

Section III – Procédure pénale

MESURES DE PROCEDURE SPECIALES ET RESPECT DES DROITS DE L'HOMME

RAPPORT GÉNÉRAL

John VERVAELE*

Table des matières

Partie I. Le cadre de la réforme du droit : les mesures spéciales et le respect des droits de l'homme

Partie II. Transformations dans la nature des principes généraux de droit pénal national

Partie III. Elaboration de la phase d'exécution proactive

Partie IV. Transformations des dispositions avant jugement

Partie V. Transformations des dispositions dans la phase de jugement

Partie VI. Transformations des dispositions après jugement

Liste des abréviations

CC : Code de droit pénal ou législation pénale

CPP : Code de procédure pénale

CIPA : US Classified Information Procedures Act

CPIA: Criminal Procedure and Investigations Act

CT INFO BOX : Banque de données néerlandaise sur le contre-terrorisme

CEDH : Convention Européenne des Droits de l'homme

* Professeur en Droit pénal européen et Droit pénal des affaires, Faculté de Droit d'Utrecht (Pays Bas) et Collège de l'Europe, Bruges (Belgique). Traduction de l'Anglais : Arnaud Dandoy, Doctorant, Université du Kent, Canterbury (Royaume Uni).

CourEDH : Cour Européenne des Droits de l'homme

UE : Union Européenne

FEC : Dutch Financial Expertise Centre

FISA : US Foreign Intelligence Surveillance Act

DH : Droits de l'homme

IACHR: Inter-American Convention on Human Rights

IC : Communauté du renseignement (agences du renseignement et unité de police du renseignement)

PIRDCP : Pacte international relatif aux droits civils et politiques

CEL: Communauté d'exécution de la loi (police judiciaire, procureur public, juridictions) MCA : Military Commission Act (US)

NCT: Dutch Counter-terrorism Coordination Centre

OCAM : Organe de coordination pour l'analyse de la menace

PACE: UK Police and Criminal Evidence Act

SOCA: UK Serious Organised Crime Agency

ONU CCT: Comité contre le terrorisme des Nations-Unies

Objectif du rapport général

Ce document est le rapport général concernant la troisième section du XVIII^{ème} Congrès international de droit pénal qui se déroulera à Istanbul du 20 au 27 Septembre 2009 sous les auspices de l'Association Internationale de Droit Pénal (AIDP). L'objectif de ce congrès est d'étudier les principales transformations du système de justice pénale en réponse à la globalisation.

Ces transformations ont déjà été étudiées dans les domaines du droit pénal général (section 1)¹, du droit pénal spécial (Section 2)², et du droit pénal international (Section 3)³. En tant que rapporteur général en charge de la troisième section de ce congrès, j'ai le privilège de pouvoir me fier non seulement sur d'excellents rapports nationaux, mais également sur les conclusions de mes co-rapporteurs généraux ainsi que sur leur projet de résolution concernant leur section respective.⁴ Dans le cas présent, l'AIDP a décidé de ne pas préparer de

¹ Lorenzo Picotti, L'élargissement des formes de préparation et de participation

² Nikos Passas, Financement du terrorisme

³ Isidoro Blanco, Principe de compétence universelle

⁴ Ces projets de résolutions ont été adoptés lors du colloque préparatoire de la Première (La Corogne, Espagne), Deuxième (Cleveland, Etats-Unis) et la Quatrième Sections (Xian, Chine) et seront soumis lors du XVII^{ème} Congrès international de droit pénal qui aura lieu à Istanbul du 20 au 27 Septembre 2009 sous les auspices de l'AIDP.

rapport régional ou provenant de forums régionaux supranationaux, mais de préparer deux rapports spécifiques détaillés.

Le rapport général pour la troisième section du congrès est basé sur les rapports nationaux de 17 pays⁵ : l'Argentine, l'Autriche, la Belgique, le Brésil, la Colombie, la Croatie, la Finlande, l'Allemagne, la Hongrie, l'Italie, les Pays-Bas, la Pologne, la Roumanie, l'Espagne, la Turquie, le Royaume-Uni (Angleterre et Pays de Galles), les Etats-Unis⁶ et sur deux rapports spécifiques détaillés concernant, d'une part, *l'investigation judiciaire et le rassemblement de preuves dans un contexte numérique et on-line*⁷ et, d'autre part, *sur la présomption d'innocence*.⁸ Bien sûr, nous avons également utilisé les recherches académiques préexistantes sur le sujet sur la base desquelles nous avons pu inclure des informations précieuses ne figurant pas dans les rapports nationaux, telles que, par exemple, l'étude du Prof. Pfützner sur le crime organisé dans la procédure pénale française.⁹ Nous avons également eu recours à des ouvrages spécialisés sur la procédure pénale comparée¹⁰ qui incluent, dans leur dernière édition, des chapitres spécifiques sur les *formes spéciales de procédures*. Enfin, nous avons pris en compte de nombreuses recommandations, principes, déclarations,

⁵ Malheureusement, les pays rapportés ne couvrent pas tous les continents et ne reflètent pas toutes les cultures juridiques et politiques

⁶ Les auteurs sont : Javier de Luca (Argentine), Michael Leitner (Autriche), Paul de Hert & Ann Jacobs (Belgique), Fábio Ramazzini Bechara & Christian Wolffhügel Gutiérrez (Colombie), Zlata Durdevic (Croatie), Johanna Niemi (Finlande), Tonio Walter (Allemagne), Erika Roth & Csongor Herke (Hongrie), Renzo Orlandi & Roberto Kostoris (Italie), Peter Bal & Martin Kuijer & Karin Veegens (Pays-Bas), Pawel Wiliński (Pologne), Gheorghită Mateut & Ion Neagy & Mircea Damaschin (Roumanie), Juan-Luis Gómez Colomer (Espagne), Gülşah Kurt Yücekul & Güçlü Akyürek (Turquie), Marianne Wade (Royaume-Uni/Angleterre & Pays de Galles) et Steven W. Becker (US).

