con las exigencias constitucionales. Ambos países han utilizado los procedimientos constitucionales de emergencia para introducir las reformas.

Colombia, con base en la Constitución de 1886, aprobó varios decretos relativos a la seguridad y el orden público y legislación de emergencia que aumentaba sustancialmente la competencia de la jurisdicción militar en materia penal. Bajo ese régimen, también se introdujo la famosa Justicia sin rostro, con jueces anónimos. En virtud de la nueva Constitución de 1991, el uso regular de la legislación de emergencia ha avanzado un paso más. En 1997 se aprobó la Ley de Justicia y Paz, que prevé un sistema de justicia penal para los paramilitares y miembros de la guerrilla que abandonen el campo de batalla, confiesen sus delitos y estén dispuestos a contribuir al mecanismo de compensación. Este régimen especial de procedimiento penal ha sido considerado muy indulgente con estos delincuentes, sobre todo teniendo en cuenta la atrocidad de sus presuntos delitos.

En los EE.UU. de América las reformas han alterado radicalmente el enfoque tradicional de los actos relacionados con el terrorismo mediante el cambio de paradigma de un modelo penal, en virtud del cual han sido perseguidos históricamente tales delitos, no a un modelo penal militar ordinario (ley marcial), sino a un modelo extraordinario basado en el interés de la seguridad nacional. La *USA Patriot Act* de 2001, la *Detainee Treatment Act* de 2005, y la MCA de 2006 son legislación de emergencia.

– Redefinición de los actores (autoridades)

De hecho, el teatro de la justicia penal ha cambiado totalmente y se ha convertido en una escenificación que gira no sobre el sospechoso, sino sobre el enemigo. Las autoridades judiciales clásicas están siendo reemplazadas por nuevas autoridades que actúan en virtud de leyes especiales. Los investigadores de la bahía de Guantánamo son, por supuesto, el ejemplo más destacado.

La situación de Colombia es más complicada porque se escenifica una obra sobre los enemigos y otra sobre los amigos del Estado. En este último caso, podemos referirnos a las investigaciones y los procesamientos en virtud de la Ley de Justicia y Paz.

– La redefinición de sus competencias y sus técnicas

En los EE.UU. de América las facultades de investigación se dirigen a luchar contra el enemigo. Tienen un fuerte carácter inquisitivo, se basan en gran medida en la inteligencia e incluyen medidas coactivas, tales como actos de tortura. El enjuiciamiento se transfiere a las comisiones militares ejecutivas.

En Colombia, aunque el enjuiciamiento por parte de los tribunales militares en los casos penales ha disminuido como consecuencia de diversas reformas, es evidente que las consecutivas declaraciones de emergencia han militarizado, en gran medida, las fuerzas de policía y, por tanto, partes sustanciales de la investigación judicial. Por otra parte, la legislación sobre Justicia y Paz

ha instaurado una categoría de sospechosos para los que se ha creado un procedimiento penal muy favorable, convirtiendo al abogado defensor en Fiscal y viceversa. De hecho, de acuerdo con el presente régimen el sospechoso tiene un interés debido en el aumento de la gravedad de la acusación, para evitar la acusación en el marco del procedimiento penal ordinario.

– La redefinición de las garantías y la dimensión constitucional y de derechos humanos
En los EE.UU. de América el principal objetivo de las medidas especiales es evitar las garantías procesales y los derechos humanos. Las medidas de emergencia pretenden soslayar una gran parte de las normas constitucionales e internacionales básicas. Sin embargo, el Tribunal Supremo de los EE.UU. de América y varios jueces federales se han mostrado muy activos para evitar la elusión de las garantías constitucionales, tales como el *habeas corpus*, el juicio justo, etc.

En Colombia, la legislación de emergencia tiene como finalidad suspender ciertas garantías y derechos constitucionales. Al igual que en los EE.UU. de América, la Corte Constitucional de Colombia declaró inconstitucionales varios aspectos de la legislación, y por la misma razón evitó la introducción de legislación especial antiterrorista.

– Consecuencias para la arquitectura (pesos y contrapesos, separación de poderes [*trias política*], dimensión constitucional)

En los EE.UU. de América y en Colombia las funciones del poder legislativo y del poder judicial han sido sustituidas y asumidas en gran medida por el poder ejecutivo de la *trias política*, utilizando el punitivismo como instrumento de la guerra y la instrumentalización política de la justicia penal para la victoria. Sin embargo, los Tribunales Supremo y/o Constitucional tratan de reequilibrar la separación de poderes (*trias política*). En Colombia esto ha dado lugar a la incertidumbre sobre el futuro de la Corte Constitucional, por muy graves enfrentamientos con el Ejecutivo.

– Consecuencias para los objetivos del sistema de justicia penal

El resultado es una expansión masiva del poder punitivo del Estado (legislación de seguridad, investigación preventiva coactiva, legislación del enemigo), por la que se elude totalmente el sistema de justicia penal y el equilibrio entre la espada y el escudo. El interés por la seguridad nacional prevalece sobre la justicia.

Parte II Transformación de la naturaleza y de los principios generales del proceso penal nacional

En esta parte nos centramos únicamente en algunas de las principales características del sistema de justicia penal y del procedimiento penal. Los aspectos específicos se analizarán en detalle en las partes III-VI. Las preguntas 4 y 8 se tratarán en la parte IV. La pregunta 6 se ha incluido en la parte I.

Principios generales del procedimiento penal

P.3 ¿Cuáles son los principios generales de su proceso penal (por ejemplo, principio de legalidad, de justicia justa, de igualdad de armas) y cuál es su fuente legal (por ejemplo, la constitución, la ley)?

En general podemos decir que en los países informantes se han revalorizado los principios generales del procedimiento penal. Se han introducido reformas en favor de un procedimiento contradictorio, basado en los principios acusatorios tales como la oralidad, la igualdad de armas, el juicio justo, un poder judicial independiente e imparcial, etc. Sin embargo, al mismo tiempo, se han introducido reformas paralelas para reducir el alcance y la aplicación de estos principios a la hora de investigar, perseguir y enjuiciar los delitos graves.

No todas las normas y los principios básicos del procedimiento penal relativos a la administración de justicia, el acceso a la justicia, el juicio justo, etc., están recogidos en las normas constitucionales de los países informantes. En algunos países se puede ver un proceso fuerte e histórico de constitucionalización de la justicia penal, especialmente del debido proceso y del juicio justo, que incluye garantías y derechos procesales específicos por el impacto de la jurisprudencia constitucional. Este legado constitucional se complementa con las normas del procedimiento penal. Este es claramente el caso de los EE.UU. de América, con la Constitución de los EE.UU., la jurisprudencia del Tribunal Supremo y las Reglas Federales de Procedimiento Penal. En España se puede ver lo mismo desde el restablecimiento de la democracia y el Estado de Derecho. El Tribunal Constitucional español ha desarrollado una importante jurisprudencia constitucional sobre el procedimiento penal, en la que se utilizan las normas sobre derechos humanos (CEDH) como normas mínimas. En algunos otros países, como en los Países Bajos, el marco constitucional es más bien débil, principalmente debido a la falta de un Tribunal Constitucional y por la existencia de una norma constitucional que excluye de la competencia judicial la revisión de la compatibilidad con la Constitución de leyes y normas. Sin embargo, esto se compensa en cierta medida gracias a la aplicación directa (*self-executing*) del CEDH.¹⁸

Rara vez se prescribe en la Constitución el carácter de un proceso penal (inquisitivo, semi-inquisitivo o acusatorio o contradictorio), aunque se puede deducir mucho de los aspectos constitucionales del juicio justo. En términos generales, podemos afirmar que en todos los países informantes los principios generales del procedimiento penal están consagrados en la Constitución y/o en los tratados de derechos humanos, y se aplican en la legislación en estricto cumplimiento de las normas constitucionales básicas y de derechos humanos. Esta conclusión general se refiere al marco jurídico como tal. Los principios generales del procedimiento penal, también cuando se trata de la delincuencia organizada y el terrorismo, están diseñados para estar en consonancia con las normas constitucionales y de derechos humanos. Esto significa que las normas constitucionales y de derechos humanos siguen siendo el marco obligatorio para hacer frente a estos paradigmas de la delincuencia. Sin embargo, en algunos países informantes, como Colombia y los EE.UU. de América, este marco obligatorio ha sido socavado por los procedimientos punitivos elaborados por el ejecutivo. Además, en estos países muchas partes sustantivas de estos nuevos procedimientos han sido declaradas inconstitucionales por el Tribunal Supremo o los Tribunales Constitucionales y han dado lugar a una batalla jurídica entre los poderes ejecutivo y judicial, convirtiendo la justicia y el juicio justo en un campo de batalla político.

La conclusión general sobre la relación jurídica entre los tratados de derechos humanos, la Constitución y el procedimiento penal no implica, sin embargo, que los paradigmas de la delincuencia organizada y el terrorismo hayan tenido poca influencia en la arquitectura principal

18 El CEDH sólo contiene normas mínimas, y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no ha desarrollado una fuerte protección de los derechos humanos en la fase previa al juicio a pesar de que la Corte haya precisado en muchas ocasiones de que las garantías del artículo 6 se aplican al procedimiento en su totalidad, incluido la fase de la investigación judicial (TEDH, 15 de julio 2002 *Stratégies et Communications et Dumoulin c. Bélgica*, § 39). De otro lado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha dado un gran margen de apreciación a los Estados en relación con la lucha contra el terrorismo.

del procedimiento penal y sus principios básicos. Vamos a ver en las partes III-VI cómo las transformaciones han cambiado *de facto* el alcance de los principios y de su aplicación.

Procedimiento penal, ámbito de aplicación *ratione personae* y distinción de sujetos

P.5 ¿Se realiza en su procedimiento penal común o en los procedimientos especiales una distinción entre los ciudadanos y los no ciudadanos, los nacionales o los no nacionales, o categorías específicas de sujetos (extranjeros, enemigos, no personas)?

Está muy claro que en ninguno de los países informantes, con la excepción de los EE.UU. de América, el Reino Unido y Colombia, se hace una distinción entre ciudadanos y no ciudadanos, o nacionales y no nacionales y entre los extranjeros residentes y no residentes. La mayoría de los países tienen una jurisdicción penal especial para ciertos sujetos, como los miembros del Parlamento o el personal militar en el desempeño de sus funciones.

En Gran Bretaña no existe en la ley penal una diferencia fundamental de trato para los ciudadanos británicos y no británicos, pero ha existido la detención de extranjeros sin juicio, los sospechosos no deportables, que estuvo en vigor entre 2001 y 2004, pero la Cámara de los Lores declaró que violaba los artículos 5 y 14 del CEDH. Entonces el Gobierno sustituyó esto por el régimen de órdenes de control, que queda fuera del sistema de justicia penal y se aplica tanto a los ciudadanos británicos como a los extranjeros (véase *infra*).

En algunos países informantes, como Colombia y los EE.UU. de América, se ha introducido una amplia distinción entre categorías de sujetos, como extranjeros enemigos, combatientes enemigos, miembros de la guerrilla desarmados o soldados paramilitares, etc. Por diversas razones se han creado nuevos sistemas para eludir el procedimiento penal ordinario, o incluso el procedimiento penal militar ordinario.

Podemos afirmar que los países que utilizan los procedimientos penales de emergencia también hacen distinciones en el ámbito de aplicación *ratione personae* de sus sistemas punitivos. Cada procedimiento punitivo de emergencia tiene sus propios *insiders* y *outsiders*. Algunos procedimientos punitivos especiales, como en Colombia, favorecen a los *insiders*, y generan el riesgo de impunidad en relación con delitos muy graves. Algunos procedimientos punitivos especiales, como en los EE.UU. de América, no favorecen a los *insiders*, generan el riesgo de reducir a los *insiders* a meros objetos de investigación e incluyen una persecución que niega que sean sujetos portadores de derechos.

Procedimiento penal secreto

P.7 ¿Se prevén en su sistema legislativo medidas especiales por las cuales se pueden clasificar partes de la legislación y/o partes del proceso penal (legislación clasificada, procedimientos secretos, agentes secretos de justicia, secreto en la administración de la justicia penal)?