⁷ Ce rapport, écrit par Gabriella di Paolo, compare l'approche états-unienne/canadienne avec l'approche italienne, qui ont des systèmes pénaux relativement innovateurs en la matière.

⁸ Ce rapport a été écrit par Elies van Sliedregt.

⁹ P. Pfützner, *Organisierte Kriminalität in französischen Strafverfahren. Zur Einführung eines besonderen Strafverfahrens durch die Loi Perben II*, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Band S 110, Duncker & Humblot, Berlin, 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), Bruylant, Bruxelles, 2007.

¹⁰ Vogler & Huber (eds.), *Criminal Procedure in Europe*, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Band S 112, Duncker & Humblot, Berlin, 2008; M. Delmas-Marty & J.R. Spencer (eds.), *European Criminal Procedures*, Cambridge Studies in International and Comparative Law, Cambridge University Press, 2002; J. Pradel, *Droit Pénal Comparé*, Dalloz, 2002.

rapports d'organisations gouvernementales et non-gouvernementales dans le domaine :

La résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies 50/186 sur la question des droits de l'homme et du terrorisme, adoptée le 22 décembre 1995 ; la résolution de la Commission sur les droits de l'homme et le terrorisme 2003/37, adoptée le 23 avril 2003 ; la stratégie antiterroriste mondiale des Nations-Unies adoptée le 8 septembre 2006 ; les rapports du rapporteur spécial sur la promotion et la protection des droits de l'homme dans le cadre de la lutte contre le terrorisme auprès du Conseil des droits de l'homme (anciennement, la Commission des droits de l'homme).

Le rapport de la commission interaméricaine sur le terrorisme et les droits de l'homme (2002). La recommandation Rec(2001) 11 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe concernant les principes directeurs pour la lutte contre le crime organisé, adoptée le 19 septembre 2001 ; la recommandation Rec(2005)9 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe relatives à la protection des témoins et des collaborateurs de justice, adoptée le 20 avril 2005 ; la recommandation Rec(2005)10 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe aux Etats membres relative aux « techniques spéciales d'enquête » en relation avec des infractions graves y compris des actes de terrorisme, adoptée le 20 avril 2005 ; les lignes directrices du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur les droits de l'homme et la lutte contre le terrorisme, adoptée le 11 juillet 2002 lors de la 804^{ème} réunion des Délégués des Ministres ; l'avis n° 8 (2006) du Conseil consultatif de juges européens (CCJE) à l'attention du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur le rôle des juges dans la protection de l'Etat de droit et des droits de l'homme dans le contexte du terrorisme, adopté le 8-10 novembre 2006.

Les Principes d'Ottawa relatifs à la lutte contre le terrorisme et aux droits de l'homme, 2006 ; la déclaration de la Commission internationale de juristes sur la défense des droits de l'homme et l'état de droit dans la lutte contre le terrorisme, août 2004 ; les principes de Johannesburg sur la sécurité nationale, la liberté d'expression, et l'accès à l'information. Article 19, Novembre 1996 ; les principes de Syracuse relatifs aux dispositions limitatives et dérogations au Pacte international relatif aux droits civils et politiques (1985) ; les standards minimums de Paris relatifs aux normes de droits de l'homme dans les cas où l'état d'urgence est déclaré, 1984 ; le réseau d'experts indépendants en charge d'évaluer le respect des droits fondamentaux par les Etats membres de l'Union européenne ; l'équilibre entre liberté et sécurité dans les réponses de l'UE et de ses Etats membres à la menace terroriste, mars 2003 ; le rapport de la Fédération internationale d'Helsinki (FIH) sur les mesures anti-terroristes, la sécurité et les droits de l'homme, avril 2003 ; Assessing Damage, Urging Action. Rapport du

Eminent Jurists Panel on Terrorism, Counter-Terrorism and Human Rights, Commission Internationale de Juristes (ICJ), février 2009.

Le choix du sujet *Les principaux challenges posés par la globalisation à la justice pénale* est très fort lié aux intérêts de l'AIDP par le passé. C'est pourquoi ce rapport général prend en compte les rapports généraux et les résolutions du XVIème Congrès international de l'AIDP qui s'est tenu à Budapest du 5 au 11 septembre 1999 et portant sur *Les systèmes pénaux à l'épreuve du crime organisé*¹¹, et particulièrement sur le rapport général de Jean Pradel sur la procédure pénale.¹²

Il ne fait aucun doute que des changements substantiels et de grande ampleur sont apparus au cours de la dernière décennie. Non seulement la menace du crime organisé et du terrorisme s'est accrue de façon substantielle, mais il en est de même concernant l'aspect transnational de l'activité criminelle. Les excellents rapports nationaux indiquent clairement les profonds dilemmes auxquels doivent faire face les systèmes de justice pénale, s'agissant de mesurer l'intérêt d'une justice équitable et de la protection des droits de l'homme dans le domaine de la procédure pénale contre l'intérêt de la sécurité globale et nationale et de la sûreté publique.

Au niveau international, la pression pour une approche procédurale commune concernant l'investigation, la poursuite et le jugement du terrorisme a été intense. Tant au niveau des Nations-Unies que du Conseil de l'Europe, un impressionnant panel de Conventions internationales et régionales traitant de la criminalité organisée et du contre-terrorisme a été élaboré. A la suite du 11 septembre, les Nations-Unies ont ouvert la marche avec les résolutions du Conseil de Sécurité et la création d'un Comité contre le terrorisme supervisant la mise en œuvre des résolutions, y compris la substance des conventions.¹³ Des négociations sur une convention exhaustive des Nations-Unies relative au contre-terrorisme sont en cours.

L'objectif de ce rapport général n'est certainement pas de faire une analyse descriptive des différents rapports nationaux, d'en établir une compilation ni de faire état des moindres détails techniques concernant les systèmes juridiques pénaux nationaux, tant au niveau juridique que pratique. Le but de ce rapport général est de déduire des réponses détaillées au questionnaire, et donc partant d'une analyse comparative des rapports nationaux, les principales

¹¹ Voir les Rapports par Thomas Weigend, Christopher Blakesley, Jean Pradel et Christine van den Wyngaert dans la Revue Internationale de Droit Pénal, 1996, 527-628.

¹² Revue Internationale de Droit Pénal, 1996, 599-606 et une version plus élaborée dans la Revue Internationale de Droit pénal, 1998, 643-671.

¹³ Voir <http://www.un.org/sc/ctc/countryreports/report.shtml> pour les rapports nationaux détaillés.

transformations au sein des procédures pénales nationales, s'agissant de définir et de traiter la question des mesures procédurales spéciales et de la protection des droits de l'homme. Pour des informations plus amples et détaillées, nous renvoyons directement le lecteur aux rapports nationaux. Ceux-ci seront publiés sur format CD-Rom en tant qu'addendum au rapport général, aux deux rapports spécifiques et aux résolutions.

La principale question à traiter est de savoir, d'une part, si et comment les systèmes de justice pénale, et plus particulièrement la procédure pénale, ont été affectés par le paradigme¹⁴ du crime organisé et du terrorisme. D'autre part, il s'agit de savoir si, le cas échéant, ils se sont éloignés des garanties procédurales et des standards en matière de protection des droits de l'homme dans le domaine de la procédure pénale. Six thèmes seront traités dans ce rapport général :

Partie I. Le cadre de la réforme du droit : les mesures spéciales et le respect des droits de l'homme

Partie II. Transformations dans la nature des principes généraux de droit pénal national

Partie III. Elaboration de la phase d'exécution proactive

Partie IV. Transformations des dispositions avant jugement

Partie V. Transformations des dispositions dans la phase de jugement

Partie VI. Transformation des dispositions après jugement

Ce rapport général est construit sur base du questionnaire (voir annexe I) qui a été soumis aux rapporteurs nationaux. Cela dit, à la suite de la lecture des rapports nationaux, une série de questions ont trouvé un arrangement plus cohérent dans une autre partie du rapport général. Les changements seront explicitement indiqués. De plus, les principales transformations ayant eu lieu dans le cadre de la phase préliminaire du procès pénal, avec des conséquences importantes pour le déroulement du procès pénal lui-même, le noyau dur de ce rapport général sera traité dans les quatre premières parties.

PARTIE I: LE CADRE DE LA RÉFORME DU DROIT : LES MESURES SPÉCIALES ET LE RESPECT DES DROITS DE L'HOMME

Procédure pénale et standards applicables en matière de droit de l'homme et de droit international

Q 1. Jusqu'où les traités relatifs aux droits de l'homme et les traités relatifs au droit humanitaire (Conventions de Genève) s'appliquent-ils dans votre système juridique interne ? Existe-t-il des limites à l'application de ces dispositions

¹⁴ Le terme paradigme (et non phénomène) est explicitement utilisé ici, en raison du fait que les études criminologiques ne relèvent aucun changement substantif concernant les tendances criminelles actuelles.

internationales dans votre pays ? Les citoyens (suspects, accusés, victimes, témoins) peuvent-ils invoquer des droits à partir de ces traités dans votre ordre juridique interne ?

Les rapports nationaux indiquent clairement que le statut des standards internationaux en matière de droits de l'homme (DH) dans les systèmes légaux nationaux varie largement. Les standards DH liant les Etats ne produisent pas nécessairement de droits ou de recours pour les citoyens. Les standards DH n'ont pas d'effets contraignants dans tous les pays. La convention interaméricaine relative aux droits de l'homme, par exemple, bien qu'ayant été signée par les Etats-Unis, n'a jamais été ratifiée. De même, tous les pays n'acceptent pas nécessairement la juridiction des tribunaux internationaux en matière de droits de l'homme.

Le caractère exécutoire des droits individuels dans les juridictions nationales dépend de nombreux facteurs. Les standards des DH n'ont pas de caractère auto-exécutoire dans tous les pays. Aux Etats-Unis, les traités à caractère auto-exécutoire engagent les états conformément à la Constitution des Etats-Unis, et les recours offerts, en vertu de la loi fédérale, doivent être appliqués par les juridictions. Cependant, ni le Pacte international sur les droits civils et politiques ni les conventions de Genève n'ont de caractère auto-exécutoire aux Etats-Unis. Ainsi, les droits individuels énumérés dans le Pacte international sur les droits civils et politiques ne sont pas exécutoires dans les tribunaux fédéraux américains. Ceux-ci ont constamment maintenu que les Conventions de Genève ne sont pas auto-exécutoires, et par conséquent, elles ne fournissent aucune base pour l'application des droits individuels.

Récemment, la Cour Suprême des Etats-Unis a maintenu dans l'affaire Hamdan que, au minimum, le « Common Article 3 », qui figure dans les quatre conventions de Genève, est applicable et peut être invoqué par le signataire pour contester la légalité de son procès par les commissions militaires. Cependant, le Congrès américain, en passant le Military Commissions Act (MCA) en 2006, a rejeté la décision de la Cour Suprême. Toutefois, dans *Boumediene c. Bush*, la Cour Suprême a déclaré inconstitutionnelle la suspension du bref d'habeas corpus par la section 7 de la MCA, soutenant que les « commissions militaires » ne procurent pas une alternative raisonnable au bref d'habeas corpus. Les détenus de Guantanamo Bay jouissent donc du privilège constitutionnel de l'habeas corpus, qui ne peut ainsi leur être retiré, sauf dans le cas de la clause de suspension de la Constitution américaine. L'habeas corpus a donc été rétabli, mais pas en raison du caractère auto-exécutoire des dispositions légales internationales.