Aunque la gran mayoría de los países, con excepción de los EE.UU. de América, carecen de procedimientos o sistemas totalmente basados en el secreto, no hay duda de que en un grupo sustancial de países se han producido en la última década reformas muy profundas en relación con las tareas de las AIJ y los SI, por las que se han incrementado las facultades de investigación, se han debilitado las garantías procesales y se ha introducido el secreto en los procedimientos.

Se entiende aquí secreto como clasificado, de manera que el principal funcionamiento del sistema de justicia penal y de sus procedimientos permanecen secretos, no sólo para el público en general, sino también para los principales actores del sistema de justicia penal, como los jueces y/o los abogados de la defensa.

No existe en los países informantes, con excepción de los Estados Unidos de América, legislación penal secreta o clasificada.¹⁹ Tampoco vemos, con la excepción de los EE.UU. de América y el Reino Unido, que se informe de procedimientos judiciales encubiertos o ejecutivos secretos en los que se utilicen procedimientos secretos y agentes judiciales secretos (tribunales secretos). Por supuesto, todos los sistemas de justicia penal tienen investigaciones judiciales *ex parte* en determinadas fases para la obtención de pruebas, pero esto es otra cuestión referente a la contradicción de los procesos penales ordinarios (véanse las partes IV y V). Ya en 1978 los EE.UU. de América introdujeron la vigilancia FISA,²⁰ que permite interceptar y grabar sin autorización judicial a las potencias extranjeras y sus agentes, redes extranjeras o personas o actividades terroristas.²¹ Para la grabación o la escucha de los ciudadanos de los EE.UU. de América o los residentes en este país debe existir una orden dictada por un tribunal secreto FISA. Los actos de investigación realizados son siempre secretos y las personas afectadas no son informadas, ni antes ni después. En el Reino Unido unos pocos procedimientos introducidos por la legislación antiterrorista ponen de relieve el uso de pruebas clasificadas en procedimientos no penales. Las relativas a la determinación de si la prohibición de una organización era correcta y los procedimientos ante la Comisión Especial de Apelación de Inmigración pueden implicar la introducción de pruebas clasificadas por el Gobierno, que el tribunal valora para llegar a su decisión. Cuando se presentan dichas pruebas un abogado especial, que trabaja en interés del recurrente, pero no sigue sus instrucciones, valora las pruebas y presenta argumentos en su nombre, aunque, naturalmente, nunca se comunica con el recurrente.

Sorprendentemente, los países informantes no hacen mención alguna a los procedimientos secretos potencialmente ilegales relacionados con el arresto, el secuestro, la detención y el interrogatorio de varias personas, que los EE.UU. de América consideran que tienen contactos con Al-Qaida. Varios informes del Parlamento Europeo y del Consejo de Europa contienen indicaciones sobre la vigilancia secreta, las detenciones y los secuestros secretos, los traslados secretos a centros de detención secretos en Europa y fuera de ella.²² En varios países europeos y en Canadá se están llevando a cabo investigaciones penales y administrativas contra funcionarios civiles y agentes policiales europeos y de los EE.UU. de América.²³

Para más información sobre las pruebas secretas y el uso de la inteligencia en el proceso penal véase la parte IV, pregunta 9.

19 El Reino Unido cuenta con un procedimiento secreto en casos de expulsión de los inmigrantes ilegales.

20 Foreign Intelligence Surveillance Act.

21 No tiene que demostrarse una causa probable de que estas personas o actividades están involucradas.

22 http://www.venice.coe.int/site/dynamics/N_Opinion_ef.asp?CID=90&L=E, Opinion on the international legal obligations of Council of Europe Member States in respect of secret detention facilities and Inter-State transport of prisoners.

23 El más famoso es el caso *Milan Abu Omar*, que actualmente se desarrolla en Milán.

Parte III **Elaboración de la aplicación proactiva (policía común o procedimientos penales comunes, procedimientos especiales)**

La aplicación proactiva y la investigación coactiva

P.9 *En su país los servicios de inteligencia, las fuerzas regulares de la policía, o las agencias administrativas de la aplicación de la ley (tales como las agencias de aduanas o tributarias) ¿son competentes para utilizar medidas coactivas de manera proactiva? En caso afirmativo,*

- *¿en qué condiciones?*
- *¿debe existir una sospecha basada en indicios racionales de criminalidad para utilizar estos poderes coactivos, o son suficientes indicaciones sobre la peligrosidad para la seguridad nacional o el interés público? ¿La definición de la sospecha se ha cambiado para los delitos graves?*
- *¿Estos poderes coactivos se pueden utilizar para personas distintas de los sospechosos/acusados de delitos (por ejemplo, combatientes enemigos, extranjeros enemigos, personas que no tienen ningún derecho a la protección del procedimiento penal regular, etc.)?*
- *¿cómo se regula la división del trabajo en las autoridades encargadas de la investigación?*
- *¿se puede compartir la información obtenida mediante la aplicación proactiva por medio del uso de medidas coactivas entre los servicios de inteligencia, la policía, las agencias administrativas de la aplicación de la ley y las autoridades judiciales?*

Todos los países informantes están familiarizados con las medidas preventivas y los mecanismos de aplicación en el ámbito del Derecho policial y del Derecho administrativo, pero los regímenes jurídicos difieren. Todos ellos prevén en su legislación las clásicas competencias para las agencias administrativas que pueden ser tradicionales, como las aduanas, o nuevas, tales como la policía y las agencias de inteligencia, para recopilar y procesar información y para investigar ciertos objetivos (pago de las tasas aduaneras, prevención de la corrupción y protección del orden público constitucional). Para los SI la principal tarea es procesar información sobre personas u organizaciones de los que se sospecha seriamente que suponen una amenaza para la seguridad nacional. Tradicionalmente las agencias de inteligencia, puesto que no pertenecen a las AIJ, no pueden utilizar las clásicas medidas coactivas del procedimiento penal, como el registro o la incautación, u otras nuevas, tales como la infiltración. Tienen, en cambio, competencias generales para la vigilancia y pueden aplicar ciertas medidas coactivas preventivas (registros físicos o cacheos, la incautación de mercancías peligrosas). Tradicionalmente la persecución de los delitos, la recopilación de información, el tratamiento de la información y la investigación judicial en ese sentido son de dominio exclusivo de las AIJ. Un grupo de países informantes todavía refleja este enfoque tradicional al impedir el uso de poderes coactivos de una manera proactiva por parte de las AIJ. El mecanismo de activación de las AIJ es la tentativa o la consumación de un delito y, para los delitos más graves, la investigación de los actos preparatorios.²⁴ Las investigaciones de las situaciones generales, de pautas generales o de grupos específicos, etc., son actividades que quedan fuera del ámbito de la investigación penal. Estos países parecen atenerse a una distinción

24 Ver el informe general de Lorenzo Picotti, *La expansión de las formas de preparación y de participación*. Sección I.

clara entre el Derecho penal (reactivo) y el Derecho policial/administrativo (proactivo). La recopilación de inteligencia se considera parte de la prevención, en la que sólo pueden operar la policía, la administración y las agencias de inteligencia. Esto significa que en estos países informantes existe una clara frontera entre la aplicación del Derecho penal y la recopilación de inteligencia. Las agencias están estrictamente separadas y la recopilación de información por parte de las agencias de prevención y de las autoridades reactivas de aplicación de la ley sirve a objetivos distintos. Los SI tienen, además, un conjunto limitado de competencias y muy poca fuerza coactiva. La transferencia de información de inteligencia a las AIJ para una persecución penal se ve obstaculizada por las Murallas Chinas o sólo se puede utilizar como prueba en un ámbito totalmente contradictorio. Estos países informantes, como Austria, Brasil, Argentina y Polonia, mantienen en su procedimiento penal la definición clásica de investigación penal judicial. La investigación es impulsada por la existencia de una sospecha razonable de que se ha cometido o se va a cometer un delito, o de que se han realizado específicos actos preparatorios. Sin embargo, si lo último mencionado se combina con la sanción penal como delito de actos preparatorios, como la existencia de una organización criminal o una organización terrorista, se pone de manifiesto que los objetivos específicos de prevención forman parte de la investigación penal y convierten a la investigación penal reactiva en proactiva, incluso en el marco del régimen clásico. La preparación en forma de complot (conspiración), o el reclutamiento constituyen ya parte del terreno de juego del clásico sistema de justicia penal.

En el otro lado del espectro, por supuesto, se encuentran los EE.UU. de América y el Reino Unido con unos fuertes SI. En los EE.UU. de América, por ejemplo, los SI no sólo consisten en la CIA, la Agencia de Seguridad Nacional, la Agencia de Inteligencia de Defensa y la Oficina Nacional de Reconocimiento, sino también las unidades de inteligencia del Departamento de Estado, del FBI, del Departamento de el Tesoro, del Departamento de Energía y de las fuerzas armadas. El hecho de que no exista una división organizativa entre los SI y las AIJ –tanto la CIA como partes del FBI pertenecen a los SI– no significa que no haya distinciones estrictas respecto a los objetivos, métodos y control. Sin embargo, de acuerdo con la reciente legislación antiterrorista se solapa la distinción entre objetivos de la aplicación de la ley y objetivos de inteligencia.

Un grupo importante de países informantes, al margen de los EE.UU. de América y el Reino Unido, también han modificado sus normas sobre el procedimiento penal, de manera que la investigación penal clásica se ha ampliado para incluir también a la investigación criminal proactiva (*Voremittlung*). Esta investigación penal proactiva comprende la situación en la que aún no hay indicios de una sospecha razonable de que se ha cometido un delito, está a punto de ser cometido, o de que se han realizado determinados actos preparatorios y en la que, por supuesto, no puede haber sospechoso(s) desde un punto de vista jurídico. El objetivo de las investigaciones proactivas es revelar los aspectos organizativos a fin de prevenir la preparación o comisión de un delito grave y permitir el inicio de una investigación penal contra la organización y/o sus miembros. El uso de medidas coactivas para la prevención del delito puede ser realizado por agencias de inteligencia, autoridades policiales o judiciales. Al hacer esto, pertenecen a los SI, incluso aunque normalmente son autoridades que pertenecen a las AIJ. Durante este período de tiempo van a poder recopilar información y utilizar ciertas medidas procesales coactivas para prevenir la preparación o la comisión del delito. Para ciertas medidas coactivas es obligatoria la autorización judicial previa. Esta ampliación del procedimiento penal estuvo vinculada en algunos países a los escándalos debidos a la utilización ilegal de medidas coactivas por las autoridades policiales y/o de la Fiscalía. Los legisladores decidieron que sería mejor incluirlas en el Código de Procedimiento Penal, a fin de darles una base jurídica, que

permitir que se encuentren en un estado de limbo jurídico. El resultado fue el asentamiento de la práctica existente, pero también un aumento de medidas de investigación proactiva. El cambio de mandato de las AIJ y en especial de la policía también ha dado lugar a cambios en los métodos de trabajo. En lugar de investigar el delito y elaborar informes y actas (*procès-verbaux*), las autoridades policiales están cada vez más ocupadas en las investigaciones preventivas sobre las pautas del delito y sobre personas y organizaciones potencialmente peligrosas. En muchos países informantes se multiplican los sistemas de inteligencia de la policía, vinculados a bases de datos especializadas, y se está cambiando la estructura y la cultura de las organizaciones de la policía judicial.

Por otro lado, varios países informantes han modificado el mandato de sus fuerzas de inteligencia y sus competencias. Hoy sus competencias sobre la investigación incluyen poderes coactivos, en paralelo a los del CPP, y su objetivo también comprende la prevención de los delitos graves, ya que esta es una amenaza para la seguridad nacional. En algunos países necesitan la autorización de la Fiscalía (o del Poder Ejecutivo) para el uso de estos poderes. De hecho, los SI están utilizando competencias judiciales coactivas sin ser una autoridad judicial y sin la garantía de la existencia de algún tipo de orden judicial y/o supervisión judicial. Podemos ver una superposición de competencias entre las agencias de inteligencia y las autoridades de policía (incluyendo a veces Fiscales especializados) en calidad de SI en la investigación preliminar pro-activa. Obviamente, podemos hablar de la influencia de los EE.UU. de América en la organización de la investigación previa al juicio.

Por último, algunos países informantes indican un aumento sustancial del uso de medidas punitivas preventivas durante la investigación proactiva tales como el embargo, la detención administrativa, las órdenes de congelación, etc. Definitivamente, la nueva fase de investigación proactiva está ganando un terreno sustancial en el sistema de justicia penal.

Como este proceso penal proactivo es muy nuevo para muchos países informantes (con excepción de los EE.UU. de América y el Reino Unido), echemos un vistazo con más detalle a algunas normas de los países informantes. Bélgica y los Países Bajos han introducido ampliamente el nuevo concepto de aplicación proactiva en su CPP. Permítanme ilustrar el concepto al explicar la evolución en el Derecho penal neerlandés. En 1999 se introdujeron en el CPP las técnicas especiales de investigación para combatir al crimen organizado,²⁵ tales como la vigilancia, la infiltración, las escuchas telefónicas y la vigilancia sistemática y electrónica. Muy recientemente se ha introducido un nuevo cambio en el CPP según el cual, en caso de una investigación penal sobre delitos de terrorismo, el mecanismo de activación de la sospecha razonable con el fin de aplicar legalmente medidas coactivas contra una persona ha sido sustituido por indicios de un delito terrorista. Indicios de un delito de terrorismo es el tercer nivel del CPP, junto con la sospecha razonable de que se está cometiendo un delito y la sospecha razonable de que se están planeando o cometiendo delitos en un contexto organizado. ¿Cuál es la diferencia real entre los indicios y la sospecha razonable? Los rumores sobre una conspiración para cometer un delito terrorista o una información anónima derivada de un análisis general del riesgo llevado a cabo por la policía, las agencias administrativas o los servicios de inteligencia podrían no cumplir el criterio de una sospecha razonable, pero sí que cumplen el criterio de los indicios. Por otra parte, no son necesarios indicios concretos. Los indicios están presentes si los hechos y las circunstancias apuntan a la comisión o futura comisión de un delito de terrorismo. Mientras tanto, en el CPP de los Países Bajos, debido a la decisión marco de la UE de 2002, se

25 Ver N. Keijzer *et al.*, 'Organized Crime & Criminal Procedure in the Netherlands', 1994 *Revista Internacional de Derecho Penal*, 957-986.

han tipificado penalmente las asociaciones criminales terroristas. El resultado es que un indicio de la existencia de una asociación terrorista o de la pertenencia a una asociación de ese tipo, sin la preparación o comisión de algún delito terrorista, es un mecanismo de activación suficiente para el uso de medidas coactivas, tales como la vigilancia, la vigilancia electrónica, el delito provocado o la infiltración. Para el arresto y la detención preventiva la sospecha razonable sigue siendo el umbral, por lo que estas medidas coactivas seguirán vinculadas a la condición de sospechoso.²⁶ En otras palabras, se han ampliado y debilitado los umbrales para la utilización de medidas coactivas, incluidas las técnicas especiales de investigación, en el ámbito de la lucha contra el terrorismo. Las AIJ están autorizadas para imponer medidas coactivas a personas no penalmente sospechosas durante la fase proactiva. Los métodos disponibles en la investigación previa al juicio pueden ser utilizados en cualquier momento si pueden generar información que sea apropiada para la prevención de un ataque terrorista. La modificación de los umbrales también cambia el tema de la investigación. Es evidente que las investigaciones proactivas se utilizan contra grupos de personas en lugar de contra los sospechosos, lo que incluye competencias preventivas para realizar registros, tales como el registro de objetos, vehículos y cacheos. En ciertas zonas de seguridad (aeropuertos, zonas de riesgo, etc.) es posible aplicar estos tres tipos de registro en cualquier momento, también sin ningún tipo de indicios de un delito de terrorismo. En este último caso, la etiqueta de la seguridad reemplaza al umbral de los indicios de un delito de terrorismo. Por último, la estrategia de aplicación proactiva también introduce nuevos métodos de investigación, tales como el análisis computerizado de datos (*data mining - Rasterfahndung*) entre las bases de datos de organismos públicos y privados.

A partir de 1992, Alemania también introdujo y/o amplió los métodos especiales de investigación (escuchas telefónicas, análisis computerizado de datos, vigilancia, etc.) contra la delincuencia organizada, pero sin cambiar los mecanismos de activación y usándolos para la aplicación proactiva. Esto cambió en el marco de la lucha contra el terrorismo, mediante la introducción del concepto de aplicación proactiva como aplicación preventiva por las autoridades policiales (*Vorbeugende Verbrechensbekämpfung* y *Vorfeldaufklärung*).²⁷ Algunos Estados federados (*Länder*) han introducido las escuchas telefónicas preventivas en su legislación de policía. En 2004, el Tribunal Constitucional impuso un procedimiento para la obtención de una orden judicial dirigida a proteger la vida privada,²⁸ que fue incorporado a la legislación en 2005.

En Hungría, se han modificado los reglamentos de la Fiscalía, de manera que el Fiscal puede recabar información de forma secreta. La recopilación de información de forma secreta se puede llevar a cabo por cinco servicios secretos, la policía y el Fiscal. La recogida secreta de información tiene dos regímenes separados. Una categoría que no precisa orden incluye el uso de informantes y agentes encubiertos, la vigilancia general de personas y locales y ciertas formas de escuchas telefónicas. Estas medidas se pueden aplicar tanto antes como durante la investigación judicial (incluso de forma paralela). La otra categoría (un procedimiento para la obtención de una orden o una autorización del ejecutivo (del Ministro de Justicia)) incluye la vigilancia y el registro de viviendas y la interceptación de telecomunicaciones. La recopilación secreta de información puede durar hasta que se inicie la investigación judicial. Una vez que la investigación judicial se activa, las autoridades judiciales pueden obtener datos en secreto mediante la interceptación de las telecomunicaciones, la realización de registros, etc. Estas

26 Sin embargo, en muchos países se puede ver una proliferación de todo tipo de detención administrativa, por períodos más largos o más cortos, y no en todos ellos vinculada a la condición de sospechoso (por ejemplo, en el ámbito de la legislación de inmigración).

27 J. Kinzig, *Die rechtliche Bewältigung von Erscheinungsformen organisierter Kriminalität*, 2004.

28 BVerFG, 1 BvR 2378/98, 03.03.2004, Absatz-Nr. (1-373).

medidas necesitan una orden judicial. El CPP se ha modificado recientemente para incluir la utilización de técnicas especiales de investigación, tales como la conservación secreta de los datos.

En Rumania, el CPP prevé una investigación preliminar, en la que los funcionarios civiles del Ministerio del Interior pueden instigar operaciones de la policía, tales como la recopilación de información y datos, la interceptación y grabación de conversaciones, incluidas las telecomunicaciones, y la utilización de agentes encubiertos. Los servicios de inteligencia tienen las mismas atribuciones. Ambos tienen que actuar bajo la supervisión de la Fiscalía.

También en Turquía se han introducido elementos de una investigación proactiva, por la que en virtud de leyes específicas, distintas del CPP, las autoridades policiales y algunas agencias administrativas pueden interceptar las telecomunicaciones e incluso proceder al registro y la incautación preventiva (con la excepción de los domicilios privados).

En Croacia, las fuerzas de inteligencia, así como las fuerzas de policía y las autoridades aduaneras, pueden utilizar poderes coactivos de manera proactiva. Los poderes proactivos de las agencias de inteligencia son los más amplios. Desde 2006, sus tareas incluyen la prevención del terrorismo y de la delincuencia organizada. Tienen amplios poderes para recopilar datos en secreto. Sólo pueden utilizar estos poderes tras un procedimiento específico dirigido a obtener una orden. La orden ha de ser dictada por un Juez del Tribunal Supremo. Sin embargo, el estándar de prueba para la obtención de esta orden no se basa en una sospecha razonable. Es suficiente que la agencia de inteligencia indique las personas y/u organizaciones sometidas a vigilancia, las razones y los objetivos de la vigilancia y la medida específica de vigilancia que sea necesaria.

Italia tiene un sistema de doble vía: el Derecho penal ordinario y la legislación penal especial contra la mafia. Este país ha elaborado un conjunto de instrumentos de Derecho penal proactivo. Desde 1956, y después de 1965, se elaboraron en el CPP medidas preventivas personales contra la mafia: vigilancia especial por parte de la policía, limitación de la libertad de circulación y arrestos domiciliarios. Las medidas no se basan en una sospecha razonable, sino que se vinculan a la lista de organizaciones mafiosas. Desde 1982 las medidas preventivas se han ampliado, e incluyen también el embargo preventivo y decomiso de bienes. Se han introducido investigaciones financieras preventivas, de acuerdo con las cuales la policía y las agencias administrativas obtienen poderes de vigilancia (escuchas telefónicas preventivas y vigilancia de las comunicaciones – las agencias pueden “echar un vistazo” (*sneak and peak*) e instalar micrófonos ocultos), y podrían llegar a acuerdos con las personas condenadas a fin de incentivarles a cooperar con la justicia. Existe también una fuerte cooperación entre la policía judicial y los servicios de inteligencia. En 2001 y en 2005 se extendieron *ratione materiae* al terrorismo las medidas preventivas antimafia. Estas medidas preventivas, destinadas a la recopilación general de información para prevenir delitos graves, no precisan de autorización, ni siquiera cuando se trate de viviendas (sin indicios graves de que este lugar es el escenario de delitos graves), y tienen límites temporales más amplios. Basta con que sean necesarias, no absolutamente indispensables, para fines preventivos y de recopilación general de información. Si están vinculadas a la prevención del delito, es suficiente con que existan indicios de un delito, no indicios serios o sospecha razonable. Por otro lado, los servicios secretos tienen el mandato de interceptar las comunicaciones con la autorización de la Fiscalía del Tribunal de Apelación, sin pasar por las unidades especiales antimafia y antiterrorista y sin necesidad de un procedimiento para obtener una autorización judicial. Es evidente que Italia tiene poderes

proactivos muy fuertes, pero la información así obtenida no se puede utilizar en la fase previa al juicio o en el juicio.²⁹

En Colombia el servicio de inteligencia tiene una doble cabeza. Es, al mismo tiempo, un servicio secreto autónomo que se ocupa de la recolección de inteligencia y del tratamiento de la información, y un órgano de la policía judicial en relación con un conjunto de delitos específicos contra el orden constitucional del Estado.

En cuanto a Gran Bretaña, hay que tener cuidado pues el fiscal carece de funciones de investigación. Una gran cantidad de poder recae en la policía y la emergente nueva orientación hacia la inteligencia (combinada con la debilidad de la protección de la intimidad) significa que es comparativamente muy poderosa. La policía, por ejemplo, puede tomar muestras de ADN sin tener que obtener autorización de ninguna otra institución.³⁰ La *Investigatory Powers Act* (RIPA) 2000 regula muchas formas de vigilancia (aunque algunas formas de vigilancia policial encubierta permanecen fuera de esta ley). Cuando se trate de edificios residenciales un juez que actúa como Comisionado debe autorizar la intervención. Las escuchas electrónicas de los locales estaban reguladas en la *Police Act* de 1997 y sólo se pueden utilizar para la prevención o la investigación de delitos graves. No está regulado el tráfico de datos y se puede utilizar como prueba. Las facultades de detención reguladas en la SOCA permiten a la policía detener sin una orden cuando tengan motivos razonables para creer que es necesario hacerlo a fin de facilitar una pronta y efectiva investigación del delito o de la "conducta de la persona en cuestión". Esto da lugar a un derecho al registro de los locales en los que se ha llevado a cabo la detención (el poder de detención del *common law*).

Por otro lado, en algunos países informantes se observan reformas sustanciales en las normas, competencias y objetivos de las fuerzas de inteligencia. En los Países Bajos y en Bélgica, debido a las reformas de la legislación sobre los servicios secretos, las agencias de inteligencia pueden utilizar medidas coactivas tales como la vigilancia, la inspección, la vigilancia digital, la vigilancia de las comunicaciones que no alcanza a su contenido, la infiltración, la creación de empresas o la prestación de servicios particulares, la apertura de cartas, el acceso a los ordenadores, la interceptación y grabación de las telecomunicaciones y pueden ordenar el suministro de información a los prestadores de servicios, etc. El resultado es que tienen un amplio conjunto de facultades coactivas, muy similar al contenido en el CPP, pero sin orden.