Le statut des standards DH dépendent également des paramètres constitutionnels nationaux (dualisme versus monisme) et du rang de ces standards dans la hiérarchie des normes nationales. Les standards

internationaux en matière de droits de l'homme n'ont pas de statut équivalent aux normes constitutionnelles, primant dans tous les pays ayant rendu un rapport. En Turquie, bien qu'il s'agisse d'un système moniste, les standards DH n'ont pas primauté sur les dispositions constitutionnelles incompatibles. Dès lors, les dispositions de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) ne seront pas appliquées si elles se révèlent être incompatibles avec des dispositions d'ordre constitutionnel, par exemple, résultant de l'absence de procédures d'appel dans les procès militaires. Au Brésil également, le droit international ne fait pas bon ménage avec l'ordre juridique interne. La Cour Suprême brésilienne n'est pas encline à reconnaître un statut constitutionnel aux traités relatifs aux droits de l'homme, y compris la IACHR. Etant donné que la Cour Suprême ne fait pas la différence entre les traités sur le commerce et les traités concernant les droits de l'homme, les standards DH ne sont pas auto-exécutoires et leur application dépend d'une procédure complexe de ratification et de promulgation. L'Italie, traditionnellement, a un régime dualiste ne reconnaissant pas l'effet auto-exécutoire, même s'agissant de la CEDH. Cependant, la Cour constitutionnelle a récemment reconnu que la CEDH forme une partie des standards constitutionnels italiens. De même, en Amérique Latine, les pays comme le Pérou ou la Colombie définissent les standards DH comme les standards les plus élevés dans leur ordre constitutionnel. C'est également le cas de l'Allemagne.

Dans certains pays, comme la Croatie, les standards DH se situent quelque part entre la législation ordinaire et la législation constitutionnelle (notons cependant que dans la plupart des pays européens, les standards de la CEDH sont équivalents aux standards constitutionnels). Dans la plupart des pays, comme la Belgique, la Colombie, l'Espagne, les Pays-Bas, la Roumanie, la Finlande ou la Hongrie, les standards DH sont équivalents aux standards constitutionnels auto-exécutoires et sont exécutoires devant les juridictions. Ce caractère auto-exécutoire dépend cependant de la nature de la norme, qui doit être claire et précise.

Droit pénal, droit de l'homme et situations d'urgence

Q 6. Votre système juridique autorise-t-il la suspension des droits de l'homme en des situations d'urgence (y compris la guerre) ?

- Qui dispose du pouvoir de prendre cette décision et quels mécanismes de contrôle s'appliquent ?

- Quelles garanties peuvent-être suspendues ? Votre système juridique fait-il la distinction entre les droits de l'homme dérogeables et non dérogeables ?

- L'urgence peut-elle servir de fondement pour glisser des règles procédurales de droit commun vers les procédures spéciales (domaine militaire, procédure policière, procédure administrative, commissions militaires) ?

La plupart des pays ayant rendu un rapport ont dans leur constitution des procédures permettant de suspendre dans des circonstances exceptionnelles certaines garanties procédurales ou en matière de droits de l'homme. Cependant, dans la majorité des cas, ces circonstances se limitent à l'état de guerre. Et même dans ce cas d'espèce, certains droits indérogeables ne pourront être suspendus. La liste des droits de l'homme indérogeables varie cependant entre les pays qui ont fait l'objet d'un rapport. La plupart d'entre eux limite cette liste de droits indérogeables aux droits à la vie et l'interdiction de la torture. Toutefois, d'autres Etats, comme la Croatie, y incluent la liberté de pensée, de conscience et le principe de légalité ; la Turquie, quant à elle, étend cette liste aux droits à la liberté de culte et à la présomption d'innocence. Le cas de l'Argentine est particulièrement intéressant. En effet, la constitution argentine se réfère directement à la IACHR, qui établit une liste substantive de droits de l'homme indérogeables *de iure*, notamment celui de l'habeas corpus et le droit à la révision de son procès. Dans des circonstances de guerre, beaucoup d'états ayant remis un rapport augmentent substantiellement la compétence de leurs tribunaux militaires.

Dans d'autres circonstances, le concept de 'danger public' sera utilisé, incluant la déclaration formelle de l'état d'urgence de même que l'utilisation de pouvoirs d'urgence lorsque la sécurité nationale est menacée (avec ou sans déclaration formelle).

Dans une minorité de pays ayant rendu un rapport, c'est-à-dire en Colombie, en Italie, aux Pays-Bas, en Espagne, en Turquie, au Royaume-Uni et aux Etats-Unis, la suspension de certains droits de l'homme est possible non seulement dans les cas de guerre, mais aussi dans d'autres situations d'urgence. Toutefois, dans la plupart de ces pays, une décision parlementaire est nécessaire, parfois même nécessitant la majorité qualifiée spéciale prévue en cas de réforme constitutionnelle. Dans d'autres Etats, comme en Finlande, aux Pays-Bas et en Colombie, ce pouvoir est entre les mains du Président ou du Premier Ministre, quoique sujet au contrôle parlementaire. Au Royaume-Uni et aux Etats-Unis, il s'agit, respectivement, d'une prérogative royale et présidentielle. Là aussi les droits de l'homme pouvant être suspendus varient. Dans tous les pays ayant rendu un rapport, excepté les Etats-Unis, la Colombie et les Pays-Bas, dans les cas d'urgence, il est possible de passer d'une procédure pénale de droit commun à une procédure spéciale. Les Pays-Bas, par exemple, ont des dispositions constitutionnelles selon lesquelles il est possible, non seulement en cas de guerre mais également dans des cas d'urgence, de remplacer les juridictions pénales ordinaires, par conséquent le juge naturel, par des cours martiales. Par contre, en Espagne, la constitution exclut explicitement les juridictions militaires dans les situations d'urgence. En pratique, l'état d'urgence n'a été décrété qu'en Colombie et aux Etats-Unis, par exemple en raison d'une menace terroriste, afin de

remplacer les procédures pénales ordinaires par d'autres procédures, bien que cela ait également été le cas dans d'autres pays n'ayant pas rendu de rapport.