El resultado de estas reformas es que en algunos países informantes, como los EE.UU. de América, el Reino Unido y los Países Bajos, se está difuminando la línea divisoria entre las autoridades de inteligencia y las autoridades policiales y judiciales, y funcionan entre ellas las Murallas Chinas, y los datos que tienen a su disposición se emplean en el intercambio de información funcional. La ampliación de la investigación judicial hacia una investigación proactiva y la creciente superposición entre las AIJ y los SI, ha aumentado aún más por la evolución tecnológica de los dispositivos de investigación: la espada de la tecnología con ojos que lo ven todo y bordes cortantes. Gracias a las nuevas tecnologías han cambiado radicalmente los métodos de vigilancia de las comunicaciones, la vigilancia física de las personas, sus movimientos y actividades y la vigilancia de las transacciones (de sus servicios). La tecnología ha cambiado completamente no sólo el comportamiento de los ciudadanos, sino también el ambiente de la ejecución y la aplicación proactiva, mediante el uso de las escuchas telefónicas, la video-vigilancia, los dispositivos de seguimiento, los dispositivos de detección y dispositivos de visión, el análisis computerizado de datos, etc.

29 Ver la Parte IV.

30 Ver TEDH, 4 de diciembre 2008, *S. and Marper c. Reino Unido*.

Podemos concluir claramente que existe una doble reforma en el segundo grupo de países informantes, en la que las AIJ se están convirtiendo en SI y los SI se están convirtiendo en AIJ. La clara división entre aplicación administrativa preventiva y aplicación penal reactiva se sustituye por un campo de juego de actores con nuevos poderes y competencias superpuestas, aunque el tipo y el alcance de estas competencias difieren entre los países. Esta tercera ola va claramente más allá de las reformas de las últimas dos décadas relativas a la delincuencia organizada, por las que se introdujeron técnicas especiales de investigación en el CPP. El paradigma de la lucha contra el terrorismo no es sólo la ampliación de la anticipación de la intervención penal (*Vorfeldstrafbarkeit*) y la aplicación de medidas especiales propias del procedimiento penal (*Vorermitlung*), sino también la redefinición de los objetivos, la naturaleza y el alcance de la justicia penal. El resultado es que la criminalización en el ámbito previo (*Vorfeldkriminalisierung*) a través del procedimiento penal ha supuesto un cambio total en el objetivo del CPP, que pasa de la persecución de la delincuencia a la prevención del delito y el control del orden público y la seguridad. En segundo lugar, son las primeras apariciones de un fenómeno que es frecuente en la tradición del *common law* y también en las estrategias de la UE sobre la policía: la actuación policial contra el delito y la justicia penal basada en datos de inteligencia. En todos los países informantes la cooperación entre los SI y las AIJ parece ir en aumento, no sólo en el momento de la recogida de información, sino también en el momento del procesamiento e intercambio de datos. Los países informantes, con la excepción de los EE.UU. de América y los Países Bajos, apenas nos dan alguna idea de la separación y la cooperación entre la policía proactiva y la investigación penal y las redes especializadas en este ámbito. Parece que hay grandes diferencias tanto en lo que respecta al papel de los SI en virtud del Derecho penal y – en el caso inverso – el papel de las AIJ en el ámbito de la inteligencia. También vemos grandes diferencias en relación con el control judicial (procedimientos para la obtención de órdenes judiciales) y las garantías procesales.³¹ Países como Rumania, Hungría y Croacia prevén una estricta supervisión por parte de las autoridades judiciales, mientras que otros la dejan a las autoridades policiales y de inteligencia. Los procedimientos especiales son siempre especiales, pero mientras algunos son más permisivos, otros son más restrictivos.

Por último, en nuestras sociedades digitales se debe renovar la definición de la vida privada, la autoridad pública y los datos con el objetivo de proteger a los ciudadanos contra la invasión masiva en sus libertades, también por parte de los SI y las AIJ.

Tortura

P.10 ¿Permite su sistema legislativo el uso de medios violentos en las técnicas de investigación (tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes) durante la aplicación proactiva, y, en caso afirmativo, en qué condiciones? ¿Cuál es la práctica de su país en este campo?

Todos los países, con excepción de los EE.UU. América, excluyen estas formas de investigación y se refieren a la previsión y el carácter absoluto del art. 3 CEDH, los Convenios de Ginebra y la Convención Internacional contra la Tortura. Sólo los EE.UU. de América no aplican las normas de derecho internacional y han elaborado una definición nacional restrictiva de la tortura en el MCA, mediante la que se han institucionalizado ciertas prácticas de tortura, como el ahogamiento.

31 Ver la Parte IV.

Habeas data y habeas corpus

P.11 En caso de delitos graves, ¿permite su sistema legislativo limitar

- *el derecho al habeas data (protección de los datos, de la vida privada)?*
- *el derecho al habeas corpus (detención, prisión preventiva, deportación, entrega extraordinaria, etc.)?*

Los países informantes se enfrentan al *habeas data* desde muy diferentes perspectivas, tales como la privacidad, la publicidad interna de las actuaciones, la publicidad externa de los procedimientos, etc. Sin embargo, de la información proporcionada por los países queda claro que la clásica definición de *habeas data* y la protección de la vida privada ya no son suficientes para hacer frente a la invasión de la moderna investigación coactiva por las AIJ y los SI en el caso de delitos graves. Esto puede quedar perfectamente ilustrado recurriendo a los debates que han surgido en Alemania y su muy interesante jurisprudencia de los tribunales superiores, incluido el Tribunal Constitucional. Ya en 1983, el Tribunal Constitucional alemán reconoció el derecho de toda persona a decidir sobre la comunicación y el uso de la información en relación con su vida privada como un derecho constitucional básico (*Recht auf informationelle Selbstbestimmung*). En el año 2008 fueron declaradas inconstitucionales³² partes de la Ley de Renania del Norte-Westfalia sobre Inteligencia y Protección de la Seguridad del Estado, por el hecho de que la vigilancia online y la investigación online llevada a cabo por las agencias de inteligencia relacionadas con la delincuencia organizada se referían a la prevención de delitos poco claros, no eran las medidas más apropiadas y eficaces y podrían ser ejecutadas sin una orden judicial (*Vorbehalt richtlicher Anordnung*). En 2007 el Tribunal Supremo Federal³³ anuló una orden judicial, dictada en un caso en el que existía sospecha de que se había establecido una organización terrorista, que autorizaba una investigación online secreta (mediante el envío de un programa de ordenador a un sospechoso y la instalación en su ordenador), sin la presencia de esa persona y sin la posterior información de este hecho y de los recursos judiciales que estaban a su disposición. El Tribunal consideró que el dispositivo es más invasivo que un registro, el cual es ejecutado en presencia del sospechoso y frente al cual existen ciertos recursos disponibles. Es evidente a partir de la jurisprudencia alemana que estas nuevas técnicas sólo se pueden utilizar cuando no se dispone de otro medio y cuando no interfieran con las principales áreas de la vida privada (*unantastbaren Kernbereich Privater Lebensgestaltung*). Algunos autores sostienen que se debe crear un nuevo derecho a la intimidad en la esfera pública.³⁴

En relación con el *habeas corpus*, que es a menudo considerado como el guardián del principio de la libertad, en todos los países, salvo en los EE.UU. de América, el derecho de *habeas corpus* se aplica a todos los delitos, incluidos delitos graves y delitos terroristas. No se han elaborado reglas especiales de detención proactiva, pero algunos países informan de medidas administrativas que limitan la libertad o privan de ella. Lo que ha cambiado en algunos países informantes es el momento *ab quo*, cuándo puede ser activado el procedimiento de *habeas corpus*, es decir, el tiempo transcurrido entre la detención policial y la posterior revisión judicial. En los Países Bajos, actualmente puede ordenarse prisión provisional (14 días) para un sospechoso de terrorismo con base en la mera sospecha razonable, mientras que para los delitos comunes deben existir ya serios fundamentos para detener al sospechoso y la detención puede

32 BVerfG, 1 BVR 370/07 of 27.02.2008, Absatz-Nr. (1-333).

33 Bundesgerichtshof, Beschluss of 31.01.2007, StB 18/06.

34 Ver Sentencia importante del TEDH 4 de mayo 2000, *Rotaru c. Rumania*.

durar hasta 14 días. Francia se ha extendido la regular detención policial (*garde à vue*) de 24 horas hasta 6 días por delitos de terrorismo. En España, el plazo máximo para delitos de terrorismo es de 5 días. En el Reino Unido, en virtud de una extraordinaria excepción a lo dispuesto en CEDH, el plazo máximo es ahora de 28 días después de una vociferante oposición contra la propuesta del Gobierno de 90 días. Un feroz debate actualmente se centra en el aumento de la detención sin cargos de sospechosos de terrorismo de 28 a 42 días.³⁵ Lo que ha cambiado es la duración máxima de la detención preventiva. En los Países Bajos, por ejemplo, la duración se ha ampliado de 110 días a 2 años, un período durante el cual no se comunica el sumario a los abogados de la defensa.

Aunque en Gran Bretaña todas las medidas privativas de libertad están fundamentalmente abiertas a un recurso de *habeas corpus* y no existen disposiciones sobre las detenciones secretas o las entregas extraordinarias, se introdujo una forma de detención sin juicio en la *Prevention of Terrorism Act* de 2005. El Ministro o Secretario de Estado pueden imponer órdenes de control cuando tengan motivos razonables para sospechar de la participación en actividades terroristas. Las órdenes de control, que incluyen el arresto domiciliario y otras órdenes restrictivas, se basan principalmente en pruebas secretas y audiencias a puerta cerrada. Sólo los abogados nombrados por el Fiscal General tienen acceso al sumario. La duración de la orden de control es de 12 meses, pero puede ser renovada indefinidamente. Están exceptuadas algunas órdenes de control que requieren la autorización de un tribunal, otras no están exceptuadas y no necesitan la autorización de los tribunales. Las órdenes que son supervisadas por los tribunales implican material confidencial y la intervención de abogados especiales nombrados por el Abogado General. El Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa ha criticado el hecho de que las órdenes puedan ser autorizadas por una decisión ejecutiva con un limitado control judicial y reducción significativa de las garantías procesales. Le preocupa que no haya una clara línea divisoria entre una orden exceptuada al control y una no exceptuada.

Con la excepción del relator nacional de los EE.UU. de América, los relatores nacionales no mencionan ningún marco jurídico o práctico de entregas extraordinarias en su ordenamiento jurídico, incluidos los que están vinculados al programa de la CIA de entregas secretas y extraordinarias. Sin embargo, varios casos han salido a la luz y algunos de ellos están bajo investigación judicial o han ido a juicio.³⁶

Parte IV Transformaciones en la fase previa al juicio (procedimientos penales comunes, procedimientos especiales)

Aumento de los poderes de investigación y de los deberes de cooperación

P.12 ¿Ha experimentado su sistema legislativo un aumento de

- los poderes de investigación y coactivos de las autoridades encargadas de la investigación (embargo y comiso, intervenciones y grabaciones, órdenes de congelación, órdenes de producción de prueba, detenciones y prisión preventiva, infiltración, etc.)? En caso afirmativo, ¿de qué manera?*

³⁵ En el momento de elaborar este informe, la Cámara de los Lores ha rechazado el proyecto del gobierno.

³⁶ M. Nino, 'The Abu Omar Case in Italy and the effects of CIA extraordinary renditions in Europe on Law Enforcement and Intelligence Activities', 2007 *Revista Internacional de Derecho Penal* 78 (1&2), 113-141.

- *los deberes de cooperación de las personas investigadas? En caso afirmativo, ¿de qué manera? ¿Se prevén nuevos deberes de cooperación en procesos transnacionales (por ejemplo, órdenes de producción transnacional de información)?*

En las P.2 y P.9 hemos analizado el importante impacto de las reformas sobre los poderes de investigación y coactivos. En relación con los deberes de cooperación de las personas investigadas y / o de terceros, podemos identificar algunos cambios significativos en relación con:

1. El derecho a guardar silencio y sus consecuencias. Véase la pregunta 4 (*infra*).
2. Nuevas posibilidades de tratos especiales a los sospechosos. Véase la pregunta 20 (*infra*).
3. El uso de proveedores de servicios de Internet, agencias de viajes, compañías aéreas y compañías de tarjetas de crédito como guardabarreras (*gatekeepers*) y como recolectores de información. Véase la pregunta 16 (*infra*).
4. El uso extensivo de requerimientos de presentación de información (*production orders*), por las agencias de inteligencia, la policía y las agencias administrativas y el uso de la vigilancia de las transacciones (ordenadores personales, proveedores de servicios y datos públicos). Véase la pregunta 16 (*infra*).

Cambio en los poderes de investigación

P.13 ¿Se ha producido una transferencia de poderes en su país

- *del poder judicial (jueces de instrucción, etc.) al ejecutivo en relación con la investigación (policía, fiscales, servicios de inteligencia, agencias administrativas de aplicación, ejército)? En caso afirmativo, ¿cómo y hasta qué punto?*
- *de los fiscales a la policía, etc.? En caso afirmativo, ¿cómo y en qué medida?*

Como hemos visto en las partes I-III, en la mayoría de los países informantes el cambio se ha dirigido hacia el aumento de los poderes del ejecutivo. Este cambio es, sin duda, más fuerte cuando se trata de nuevas técnicas de investigación y de investigación proactiva, tales como la vigilancia electrónica oculta y la vigilancia física mediante dispositivos electrónicos. En términos generales, sin embargo, podemos afirmar que las facultades de la policía son cada vez más importantes o son históricamente fuertes (como en Finlandia) y que existen importantes tendencias a que se produzcan cambios desde el poder judicial a la Fiscalía. Con todo, algunos países también muestran una dirección opuesta. En Rumania, Polonia y Colombia existe una tendencia hacia un mayor control judicial, especialmente cuando se trata de las medidas coactivas tradicionales. En Colombia, el nuevo Código de Procedimiento Penal acusatorio de 2006 introdujo un mayor control judicial por parte del juez de instrucción.

Los países informantes aportan muy poca información acerca de la relación entre las AIJ y las agencias administrativas de aplicación. El informe belga contiene varias indicaciones sobre el aumento de los poderes de aplicación administrativa y el aumento del intercambio de información entre todos los actores encargados de la aplicación, especialmente en el ámbito financiero.

Procedimiento penal y cambio en las garantías procesales y los derechos procesales

P.4 ¿En qué etapa del proceso penal dispone su sistema legislativo:

- la presunción de la inocencia?
- el derecho del sospechoso/acusado a permanecer en silencio y el derecho a no declarar contra sí mismo y a no declararse culpable?

Uno de los puntos principales es el mecanismo de activación para la definición de sospechoso y las garantías procesales. Ya en el marco de los regímenes procesales clásicos este es un punto delicado para el que los países utilizan diferentes criterios objetivos o subjetivos. Por ejemplo, en Polonia los derechos sólo se activan en el momento de la acusación, en una etapa tardía del procedimiento. La reducción de los umbrales para la activación de las medidas coactivas mediante el cambio del criterio de la sospecha razonable o de indicios serios en simples indicios sin sustancia concreta tiene importantes consecuencias para las garantías procesales. ¿Cuándo se convierte en sospechosa y portadora de derechos (incluidos los recursos) la persona investigada por los SI/AIJ? Muchos países informantes, como Finlandia, Rumania, los EE.UU. de América, los Países Bajos, Italia, Alemania y el Reino Unido aluden a esta rebaja de los umbrales en la legislación penal. La Terrorism Act 2000 del Reino Unido establece mecanismos de registro o cacheo (stop and search, parar y registrar) sin una sospecha razonable. Los tribunales han sostenido que tales paradas y registros deben tener una conexión razonable con la percepción de una amenaza terrorista. En los Países Bajos se pueden utilizar técnicas especiales de investigación en relación con los delitos de terrorismo, sin el clásico umbral de la sospecha razonable; son suficientes los indicios. En otros países informantes está principalmente fuera de la legislación penal, pero con fines punitivos. La consecuencia es que las garantías procesales vinculadas a la división del trabajo y el poder entre la aplicación administrativa y la penal han perdido su conexión arquitectónica. Las medidas coactivas se utilizan en ámbitos preventivos y no siempre por las autoridades judiciales. Hay un triple problema. ¿Qué tipo de garantías procesales deben aplicarse en un ámbito proactivo en el que actúan los SI? ¿Qué tipo de garantías procesales deben aplicarse en un ámbito proactivo en el que actúan las AIJ, en especial la policía y/o la Fiscalía? ¿Qué tipo de garantías procesales deberían aplicarse al intercambio de información y al uso de la información de los SI y/o información proactiva en el procedimiento penal?

Podemos ilustrar esto muy bien con la presunción de inocencia (*presumptio innocentiae*). Tradicionalmente, la presunción comienza cuando el sospechoso es primeramente acusado y desaparece una vez que el acusado ha sido sometido a un juicio justo y condenado. Sin embargo, muchos países informantes evidencian que están cambiando las definiciones de acusación de carácter penal y de medidas coactivas, y lo mismo puede decirse de la definición de sospechoso. Algunos cambios se han considerado inconstitucionales y una violación de la presunción de inocencia, como la investigación financiera proactiva italiana relacionada con la propiedad o posesión ilegal de valores y bienes, basada en el *onus probandi* que tiene el "sospechoso". De acuerdo con los informes es evidente que los países califican de muy diferentes maneras las técnicas de investigación y su carácter coactivo e invasivo. Esto tiene consecuencias para las autoridades competentes, para la necesidad de una orden judicial y para la utilización de la información obtenida como prueba (véase la pregunta 15).

En la mayoría de los países informantes el derecho del sospechoso a guardar silencio se considera una característica importante de la justicia penal. Se informa a los sospechosos de su derecho a guardar silencio durante su detención o, en algunos países informantes, durante el

interrogatorio. Sin embargo, en caso de delitos graves, la información se convierte en un objetivo principal, incluso cuando quienes proporcionan la información son los sospechosos o su abogado. También vemos que en algunos países informantes puede extraerse una inferencia negativa del silencio del acusado y que la negativa a proporcionar información en relación con delitos de terrorismo es en sí misma punible como delito. Gran Bretaña es un caso muy interesante a este respecto. En los procedimientos judiciales este derecho está garantizado por la disposición de que cualquier testimonio de un acusado sólo puede ser dado de forma voluntaria (véase *infra*). De forma cuestionable, sin embargo, este derecho está sujeto a una importante excepción desde la *CJ&PO Act* de 1994, que permite a los jurados extraer inferencias negativas del silencio del acusado durante el interrogatorio policial. Con todo, el juez debe proporcionar al jurado una cuidadosa orientación sobre esta cuestión o se corre un gran riesgo de violación del artículo 6 (1) CEDH.

En algunos países, como los EE.UU. de América, el derecho a guardar silencio es un derecho constitucional, pero la declaración debe ser testimonial, incriminatoria y obligada. La divulgación de la identidad de un agente de policía no está protegida por este derecho y puede conducir a una condena penal por la no divulgación.

No cabe duda de que el deber de cooperar de terceras personas se puede utilizar para eludir el derecho a guardar silencio. Gran Bretaña impone una amplia responsabilidad penal a las personas que tienen información que saben o creen que podría ser de ayuda material para la prevención de un acto de terrorismo o para el aseguramiento de la detención, persecución o condena de otra persona que haya intervenido en la comisión, preparación o instigación de un acto de terrorismo, y no informe de ello a la policía y le proporcione la información pertinente. La *Anti-Terrorism, Crime and Security Act 2001* también incluye deberes similares de informar a las personas que trabajan en el sector financiero.

Algunos países informantes reconocen de manera inequívoca el principio *nemo tenetur*, incluso fuera del sistema de justicia penal, como los EE.UU. de América. Otros países informantes, como los Países Bajos, no lo reconocen como un principio general e incluso han restringido la aplicación de las normas de derechos humanos a este respecto. Algunos países reconocen el principio, pero limitado a los procesos penales, como Alemania.

Muchos países informantes, de una u otra manera, tienen también limitados los privilegios de las profesiones liberales en el proceso penal, como el secreto profesional o periodístico. En Bélgica, un juez de instrucción puede imponer la obligación de informar en casos de terrorismo (prevención) a los periodistas. Debido a las regulaciones de la UE el secreto profesional se ha restringido en los casos de investigaciones sobre blanqueo de capitales y financiación del terrorismo. Los abogados de la defensa no pueden invocar el secreto profesional cuando actúan como asesores jurídico-financieros, sólo pueden alegarlo cuando actúan en el ejercicio profesional de abogado.

Especialización de la administración de justicia penal

P.14 ¿Se producido en su país una especialización y/o una centralización de las autoridades judiciales de investigación?

En una parte importante de los países informantes se ha producido la especialización. La mayoría de los países tienen agencias especializadas en el ámbito de la investigación policial. Algunos países, como Bélgica, los Países Bajos, Croacia, Polonia, Rumania, Italia, Brasil, Alemania, etc., también tienen Fiscalías especializadas, la mayoría con competencia nacional, como la Fiscalía

antimafia y antiterrorista en Italia, en Alemania la *Bundesstaatanwaltschaft* o la Dirección para la investigación de crímenes y delitos de terrorismo en Rumania. La *Serious Organised Crime Agency* (SOCA) del Reino Unido se formó y empezó a funcionar en 2005 como una agencia especializada y centralizada en la lucha contra la delincuencia grave. Se debe indicar, sin embargo, que la centralización y la especialización no son nuevas en el sistema británico: la investigación del terrorismo siempre ha estado centralizada en el seno de la Policía Metropolitana que, en este sentido, tiene jurisdicción nacional. La *Serious Fraud Office* (SFO) es un ejemplo más de una agencia de policía separada especializada en la investigación de delitos graves dentro de una institución centralizada.

Países como Bélgica y España también disponen de jueces de instrucción especializados con jurisdicción nacional. España, Croacia y Francia tienen incluso un sistema judicial especializado para delitos graves, pero esto es bastante excepcional. La especialización, como tal, es por supuesto excelente, pero a veces también implica normas excepcionales. La Audiencia Nacional española es un buen ejemplo de la justicia penal especial contra delitos graves, incluido el terrorismo.

Uso de información de inteligencia

- P.8 ¿Permite su sistema jurídico el uso de información de inteligencia (por ejemplo, inteligencia policial general, información de los servicios de inteligencia nacionales o extranjeros) en procedimientos penales, por ejemplo*
- como información preliminar para abrir una investigación penal?*
 - como prueba de la existencia de indicios racionales para el empleo de medidas coactivas sobre bienes y sobre personas (por ejemplo, embargo y comiso, detención, prisión preventiva)?*
 - como prueba de la responsabilidad/culpabilidad en procedimientos penales?*

Defino la información de inteligencia como la información que se obtiene por las agencias de inteligencia y/o por los SI en un ámbito proactivo (policía orientada a la inteligencia). No hay ningún acuerdo internacional sobre un marco para el uso de la información de inteligencia en materia penal. La lectura de los informes de los países pone de manifiesto una gran diversidad a este respecto. Como hemos visto en la Parte III, no parece que haya grandes diferencias, tanto en lo que respecta al papel de los SI en virtud del Derecho penal y –a la inversa– el papel de las AIJ en el ámbito de la inteligencia. La mayoría de los países, como Austria, Italia, España y Finlandia, se ocupan de este tema en el marco del procedimiento ordinario. Algunos países, como los EE.UU. de América, el Reino Unido y los Países Bajos, prevén procedimientos especiales para el uso de la inteligencia en materia penal.

La mayoría de los países informantes considera que la inteligencia constituye una información de carácter general que puede ser utilizada como información ordinaria en el proceso penal, pero no como prueba y ciertamente no como la prueba única o clave. Sin embargo, podemos ver que la policía y la investigación basadas en datos de inteligencia están controlando el proceso penal, lo que da lugar a algunas de las principales reformas legislativas o cambios jurisprudenciales de ciertos países. En segundo lugar, la información de inteligencia es mayoritariamente información clasificada, y como resultado de ello el proceso penal es *ex parte* en la fase previa al juicio y durante el juicio.