Les traités internationaux relatifs aux droits de l'homme eux-mêmes autorisent la suspension de certains droits de l'homme dans les cas d'urgence indiqués. Ainsi, l'article 15 de la CEDH permet, en cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation, de déroger aux obligations prévues par la Convention. Le British Anti-Terrorism, Crime and Security Act 2001 autorise la détention sans charge pour la personne qui, en raison de l'article 3 de la CEDH, ne peut pas être déportée, dérogeant ainsi à l'article 5 de la CEDH. La loi permettait également de déroger à l'article 9 du Pacte international sur les droits civils et politiques. Le gouvernement britannique jouissait alors d'une large discrétion pour définir en quoi consistait l'état d'urgence, car il s'agissait d'une décision politique. Toutefois, la Chambre des Lords a jugé cette situation disproportionnée et en opposition aux articles 5 et 14 de la CEDH, lus simultanément. Cette décision fut encore rappelée en 2005. Depuis que ce régime a été remplacé par celui des ordonnances de contrôle, les autorités britanniques clament qu'aucune dérogation n'est requise, suscitant une nouvelle controverse.

Réforme législative au niveau national

Q 2. Quelles réformes législatives importantes ont été réalisées dans votre pays au cours des dernières décennies dans l'intérêt de la sécurité nationale/globale et de la sûreté publique ? Y a-t-il de telles prévisions de réforme en cours ? (brève description).

- les réformes ont-elles amendé le cadre juridique du droit commun en vigueur, ou bien ont-elles élaboré une voie alternative de mesures procédurales spéciales (justice militaire, justice policière, justice administrative, commissions militaires, etc) en dehors du système de justice pénale normal ?

- ces réformes législatives sont-elles gouvernées par des dispositions constitutionnelles sur l'urgence (y compris la guerre) ?

- la pratique judiciaire pénale a-t-elle joué un rôle dans la définition et la réalisation des réformes ? Les hautes cours, par exemple, (Cour de cassation ou Cour constitutionnelle) ont-elles censuré des éléments de ces réformes ?

- ces réformes ont-elles suscité des débats politiques ou publics ?

Le système de justice pénale et la procédure pénale reflètent l'équilibre entre la justice effective dans les affaires criminelles (le **glaive** de la Justice), la protection du procès équitable et de la justice loyale en tant que règle de droit (le **bouclier** de la Justicia), et la garantie de la séparation des pouvoirs (la **dimension constitutionnelle**).

Au cours des dernières décennies, des changements de grande ampleur sont survenus, ébranlant substantiellement le système de justice pénale. En particulier, trois paradigmes, celui de la guerre contre la drogue, la guerre contre le crime organisé et la guerre contre le terrorisme, ont largement affecté les trois dimensions susmentionnées (glaive, bouclier, séparation des pouvoirs) ainsi que les objectifs, la nature et les instruments du système judiciaire pénal et sa procédure.

Le troisième paradigme, celui de la guerre contre le terrorisme est, certes, plus ancien que les attaques terroristes du 9/11, de Madrid et de Londres. Toutefois, ces derniers événements ont eu un impact très important, bien que variant entre les pays, sur les réformes de la justice criminelle. Ainsi, l'Espagne, l'Italie ou la Colombie, entre autres, avaient déjà dans leur arsenal pénal une législation et des pratiques anti-terroristes facilitant ainsi la lutte contre le terrorisme intérieur ou le désordre public. Dans la grande majorité des pays ayant ou non remis un rapport, ce paradigme a entraîné une longue liste de réformes de la justice pénale. Ainsi, par exemple, en ce qui concerne les pays ayant rendu un rapport, il existe en ce moment un projet de code de procédure pénale en Croatie qui propose de passer d'une enquête judiciaire (par le juge d'instruction) à une enquête préliminaire (avec des juges des libertés avant-jugement). La Belgique et les Pays-Bas ont également connu des réformes significatives, s'agissant du droit pénal substantif (avec une vertigineuse augmentation du nombre d'infractions), du droit pénal procédural (avec l'introduction de techniques spéciales d'investigation et d'enquêtes proactives), de la législation sur la sécurité et sur les techniques de renseignement (incluant les techniques spéciales de surveillance), et la mise en place d'un centre spécial pour l'échange de données ayant trait au terrorisme et la sécurité. Les fonctionnaires des agences administratives font de plus en plus fonction d'agents de police judiciaire, et on constate une augmentation du nombre d'enquêtes administratives ainsi que de sanctions pour perturbation de l'ordre public.

Dans certains pays, ces réformes vont de pair avec une constitutionnalisation croissante de ce domaine. Ainsi, tant en Belgique qu'en Allemagne, la Cour Constitutionnelle joue un rôle décisif dans la protection de la règle de droit lorsqu'il s'agit de lutter contre le terrorisme. Il existe cependant des différences significatives entre les pays. Ainsi, des pays comme la Belgique ou les Pays-Bas connaissent une longue tradition de respect de la règle de droit, alors que des pays comme l'Espagne (certainement liée à l'expérience traumatique de Franco) quoique très attachés à leur tradition de droit constitutionnel, sont néanmoins confrontés à des problèmes de terrorisme à l'intérieur de leurs frontières. Ainsi, l'Espagne a une magistrature spéciale pour enquêter et poursuivre les infractions terroristes. La législation anti-terroriste sous l'ère Franco a de fait été remplacée par une législation spéciale sur le terrorisme avec une procédure spéciale pour

l'enquête, la poursuite et le jugement. D'un autre côté, pour les infractions non-terroristes, l'Espagne dispose d'un système de justice pénale doté de solides garanties procédurales et d'une protection sans faille des règles constitutionnelles et des droits de l'homme. En Turquie, beaucoup de réformes sont conduites sous la tutelle de l'Union Européenne (effectuées dans le cadre des conditions de « pré-accession » à l'Union Européenne), telles que l'abolition de la peine de mort et les Tribunaux de sécurité de l'Etat. D'autres réformes dans le domaine procédural pénal incluent, d'une part, l'exigence de compatibilité avec la CEDH et l'introduction de garanties procédurales, mais aussi, d'autre part, l'introduction de techniques spéciales d'enquêtes.