Tenemos que hacer una distinción entre diferentes clases de utilización:

- Utilización como información controlada e intercambio de datos
- Utilización como información de activación para abrir una investigación judicial
- Utilización como información de activación de la causa probable para el uso de medidas coactivas
- Utilización como prueba en procedimientos penales

Todos los países informantes, excepto Turquía, donde la información de inteligencia sólo se puede utilizar con fines estrictamente de prevención, aceptan que la información de inteligencia puede ser utilizada como información controlada e información de activación para abrir una investigación judicial por la policía o el fiscal. Esto significa que la información secreta puede ser el punto de partida de una investigación judicial. La consecuencia es un flujo bastante abierto de información entre los SI y las AIJ. Podemos realmente hablar de una transferencia de información entre las AIJ y los SI en ambas direcciones. En algunos países informantes también se puede identificar la creación de bancos de datos compartidos (tales como el Archivo Antiterrorista en Alemania, la *CT Info box* en los Países Bajos) y centros de expertos para hacer frente a delitos graves o de terrorismo: OCAM en Bélgica, la NCT y FEC en los Países Bajos o el Centro de Análisis Conjunto del Terrorismo en el Reino Unido. El centro de coordinación antiterrorista es un centro de expertos basado en el intercambio de información responsable, en la mayoría de los casos encargado del análisis conjunto de la amenaza y del riesgo del terrorismo, pero en algunos casos, como OCAM en Bélgica, también realiza algunas tareas de investigación (como los equipos conjuntos de investigación responsables de la vigilancia de determinadas organizaciones y personas). En la mayoría de los casos, estos centros conjuntos tienen acceso a los datos informáticos de los servicios de inteligencia, las agencias administrativas (migración, transporte) y las autoridades judiciales.

Los países informantes difieren marcadamente cuando se trata de la utilización de información de inteligencia como causa probable o sospecha razonable para activar las medidas coactivas. En la mayoría de los países, como en Croacia, ello depende del tipo de medidas coactivas. Se excluye la inteligencia como mecanismo de activación para la sospecha razonable y la detención o prisión preventiva, pero puede usarse en el caso de la vigilancia y el registro e incautación. En el Reino Unido, la inteligencia también puede servir de base para una ‘causa probable’ que justifique las medidas coactivas. En un caso reciente, los tribunales han discutido esto explícitamente, incluso cuando la inteligencia puede haber sido obtenida mediante tortura, aunque esto es cuestionable si se ha hecho en connivencia con las autoridades británicas. En Italia no puede haber una utilización procesal de las declaraciones de informantes, ni siquiera como mecanismo de activación de las medidas coactivas como serios indicios para la autorización de escuchas telefónicas. El Tribunal Supremo italiano decidió también que las listas negras de terroristas u organizaciones terroristas no pueden ser utilizadas como prueba en la instrucción y en el juicio.

Cuando se trata de la cuestión de la utilización de la inteligencia como prueba en el proceso penal, se pueden identificar claramente posiciones completamente antagónicas. Son muy pocos los países informantes que excluyen explícitamente el uso de la información de inteligencia como prueba, como lo hace Croacia, pero su régimen jurídico sobre las normas de la prueba (por ejemplo, España) o su régimen jurídico sobre el procedimiento contradictorio (por ejemplo, Italia y Alemania) hacen muy difícil calificar la inteligencia como prueba legal en materia penal. En Italia, por ejemplo, el CPP no excluye el uso de la inteligencia como prueba en los tribunales, pero lo somete a la estricta condición de que la fuente de la información (incluidos los agentes secretos o sus informantes) pueda ser oída y sometida a contradicción ante el tribunal durante la

vista oral. Dicha disposición de naturaleza contradictoria relativa a la información de inteligencia es bastante única en Europa. El CPP italiano dispone también que los resultados de las medidas preventivas, incluidas las intervenciones telefónicas preventivas, nunca pueden sumarse al expediente instructor o de enjuiciamiento. Sólo pueden ser utilizados como información para activar las investigaciones judiciales. La revelación de esta información está fuertemente penalizada por la legislación italiana. Aunque Alemania también aplica el principio de contradicción, en casos de seguridad nacional es posible utilizarla en el proceso a puerta cerrada y se admite el testimonio de oídas (pruebas de segunda mano). Esta fue la razón por la que el *Oberlandesgericht* de Hamburgo decidió hacer uso de la información proporcionada por los servicios secretos de los Estados Unidos de América en el caso sobre terrorismo *Motassadeq*, incluso sin la presencia de los agentes en calidad de testigos en el juicio.³⁷ Es sorprendente que los países informantes con una tradición de situaciones especiales o de emergencia, tales como Italia y Colombia, tengan reglas muy estrictas sobre el procedimiento contradictorio, incluso en caso de emergencia y terrorismo, y el uso de la inteligencia en dichos procedimientos.

En el otro lado del espectro podemos ver a los EE.UU. de América, el Reino Unido y, recientemente, los Países Bajos. En los EE.UU. de América la CIPA regula el uso de ‘información clasificada’ en el proceso penal ordinario. En esencia, se decide en una vista previa al juicio, a puerta cerrada, qué información se utilizará durante la audiencia, mientras que se impone a la defensa una orden de protección (secreta), que tiene acceso a la información. La CIPA establece los procedimientos *ex parte* para ambas partes cuando se utiliza información clasificada. Sin embargo, el interés del Ejecutivo en la protección de la información clasificada no supera el derecho del acusado a presentar su caso. Si el tribunal determina que la información clasificada es relevante y fundamental para el caso, el tema debe ser admitido a menos que el gobierno proporcione una sustitución adecuada. Cuando no se pueda encontrar esta sustitución, le corresponde al gobierno decidir si revela o no la información.

En el Reino Unido la posibilidad de una audiencia previa al juicio se ha extendido considerablemente en virtud de la reciente legislación antiterrorista. De acuerdo con la *Terrorism Act* 2006, las audiencias preparatorias son obligatorias en muchos casos de terrorismo. En principio, se puede oír a los testigos, y nada se opone a que los funcionarios de inteligencia sean oídos como testigos en las vistas previas al juicio. Sin embargo, el interrogatorio cruzado es obligatorio, también durante estas audiencias preparatorias. El interrogatorio cruzado es realizado por Abogados Especiales que manejan casos en los que se emplea material clasificado de seguridad. Son especialmente abogados de oficio (por lo general, abogados de tribunales superiores – *barrister*), que se encargan de representar los intereses de una persona en relación con el material que se mantiene en secreto para dicha persona y para sus abogados ordinarios. Cuando los funcionarios de inteligencia operan como testigos en estas audiencias preparatorias, sus testimonios y la información que aportan presumiblemente serán clasificados como de material (muy) sensible. En virtud de la CPIA, la inteligencia puede ser clasificada como sensible, o incluso muy sensible, cuando se trate de ocultar la fuente humana material de la inteligencia. La divulgación oficial por parte de la policía coloca a esta información en una agenda que no se revela a la defensa. Sólo el fiscal tiene acceso a las pruebas y a la agenda. Aunque la ‘regla de oro’ general de la divulgación, que fue establecida en la legislación actual en 1996 y que existe en la jurisprudencia, exige que la acusación debe, en principio, revelar toda la información a la defensa, cuando se trata de utilizar la inteligencia en el proceso penal se

37 OLG Hamburg, decisión del 14 de junio 2005, IV-1/04.

presenta una solicitud de inmunidad por razón de interés público. La exclusión con base en la inmunidad por razón de interés público es una decisión que debe adoptar el tribunal, no el funcionario de inteligencia. Cuando la declaración se haya preparado con el propósito de una investigación penal, o de un procedimiento penal, la declaración sólo es admisible si el tribunal decide que se hace en interés de la justicia. El juez tendrá que examinar la fiabilidad de las pruebas, la credibilidad del testigo y el valor probatorio de las pruebas.

El legislador neerlandés ha aprobado un nuevo proyecto de ley sobre el uso de la inteligencia en los procesos penales, incluso como prueba en juicios penales. Se ha introducido un procedimiento separado *ex parte* para el interrogatorio de los agentes secretos y de los testigos anónimos protegidos. Al igual que los testigos amenazados, los testigos protegidos tampoco tienen que comparecer en la audiencia. La decisión la adopta el juez de instrucción a petición del Ministerio Público, del sospechoso, del juez de enjuiciamiento o de oficio. El juez de instrucción debe ser consciente de la identidad de los testigos. El juez de instrucción organiza el interrogatorio *ex parte*. Los jueces que enjuician sólo reciben la transcripción escrita del testimonio del funcionario de inteligencia, y sólo después de su consentimiento. A partir de ahora los informes de los servicios de inteligencia neerlandeses y extranjeros pueden servir como prueba legal en procesos penales y no sólo como documentos que pueden utilizarse como prueba en relación con el contenido de otras pruebas.

En algunos países, como Bélgica, podemos ver una solución intermedia nueva e interesante. El procedimiento penal belga (véase *supra*) ha incrementado la investigación basada en datos de inteligencia y la cooperación entre los SI y las AIJ. El procedimiento penal belga prevé un doble expediente, un expediente clasificado con el *modus operandi* (el mandato, la identidad, etc.) de los métodos de investigación proactiva y/o especial (como la vigilancia y la infiltración), y un expediente no clasificado con la sustancia y los resultados de los métodos de investigación proactiva y/o especial. Es también interesante el hecho de que existe un control judicial completo de los expedientes clasificados por la Sala de Cuestiones Preliminares belga. La audiencia en la Sala de Cuestiones Preliminares es *ex parte*, pero la sala puede escuchar a la Fiscalía, al juez instructor, a los agentes de policía implicados, a los agentes de inteligencia, y al abogado de la defensa. Se escucha a cada una de las partes por separado. La Sala de Cuestiones Preliminares decide sobre la legalidad de las actuaciones previas al juicio, incluida la recogida de pruebas. Los jueces de enjuiciamiento no tienen acceso a este expediente, ya que el expediente clasificado está protegido de los jueces de enjuiciamiento. Ellos no deciden sobre los elementos de los que están excluidas las partes. El segundo expediente (*procès verbal*) es parte del procedimiento contradictorio en el juicio. Su contenido también se puede utilizar como prueba, pero nunca como prueba exclusiva o determinante. El Tribunal Supremo ha excluido la inteligencia como prueba, pero puede ser información adicional, en este caso las declaraciones anónimas, para analizar los elementos de prueba (información corroborativa).

Cambios en las normas básicas del procedimiento penal: medidas coactivas, pruebas y divulgación

P.15 En su sistema jurídico ¿se han modificado las reglas sobre

- las condiciones para aprobar medidas coactivas (autorizaciones) por parte de la autoridad judicial? En caso afirmativo ¿cómo y en qué medida? ¿Se ha producido una redefinición de los indicios racionales de criminalidad para las autorizaciones?*
- la formación del sumario o el acceso a la prueba, para mantenerla ex parte, de manera que no esté disponible para la defensa?*

- *la prueba, con el fin de incluir al acusado como una fuente de prueba?*
- *las condiciones para la detención y la prisión preventiva? ¿Prevé su sistema legislativo posibilidades de detención y de prisión preventiva secretas, deportación, y entrega extraordinaria sin habeas corpus?*

La mayoría de los países informantes parece adherirse a los principios de necesidad de que exista una orden judicial previa y el requisito de sospecha razonable. La mayoría de los países también prevé deberes de notificación *a posteriori* o *a priori*. Sin embargo, muchos informes han puesto de manifiesto problemas en lo relativo a la necesidad y el alcance de las órdenes judiciales. Este es, sin duda, pero no sólo, el caso de muchas técnicas de vigilancia digital. Muchas medidas de vigilancia electrónica son consideradas en algunos países como equivalentes a un registro; en otros, sin embargo, se pueden utilizar sin una orden judicial para confirmar los indicios o para espiar (colocación de los dispositivos técnicos de escucha). El aumento en el uso proactivo y la superposición entre los SI y las AIJ socava aún más la exigencia de la orden judicial. En el Reino Unido, la *Regulation of Investigatory Powers Act 2000* prevé la interceptación de las comunicaciones y la producción de datos de facturación con base en una orden emanada del Secretario de Estado. En algunos países informantes los tribunales superiores exigen órdenes judiciales obligatorias para autorizar técnicas especiales de investigación, como el Consejo Constitucional francés, insistiendo en el hecho de que las restricciones a las libertades públicas deben ser necesarias para la búsqueda de la verdad, y deben ser proporcionadas y no discriminatorias. En Bélgica, en el año 1994, la *Cour d'Arbitrage* (hoy llamado Tribunal Constitucional) consideró inconstitucionales varias partes de la reforma sobre las técnicas especiales y proactivas de investigación. En 2005 se aprobó una nueva reforma de la Ley sobre la aplicación proactiva, pero en 2007 el Tribunal Constitucional declaró inconstitucionales algunas partes de la misma, porque afectan a elementos muy esenciales del Estado de derecho. La presunción básica del Tribunal es que los métodos de investigación que constituyan una injerencia en materia de derechos humanos requieren un control jurisdiccional efectivo. La ausencia de ese control sobre los métodos de investigación, mediante los que la Fiscalía y las autoridades judiciales recaban pruebas incriminatorias, afecta a la noción de juicio justo y justicia imparcial. El resultado es que la vigilancia y escucha en domicilios privados no puede realizarse sin una orden judicial obligatoria, ya que estas competencias se pueden comparar a la intervención y grabación de las comunicaciones privadas. El Tribunal no aceptó que se pudieran eludir las garantías judiciales a través de una investigación preliminar o proactiva, al menos cuando la injerencia en materia de derechos humanos afecta a la esfera privada. El acceso a las cuentas bancarias y el embargo preventivo no se puede comparar con el registro de un domicilio privado, que es la razón por la que se puede realizar por la Fiscalía sin una orden judicial. En caso de revisión judicial *a priori* o *a posteriori* a través de un procedimiento para obtener la orden, existe en algunos países informantes, al igual que en los EE.UU. de América, una gran discusión sobre los criterios de la revisión por los tribunales. En algunos países, como en Gran Bretaña, no se han cambiado recientemente los procedimientos mediante los cuales se solicita la aprobación judicial de las medidas coactivas, aunque las condiciones para la detención de los sospechosos de delitos relacionados con el terrorismo (Nota: esta definición es muy amplia y abarca no sólo a los ‘terroristas’; la inclusión de delitos relativos a la divulgación de información también extiende la red mucho más) se han modificado drásticamente debido a que se han introducido otras medidas ajenas al sistema de justicia penal con procedimientos especiales adjuntos – véanse, por ejemplo, órdenes de control y recuperación de activos.

En muchos países informantes las normas de divulgación no han cambiado. En algunos países informantes, como en Gran Bretaña, son eludidas por procedimientos alternativos relativos a la prohibición de las organizaciones (y por lo tanto el delito de pertenencia a esas organizaciones), y las Apelaciones Especiales de Inmigración implican información clasificada que no puede ser divulgada, aunque el uso de Abogados Especiales en nombre de los ‘acusados’, a quienes se les concede pleno acceso, es un intento de encontrar un equilibrio. En los procedimientos penales, la divulgación completa al comienzo de la prueba debería ser la norma, y desde luego es la norma en muchos países informantes. Sin embargo, también vemos en algunos países informantes la divulgación limitada en caso de delitos de terrorismo, por la que cierta información y prueba se oculta a los abogados de la defensa mediante procedimientos *ex parte* (como en los Países Bajos con los testigos anónimos). Son posibles limitaciones a la divulgación total por diversos motivos (sobre todo para proteger la vida de los testigos, a veces en interés de una investigación en curso o de la seguridad nacional). Se plantean muchas cuestiones: ¿quién decide sobre la composición del expediente?, ¿qué tipo de supervisión existe?, ¿qué posibilidades existen para la defensa de añadir información y examinar las pruebas, qué limitaciones y por qué motivos, y hasta cuándo?

Algunos países informantes subrayan la dificultad de que el abogado de la defensa tenga acceso al expediente.

Turquía informa de problemas reales para el acceso al expediente, sin duda cuando el expediente se encuentra en el ámbito de la policía. En esta etapa, el acceso es imposible sin la autorización de la Fiscalía. En los Países Bajos ocurre lo mismo cuando el período especial de prisión preventiva de 2 años se aplica a delitos graves.

En cuanto a las normas de prueba, no hay duda de que las reformas sobre el proceso contradictorio han fortalecido las normas sobre las pruebas. Sin embargo, muchos países informantes ilustran que no sólo el procedimiento penal semi-inquisitivo, sino también el procedimiento contradictorio tiene muchas excepciones a las reglas sobre las pruebas orales y la intermediación, y a la prohibición de pruebas de segunda mano o de pruebas *auditu* (de oídas). En Gran Bretaña las normas sobre las pruebas de segunda mano que se aplican para excluir las declaraciones infundadas en el proceso penal se suavizan con la *Criminal Justice Act 2003*, siempre que se cumplan ciertas normas y las declaraciones sean admisibles, especialmente si son realizadas por alguien que está fuera del Reino Unido. Los tribunales deben decidir si admiten declaraciones extrajudiciales y pruebas documentales para las que deben decidir concretamente si la declaración de admisibilidad se hace en interés de la justicia. Las normas de prueba, sin embargo, han sido rigurosas. La inteligencia procedente, en particular, de los servicios secretos extranjeros es objeto de intenso escrutinio. Algunos países informantes excluyen ciertas pruebas obtenidas en ámbitos proactivos. Croacia, gracias a su jurisprudencia, hasta 2005 excluía como prueba las conversaciones entre los acusados y los agentes encubiertos. Desde 2005, el legislador permite el uso de estas conversaciones como prueba para los delitos de delincuencia organizada y corrupción. Italia excluye como prueba en un tribunal penal toda información que sea resultado de medidas proactivas o preventivas. El Tribunal Supremo belga ha excluido la inteligencia como prueba, pero puede servir como información de corroboración, en este caso las declaraciones anónimas, para analizar las pruebas.

Requerimientos de presentación de información

P.16. ¿Se han introducido en su país ordenes específicas (judiciales o no) para el almacenamiento de información a disposición de los proveedores de servicios (proveedores de Internet, agencias de viajes, compañías aéreas, compañías de tarjetas de crédito)?

En muchos países informantes, aunque no en todos, las facultades para solicitar información a las empresas públicas y privadas durante una investigación exploratoria se han ampliado cuando se refieren a la preparación de una investigación penal sobre delitos de terrorismo. Es evidente que la información en tiempo real (comunicación) o la información sobre las transacciones (tarjetas de crédito) o la información sensible (la raza, la religión), combinadas con las obligaciones de retención de datos y la obligación de descifrado, forman cada vez más parte de las investigaciones judiciales. Las cartas de seguridad nacional en los EE.UU. de América son el ejemplo más claro en ese sentido. Toda esta información recopilada puede ser procesada y comparada para la preparación de las investigaciones penales sobre terrorismo. Sin embargo, es difícil decir si existe un deber intensificado de cooperar por parte de las personas investigadas. En general, no se ha reducido el estándar, en particular la obligación de los sospechosos, para generar documentos e información incriminatoria. Sin embargo, terceras personas y organizaciones se han convertido en gran medida en el objetivo de los deberes de cooperación. Los países informantes no han informado acerca de la solicitud de órdenes transnacionales, como, por ejemplo, en el caso *Swift*.

Control judicial de las pruebas antes del juicio

P.17 En su país la prueba previa al juicio obtenida por la policía y las autoridades judiciales, ¿está sometida al control judicial (admisibilidad de la prueba previa al juicio)? ¿Existen medidas especiales respecto de los delitos graves?

La mayoría de los países informantes tienen mecanismos procesales o tribunales especiales previos al juicio mediante los que se garantiza un control por las partes de las pruebas (revelación) o una revisión judicial de la regularidad y legalidad de las pruebas obtenidas. Estos mecanismos de filtrado no han cambiado realmente como tales para los delitos graves como el terrorismo. Sin embargo, la declaración de una prueba como ilegal no significa que quede automáticamente excluida, pues siempre existe un equilibrio entre los intereses en juego. En el caso de delitos graves, el interés de la seguridad o el interés público tienen su propia importancia. En la mayoría de los países informantes la prueba ilegal sólo se excluye si se trata de una grave intromisión en los derechos del acusado.³⁸

Pruebas obtenidas en el extranjero

P.18 ¿Su país permite el uso de la prueba obtenida en el extranjero (uso extraterritorial de la prueba)? En caso afirmativo ¿en qué condiciones?

38 Ver TEDH 10 de marzo 2009, *Bykov c. Russia*.

Los países informantes no han presentado ninguna información relativa a legislación específica sobre este tema. La mayoría de los países informantes hacen uso de la regla *lex loci*, por la que la legalidad de la recogida de pruebas está regulada por la ley del país donde se han obtenido las mismas. Por supuesto, pueden surgir problemas con respecto a la admisibilidad de pruebas extranjeras (los siguientes son fuentes de conflicto: la regla de la no indagación sobre cuestiones relacionadas con el juicio justo e imparcial en el Estado en el que se obtienen las pruebas (*the rule of non-inquiry*), la regla del lugar y el principio de inmediatez). Una complicación adicional radica en el empleo de la inteligencia extranjera.³⁹ En ocasiones es difícil encontrar un recurso jurídico en los casos de cooperación transnacional, especialmente para los extranjeros, como ocurre en los EE.UU. de América. Todos los informes guardan silencio acerca de las posibilidades que pueda tener la defensa para recoger inteligencia extranjera *in bonam partem*.

Las medidas coactivas y el juicio justo

P.19 ¿Se han introducido medidas coactivas de una manera tal que puedan imposibilitar definitivamente las normas sobre el juicio justo?

Los países informantes, con excepción de los EE.UU. de América, ofrecen una clara respuesta negativa. Sin embargo, en la jurisprudencia podemos ver algunas situaciones conflictivas muy interesantes sobre este punto. El aumento de las técnicas de investigación especiales y proactivas ha llevado al secreto sobre la identidad de los investigadores, al secreto sobre su *modus operandi* y, en algunos países informantes, incluso al secreto de la información obtenida y a pruebas secretas en la fase previa al juicio y durante el juicio. Es evidente que estos procedimientos a puerta cerrada y/o *ex parte* y otras medidas de protección están limitando los derechos de la defensa y ponen en peligro el concepto de juicio justo. Varios países informantes han estado trabajando en acuerdos procesales especiales para combinar los conceptos de juicio justo y la protección de intereses específicos (protección de testigos, seguridad pública o protección del interés público, etc.). Algunos lo han hecho después de las sentencias de los tribunales supremos o de los tribunales supranacionales sobre derechos humanos, también a la luz de los casos del TEDH *Doorson, van Mechelen, Kostowski* en relación con testigos anónimos. Algunos países informantes han introducido acuerdos en la fase del juicio mediante la protección de la identidad de un testigo o agente, dando al tribunal y a los abogados de la defensa la posibilidad de interrogar detrás de una mampara, pero sin revelar la identidad del testigo en cuestión. No obstante, muchos países informantes están utilizando al juez de instrucción o al juez de cuestiones preliminares como un filtro y para proteger la información. Las soluciones difieren mucho y algunos de ellos están sin duda en el borde de la conformidad con las normas de derechos humanos, y la cuestión sigue siendo si estas soluciones, que limitan sustancialmente los derechos de la defensa, pueden ser suficientemente compensadas en la etapa del juicio a fin de realizar un juicio justo, basado en la igualdad de armas, durante el proceso penal en su conjunto. En 1990, el TEDH⁴⁰ condenó a Francia por violar el art. 6 debido a la imposibilidad de interrogar a agentes infiltrados, ya sea en el procedimiento previo al juicio o en el procedimiento principal. Por eso, se modificó la legislación francesa de manera que ahora es posible interrogar a los agentes infiltrados, pero sin revelar su identidad. De acuerdo con la legislación belga el juez de

³⁹ Los Estados Unidos de América tienen experiencia con esto [lo que ha dado lugar a la violación del proceso debido - *Salah*].