Certaines caractéristiques et conclusions communes peuvent être déduites des rapports nationaux :

Premièrement, tous les pays ayant rendu un rapport ont procédé à des changements substantiels dans leur système de procédure pénale et ont également introduit des procédures spéciales pour les crimes graves, particulièrement le crime organisé et le terrorisme. Tous les pays, sans exception, ont procédé à des réformes de ce genre. Cela dit, tous essaient également de maintenir l'équilibre entre la justice effective dans les affaires criminelles et la sécurité nationale, d'une part, et la protection du procès équitable et de la justice loyale en tant que règle de droit, d'autre part. Aujourd'hui, presque tous les pays ayant rendu un rapport ont introduit des techniques spéciales d'enquête dans leur système de procédure pénale, telle que la mise sur écoute, l'infiltration ou encore l'observation. Certains pays ont également introduit des mesures spéciales pour les collaborateurs de justice (*pentiti*, *repentis*, *kroongetuigen*, *Kronzeuge*, *supergrass*) ou des statuts spéciaux relatifs aux témoins anonymes pour les agents infiltrés ou les informateurs. D'autres pays ont introduit des nouvelles procédures d'enquête judiciaire proactive ou préventive. Ainsi, au vu de l'intensité des réformes, le cadre légal de la procédure pénale reflète plus l'image d'un site en construction ou un *patchwork* qu'à une codification consistante.

Deuxièmement, tous les pays ayant rendu un rapport ont réformé leur procédure pénale dans le respect des règles constitutionnelles et des droits de l'homme. Aucune réforme extra-constitutionnelle ou extra-legem d'urgence n'existe ou n'a été constatée.

Troisièmement, presque tous les pays ayant rendu un rapport ont réformé leur procédure pénale sans utiliser les clauses d'urgence (état d'urgence) prévues dans leur constitution ou dans les traités internationaux relatifs aux droits de l'homme. Les seules exceptions sont la Colombie, qui a utilisé fréquemment l'état d'urgence prévu dans sa constitution, et les Etats-Unis, depuis les événements du 9/11.

Quatrièmement, la majorité des pays ayant rendu un rapport ont inséré dans leur procédure pénale ordinaire des mesures procédurales spéciales concernant le crime organisé et le terrorisme. Ces mesures spéciales sont intégrées¹⁵, bien qu'elles suivent des trajectoires distinctes de procédure pénale pour les infractions graves, incluant les paradigmes du trafic de drogue, du crime organisé et du terrorisme. On constate dans tous ces pays un net élargissement de la compétence *ratione materiae* des mesures spéciales. Le champ d'application des mesures spéciales, bien qu'originellement réservées à une gamme étroite d'infractions liées à la criminalité organisée et/ou au terrorisme, a été élargi pour y inclure désormais la plupart des infractions qualifiées d'infractions graves. Ainsi, par exemple, l'Italie, dans les années 1970, a introduit une loi pénale spéciale pour lutter contre la Mafia. Cette législation a été ensuite élargie dans les années 1990 au crime organisé, et après le 9/11, elle fut encore amendée pour inclure cette fois le terrorisme international. Bien que l'Italie ait introduit une procédure pénale de type accusatoire en 1989, la loi spéciale contre la Mafia est restée en vigueur. A la suite du meurtre des juges Falcone et Borsellino en Sicile, des compétences spéciales d'enquête ont été élaborées.

Dans la majorité des pays ayant fait l'objet d'un rapport, en ce qui concerne les infractions graves, les procédures spéciales ne font plus office d'exception (normalisation de l'exception). Ainsi, les mesures exceptionnelles temporaires mises en place en Grande-Bretagne dans le cadre de la lutte contre le terrorisme sont toujours en vigueur, et ce depuis presque 30 ans, et sont même devenues la norme dans la dernière décennie. On constate donc une séparation dans le système de justice pénale entre, d'une part, un régime de procédure pénale mis en place pour les infractions graves, et, d'autre part, un régime de procédure pénale pour les infractions dites « mineures ». La procédure pénale n'est donc plus organisée uniquement en rapport avec la partie générale du droit pénal. Son usage s'étend également à la partie spéciale de la législation pénale. Certains pays, comme les Pays-Bas, ont également rapporté des changements dans les pouvoirs de sanction, non seulement des juges mais aussi des procureurs et des autorités chargés de l'enquête, pour les infractions « mineures ».

Des procédures pénales spéciales ont été mises en place *en-dehors* du système procédural classique dans deux pays ayant rendu un rapport (Colombie et Etats-Unis). Ainsi, en Colombie, un système de justice pénale à trois voies existe : une justice pénale ordinaire, une justice pénale pour les ennemis de l'Etat via sa législation d'urgence (principalement contre les guérillas) et une justice pénale pour ceux qui entrent dans le régime indulgent du système « Paix et Justice »

¹⁵ L'insertion dans le code de procédure pénale ne veut pas forcément dire que cette intégration s'est faite de manière cohérente. En Italie, par exemple, c'est un patchwork d'actes législatifs spéciaux amendant les règles du code de procédure pénale.

(principalement les forces paramilitaires). Aux Etats-Unis, il existe depuis le 9/11 un régime à double-trajectoire, qui fait la distinction entre les criminels et les ennemis combattants. En effet, les événements du 9/11 ont dramatiquement altéré l'approche traditionnelle des actes liés au terrorisme en changeant le paradigme d'un système de justice pénale ordinaire, non pas en un modèle de justice militaire, mais en un modèle extraordinaire basé sur les intérêts de la sécurité nationale. Le USA Patriot Act de 2001, le Detainee Treatment Act of 2005 et le MCA of 2006 reflètent bien la législation pénale d'urgence, offrant une trajectoire aléatoire pour l'enquête, la poursuite et le jugement. Il est donc saisissant qu'aux Etats-Unis, ni le système de justice pénale ordinaire, ni le système de justice militaire ne soient considérés comme étant à même de traiter le terrorisme et qu'une troisième voie ait dû être élaborée, en-dehors des droits et garanties procédurales classiques des systèmes pénaux ordinaire et militaire.

Cinquièmement, les deux paradigmes dominants de la guerre contre le crime organisé et de la guerre contre le terrorisme ont changé les objectifs principaux du système de justice pénale. On est passé d'un système réactif, ayant pour but de punir les crimes et de réhabiliter leurs auteurs, à un système proactif et préventif d'ordre public, excluant les individus potentiellement dangereux.

Sixièmement, cette transition a été davantage renforcée par l'évolution des technologies, dans un contexte désormais online et digital. Les anciennes techniques de l'enquête judiciaire telles que la recherche et la saisie, ont été remplacées par d'autres techniques plus intrusives dans la sphère de la vie privée.

Septièmement, cependant, il existe dans la majorité des pays ayant rendu un rapport, des procédures garantissant le respect des règles constitutionnelles de procédure pénale, non seulement dans leur législation (règle de droit, principe du procès équitable) mais également en pratique (grâce à la jurisprudence des juridictions supérieures et des tribunaux supranationaux chargés de faire respecter les droits de l'homme). En effet, les procédures pénales spéciales traitant des paradigmes du crime organisé et du contre-terrorisme sont contrôlées par les juridictions supérieures, les cours constitutionnelles et les juridictions supranationales des droits de l'homme.

Cependant, les facteurs guidant les réformes ne sont pas toujours identiques. Bien sûr, tous les pays sont sous la surveillance de la CCT des Nations-Unies, mais dans certains pays, comme les Pays-Bas et l'Italie, il y a un puissant agenda national. Dans d'autres pays, comme la Roumanie, la Hongrie, la Croatie et la Turquie, il y a une forte influence de l'Union Européenne dans le cadre du régime de pré-accession à l'Union Européenne, selon lequel les réformes pour renforcer l'état de droit et les réformes ayant pour objectif d'introduire des mesures contre la corruption, le crime organisé et le terrorisme ont été introduites de manière parallèle. Dans tous les Etats membres de l'UE, les décisions cadres de l'UE ont

eu une forte influence, bien que majoritairement dans le cadre du droit pénal substantif, et pas autant encore dans le domaine du droit pénal procédural.

Cependant, dans la plupart des pays ayant rendu un rapport, les réformes massives en matière de procédure pénale sont le résultat d'une instrumentalisation politique de la criminalité et de la peur du crime. Mais il est clair également que dans certains autres pays, ces réformes n'ont pas fait l'objet de débats politiques ou publics, les débats étant dans certains pays concentrés et divisés exclusivement entre les branches exécutive et judiciaire du *trias politica*, menant à d'intéressantes décisions des cours supérieures.

La transformation du système de justice pénale, particulièrement dans le cadre des mesures spéciales mises en place pour lutter contre le terrorisme (troisième paradigme), ont eu des répercussions importantes dans de nombreux domaines : le type d'autorité en charge de la lutte contre le terrorisme ; leurs pouvoirs et leurs techniques d'enquête (notamment digitales) (le glaive) ; les garanties procédurales ainsi que les règles constitutionnelles et celles en matière de droits de l'homme (le bouclier) ; l'architecture du principe de séparation des pouvoirs (la dimension constitutionnelle) ; les objectifs du système de justice pénale.

Pour l'analyste il peut être intéressant d'établir une distinction entre les pays ayant rendu un rapport introduisant des mesures procédurales spéciales à l'intérieur de leur système de justice pénale régulier et ceux qui l'ont fait en-dehors de celui-ci.

Groupe I Mesures spéciales dans le système de justice pénale

A première vue, il semblerait que la dimension constitutionnelle du système de justice pénale (*trias politica*) n'ait pas été affectée. Cependant, un regard plus attentif sur les changements opérés dans les systèmes de justice pénale nationaux force toutefois à conclure le contraire.

- Redéfinition des autorités en charge de l'enquête pénale

Au premier abord, premièrement, ce sont les autorités judiciaires (juge d'instruction ou juge du principal) qui conduisent l'enquête pénale et qui autorisent et/ou exécutent les mesures coercitives. Cependant, un changement dans la conduite de l'enquête judiciaire a été constaté dans beaucoup de pays, transférant les pouvoirs au ministère public et aux services de police. Ainsi, un remaniement de la communauté d'exécution de la loi a clairement été opéré, transférant aux branches exécutives ou semi-exécutives de l'Etat les pouvoirs traditionnellement détenus par les autorités judiciaires.

Deuxièmement, ce transfert ne s'opère pas seulement entre les acteurs classiques du système de justice pénale. En effet, les autorités administratives en charge de l'exécution de la loi jouent un rôle croissant dans le domaine de la lutte contre les infractions graves. Ainsi, la communauté du renseignement a vu ses pouvoirs s'étendre, les unités de police spécialisée traitant désormais avec les

officiers de police du renseignement et les agences de sécurité. Ces derniers sont les avant-gardes des enquêtes d'investigation et d'information. Certains de ces pays leur ont également reconnu certaines compétences coercitives et/ou judiciaires. Enfin, les autorités classiques en charge de l'exécution de la loi ont également été converties en agences de renseignement et ont donc changé leur culture opérationnelle et leur attitude.

Troisièmement, de nombreux pays ont rapporté avoir recours à des fournisseurs de services privés (Telecom, business operators, fournisseurs de services financiers) et certaines autres professions jouissant d'un accès privilégié à certaines informations (avocats, journalistes...) pour conserver des données et être le bras-long de la communauté d'exécution de la loi. Par contre, conséquemment, les garanties et privilèges journalistiques et légaux ne constituent désormais plus des abris sûrs.

Quatrièmement, une approche multi-agences coordonnée, formelle et informelle, est clairement à l'œuvre dans les pays ayant rendu un rapport (par exemple, via la création de centres d'expertise commune et de partage de banques de données). La communauté d'exécution de la loi ainsi que celle du renseignement participent toutes deux à cette nouvelle approche coordonnée.

Cinquièmement, une juridiction unique pour l'enquête et/ou pour le jugement gagne du poids dans plusieurs pays ayant rendu un rapport.