⁴⁰ TEDH 19 de diciembre de 1990, *Delta c. Francia*, A191-A, Rn. 37.

enjuiciamiento puede solicitar al juez de instrucción que investigue e interroge al testigo anónimo y haga un informe. El Presidente del tribunal puede estar presente en el interrogatorio.

En Alemania se han admitido excepciones a la regla de oro de la fase oral del procedimiento para proteger a los agentes encubiertos, informantes y colaboradores y también si el interrogatorio puede poner en peligro los altos intereses del Estado. El Código de Procedimiento Penal prevé medidas especiales de interrogatorio por un juez, a puerta cerrada, pero no a cargo de las partes. Sin embargo, este procedimiento no es muy utilizado. En la práctica, la policía o el Ministro del Interior presentan una declaración (*Sperrerklärung*), por la que, para la protección de los testigos, el interrogatorio se celebra a puerta cerrada y los resultados se utilizan como pruebas *auditu* en los tribunales.

El procedimiento penal belga prevé un doble expediente, un expediente clasificado con el *modus operandi* (el mandato, la identidad, etc.) de los métodos de investigación proactiva y/o especial (como la vigilancia y la infiltración), y un expediente no clasificado con la sustancia y los resultados de los métodos de investigación proactiva y/o especial. Es también interesante el hecho de que existe un control judicial completo de los expedientes clasificados por la Sala de Cuestiones Preliminares belga. Los jueces de enjuiciamiento no tienen acceso a este expediente, ya que el expediente clasificado está protegido de los jueces de enjuiciamiento. Ellos no deciden sobre los elementos de los que están excluidas las partes. El segundo expediente (*procès verbal*) es parte del procedimiento contradictorio en el juicio. Su contenido también se puede utilizar como prueba, pero nunca como prueba exclusiva o determinante.

También en Francia existe un doble expediente, como en Bélgica. Sin embargo, el CPP concede al abogado de la defensa el derecho a interrogar a los testigos anónimos a distancia, utilizando un mecanismo que cambia la voz del testigo (un testigo sin rostro y una voz distorsionada). El testigo también puede ser interrogado por el juez de instrucción o por un juez de enjuiciamiento, utilizando el mismo mecanismo.

En los Países Bajos, el abogado defensor sólo tiene una posibilidad indirecta de interrogar al testigo anónimo a través del juez de instrucción, y los jueces de enjuiciamiento sólo reciben la transcripción escrita del testimonio del funcionario de inteligencia, o pueden llamar al juez instructor como ‘testigo’.

En Italia, en general, son imposibles los testigos anónimos debido al carácter contradictorio del juicio y a la naturaleza oral del procedimiento, así como a la necesidad de interrogatorio cruzado en el juicio. El CPP establece la prohibición de las declaraciones *de auditu*. Se prevén excepciones para proteger a los testigos, por razón de la existencia de un grave peligro para ellos. Sin embargo, son parte del interrogatorio contradictorio, pero sin tener que revelar su identidad.

La protección de los testigos

P.20 ¿Se han introducido en su país medidas especiales para la protección del secreto de testigos, víctimas, jueces, etc.?

Los países informantes muestran una tendencia real hacia la protección del funcionamiento del sistema de justicia penal como tal. La protección de los testigos y las víctimas desempeña una función importante para la seguridad del sistema. Esta es también la razón por la que parece haber varios motivos para las medidas de protección: la protección de la seguridad de los testigos, la protección de los medios de investigación (penal), la protección de la seguridad nacional. La última mencionada se ha introducido recientemente en los Países Bajos. Varios países informantes han introducido, en la última década, medidas especiales para proteger a los testigos,

incluida la situación de los testigos anónimos. Un buen ejemplo es la legislación belga de 2002, en virtud de la cual se aceptan testigos anónimos, parcial o totalmente, por el juez de instrucción en el caso de delitos graves y de existencia de una grave amenaza para los testigos. Estos testigos pueden ser también los funcionarios de policía que se han infiltrado en organizaciones criminales. En los Países Bajos se incluyen a los agentes de inteligencia. Gracias a la jurisprudencia del TEDH, su prueba en los países europeos no puede ser nunca utilizada como prueba única. En algunos países, como Italia, las pruebas así obtenidas sólo pueden ser utilizadas como pruebas de corroboración.

Los países informantes no han informado de una protección especial para los jueces, con excepción de Colombia en el marco del antiguo CPP.

Quisiera incluir aquí la cuestión del testigo arrepentido o colaborador con la justicia. Varios países informantes, como los Países Bajos y Francia, han introducido formas de cooperación premial con los sospechosos (*pentiti*, *repentis*, *kroongetuige*, *Kronzeuge*, *Supergrass*) como testigos arrepentidos o colaboradores con la justicia. Otros países, como Italia, tenían una extensa práctica en esta materia, pero en la última década se han introducido algunas condiciones más estrictas (para un menor número de delitos y ya no con una total suspensión de la pena). En algunos países, como los Países Bajos, los *pentiti* sólo pueden obtener una atenuación de la pena. En Italia, sin embargo, pueden llegar a un acuerdo en relación con la persecución, el enjuiciamiento y/o la ejecución de la pena. Alemania utiliza *pentiti* desde 1982, pero la normativa expiró en 1999 y no fue renovada debido a su irrelevancia en la práctica. ¿Quién es la autoridad competente para autorizar estas formas especiales de cooperación con la justicia? Los países informantes reflejan diferentes opciones. En Francia, esto debe hacerlo un juez, mientras que en Bélgica y los Países Bajos un juez de instrucción, en Alemania e Italia es suficiente una decisión de la Fiscalía.

Parte V Fase de juicio (procedimientos penales, procedimientos especiales)

P.21 Cuando se trata de delitos graves, ¿prevé su sistema legislativo reglas especiales relativas a

- *la competencia jurisdiccional? En caso afirmativo, ¿cuál es la competencia jurisdiccional rationae materiae? Ver P.14*
- *la organización del juicio, incluida la creación de tribunales especiales? Ver P.14*
- *la protección del secreto de los testigos, víctimas, jueces, etc.? Ver P.20*
- *la evidencia y la prueba en el juicio? ¿Se puede utilizar la prueba blindada o secreta en procedimientos ex parte? ¿Existe una excepción relativa al interés público para acceder a la prueba y al interrogatorio cruzado? ¿Se puede suprimir la prueba favorable al sospechoso en circunstancias especiales? Ver P.19*
- *la valoración de la prueba?*

Sólo una observación sobre el interrogatorio clásico y la valoración de las pruebas en el juicio. Ningún país informante ha mencionado cambios sustanciales a este respecto, con la excepción de los EE.UU. de América. El caso *Moussaoui* muestra claramente lo difícil que puede ser para los jueces combinar el juicio justo con la información clasificada, el carácter público de las actuaciones y la exclusión del interrogatorio cruzado. En un caso, un juez del Tribunal de Distrito optó por revelar parte de la acusación relacionada con el 11S, ya que, en su opinión, no puede haber un juicio justo en estas circunstancias, pero esto fue revocado en apelación.

En los países informantes no encontramos ninguna indicación sobre cambios fundamentales en la valoración de las pruebas por los tribunales. Por supuesto que en algunas decisiones de los tribunales internacionales sobre derechos humanos deben excluirse ciertas pruebas o no pueden utilizarse como prueba única (véase más arriba).

- P.22 Cuando se trata de delitos graves, ¿prevé su sistema legislativo de forma completa*
- *el derecho de la persona sospechosa/acusada/detenida a un tribunal independiente e imparcial?*
 - *la presunción de inocencia en el juicio o se prevén reglas especiales (presunción de culpabilidad o de responsabilidad, inversión de la carga de la prueba)? Ver P.4*
 - *el derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas y el derecho a que se determine la legalidad de la detención lo antes posible (habeas corpus)? Ver P.11*
 - *la máxima in dubio pro reo?*
 - *los derechos procesales de las partes (igualdad de armas, juicio justo)?*
 - *el derecho a un juicio público con una audiencia;*
 - *el derecho a un procedimiento oral, en audiencia equitativa y contradictoria;*
 - *el derecho a estar presente en el juicio;*
 - *el derecho de la defensa a tener acceso a todos los informes del caso;*
 - *el derecho a ser informado sin retraso del delito imputado;*
 - *el derecho al total acceso al estado del caso y a un tiempo adecuado para preparar la defensa;*
 - *el derecho a la publicidad interna (entre las partes implicadas) y externa de los procedimientos;*
 - *el derecho a examinar los testigos contrarios al acusado y a obtener la presencia y el examen de testigos en su favor en las mismas condiciones que los testigos en su contra; medidas especiales para las nuevas tecnologías (videoconferencia, etc.); medidas especiales relativas a los testigos blindados o protegidos (agentes encubiertos, agentes de los servicios de inteligencia)?*
 - *el derecho a un intérprete;*
 - *el derecho a no ser testigo en procedimientos contra uno mismo;*
 - *el derecho a un abogado (¿obligatorio o no?), ¿cambios en este privilegio legal? ¿Libre elección o protección o designación de oficio por el Estado?*
 - *el derecho a guardar silencio (existe alguna limitación a la obligación de informar al acusado de este derecho; existen límites al derecho a guardar silencio)? Ver P.4*
 - *¿Se permite obtener conclusiones perjudiciales del hecho de que el acusado se niegue a declarar? Ver P.4*

Muchos aspectos ya se mencionaron *supra*. Lo más llamativo es que en algunos países informantes se invierte la carga de la prueba en algunos procedimientos, como los relativos a la imposición del comiso, pero también, como en Hungría, aquellos referidos a la participación en organizaciones delictivas. La presunción legal de culpabilidad está claramente en aumento, pero se ve compensada por la inversión de la carga de la prueba que permite al acusado acreditar su inocencia.

Muchos países informantes indican excepciones a la noción de una audiencia pública.⁴¹ Se están incrementando los procesos a puerta cerrada para proteger a los testigos, a la seguridad nacional, al interés público, etc. En algunos países informantes podemos ver el aumento de los procedimientos *ex parte*, o procesos a puerta cerrada con sólo abogados de la defensa previamente seleccionados, filtrados por las fuerzas de inteligencia.

Parte VI Fase posterior al juicio (procedimientos penales especiales)

P.23 En relación con los delitos de terrorismo y los delitos graves ¿modifica su sistema legislativo

- *el derecho a que la sentencia pueda ser objeto de recurso ante un tribunal superior (recurso de súplica, de casación, constitucional)?*
- *la prohibición del doble proceso (ne bis in idem), cuando se produzca una absolución o se declare la culpabilidad y se imponga una pena?*

Por regla general, los países informantes no hacen referencia a la existencia de procedimientos especiales de revisión mediante normas especiales sobre el doble proceso para los delitos graves. Sin embargo, sí vemos una excepción en los EE.UU. de América, donde el derecho de apelación está limitado en el caso de decisiones de la comisión militar especial, tanto en el alcance (sólo valorando la coherencia de las normas y procedimientos, no la determinación de los méritos) como en la aplicación (sólo para los casos de pena capital, o cuando un extranjero es condenado a más de 10 años de prisión).

Lista de abreviaturas

AIJ	Autoridades de investigación judicial
CP	Código Penal o leyes penales
CPP	Código Procesal Penal o Leyes de Enjuiciamiento Criminal
CIPA	US Classified Information Procedures Act
CPIA	UK/English Criminal Prosecution and Investigation Act
CT INFO Box	Dutch Counterterrorism Data Bank
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
UE	Unión Europea
F	Fiscalía
FEC	Dutch financial Expertise Centre
FISA	US Foreign Intelligence Surveillance Act
CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
MCA	Military Commissions Act (US)
NCT	Dutch Counter-terrorism Coordination Centre
OCAM	Belgian Coordination Centre for Threat Analysis
PACE	UK Police and Criminal Evidence Act
SI	Servicios de Inteligencia

41 En relación con las video-conferencias, ver TEDH 5 de octubre 2006, *Marcello Viola c. Italia*.

SOCA
UN CTC

UK Serious Organised Crime Agency
Comité de las Naciones Unidas contra el Terrorismo