- Redéfinition des compétences et des techniques (le glaive)

Tout d'abord, les rapports nationaux semblent indiquer que les trois paradigmes ont ouvert la voie à de nouvelles techniques spéciales d'enquête (telles que la mise sur écoute, l'infiltration ou l'observation) ne pouvant être utilisées que dans les cas d'infractions graves. Par conséquent, il existe dorénavant un set de mesures coercitives ciblant les infractions graves et moins graves, mais aussi un set à usage unique ne visant que certaines infractions graves.

Ensuite, dans la majorité des pays ayant rendu un rapport, les mesures classiques mises en place pour protéger les éléments de preuve ainsi que celles visant la confiscation des biens dangereux et des produits du crime sont devenues un domaine autonome des mesures de sécurité visant les biens et les personnes (saisie et confiscation, ordre de détention, ordre de sécurité, etc.) En lien, les enquêtes sur les flux financiers du trafic de drogue, du crime organisé (financement, blanchissement d'argent) et du terrorisme (financement) sont passées d'un régime d'enquête classique permettant le rassemblement des éléments de preuve à un régime d'enquête financière autonome permettant la saisie ou la confiscation des produits du crime et/ou la surveillance et l'enquête financière sur le financement des infractions graves.

De plus, les mécanismes déclencheurs ainsi que les seuils minimums d'utilisation des mesures coercitives pour combattre les infractions graves ont changé. La

suspicion raisonnable qu'un crime a été commis ou que des actes préparatoires aient été perpétrés n'est désormais plus une condition requise pour le déclenchement de l'enquête criminelle. Les techniques d'enquête et les mesures coercitives sont maintenant également utilisées de manière proactive pour enquêter, anti-delictum, sur l'existence ainsi que sur les comportements de personnes ou d'organisations potentiellement dangereuses dans le but d'empêcher des infractions graves. Il s'agit donc ici d'une législation pénale sans suspect.

Enfin, dans tous les pays ayant rendu un rapport, le glaive de la justice pénale s'est paré de nouveaux atouts avec l'arrivée des technologies digitales servant l'enquête pénale (recherches de criminels online, surveillance des flots de données, traitement des données) et l'administration de la justice (surveillance digitale, appareil de détection, etc.).

- Redéfinition des garanties procédurales, des règles constitutionnelles et de celles en matière de droit de l'homme (le bouclier)

Dans beaucoup de pays ayant rendu un rapport, le législateur considère qu'un certain nombre de garanties procédurales constitue des obstacles à la prévention, l'enquête et la poursuite des infractions graves. L'utilisation de certains instruments de justice pénale (saisie, détention policière...) a dès lors été soumise à un régime différent pour les infractions graves de celui existant pour les infractions moins graves. De même, les conditions d'approbation par les autorités judiciaires (mandat) pour certaines mesures coercitives ont été diminuées ou n'existent plus. Le rôle de la défense ainsi que du juge de la légalité procédurale est entravé par la mise en place de ce nouveau régime de procédure pénale pour les infractions graves. Cela signifie, en pratique, que la police et les enquêteurs jouissent d'une plus grande autonomie et font face à moins de contrôle du pouvoir judiciaire concernant leur travail d'enquête. Il s'agit donc d'un double usage des mesures coercitives existantes avec, d'une part, moins de garanties et, d'autre part, davantage de garanties. En d'autres mots, c'est la gravité des crimes en question (les trois paradigmes) qui justifie le redressement du glaive de la Justice ou le rabaissement du bouclier de la Justice. Beaucoup de rapporteurs nationaux ont indiqué que le rapport entre le caractère « intrusif » de la mesure et le contrôle judiciaire a changé. Ainsi, les mesures les plus intrusives font face à un moindre contrôle judiciaire et à moins de garanties procédurales. Cependant, dans certains pays, comme en France ou en Roumanie, le maniement de l'épée de la Justitia est contrebalancé par des garanties procédurales spéciales redressant le bouclier de la Justitia.

De plus, en abaissant les seuils de déclenchement des enquêtes pénales ou des mesures coercitives (passant de la suspicion raisonnable et du doute sérieux à l'« indice simple », au renversement de la charge de la preuve et la présomption simple de culpabilité), la garantie de présomption d'innocence est ébranlée et

remplacée par des mesures objectives de sécurité. Dès lors, dans le système de justice pénale, les boucliers protégeant les citoyens contre le *ius puniendi* de l'Etat tombent. Cela a bien sûr des conséquences directes pour l'*habeas corpus*, *habeas data*, les droits du procès équitable, la redéfinition des règles de preuve, etc.

Ensuite, les rapporteurs nationaux ont indiqué que, dans le cadre du régime de criminalisation du financement du terrorisme et du support matériel au terrorisme, les avocats de la défense pénale sont mis sous pression. Leur privilège légal est remis en question et certaines de leurs activités de défense sont mises en examen en tant que support matériel à des organisations terroristes.

Enfin, dans beaucoup des pays ayant rendu un rapport, il est nécessaire de protéger le fonctionnement du système de justice pénale ainsi que ses participants. Le régime de protection des témoins a été converti en un régime de protection des témoins anonymes, incluant les autorités policières et les agences de renseignement impliquées dans des opérations d'infiltration. Le système de justice pénale protège de plus en plus ses agents contre les avocats de la défense adverse grâce à des procédures *ex parte*, des méthodes de rassemblement de preuves secrètes, et l'utilisation de preuves secrètes tant lors de la phase avant jugement que durant le jugement lui-même.

- Conséquences pour la dimension constitutionnelle du système de justice pénale (*trias politica*)

Les réformes mises en œuvre témoignent clairement d'une expansion de l'Etat punitif¹⁶ aux dépens de l'Etat de droit. L'attention mise sur la sécurité publique et sur l'enquête coercitive et préventive ébranle de façon claire le système de justice pénale et l'équilibre entre le glaive et le bouclier. Les formes administratives et préventives de la justice punitive ou rétributive sont étendues. Il en résulte un déséquilibre entre les trois branches du *trias politica*, penchant en faveur du pouvoir exécutif.

- Conséquences pour les objectifs du système de justice pénale

Le passage d'un système réactif de répression des crimes à un système proactif de prévention des crimes a eu des conséquences importantes, notamment en ce qui concerne la distinction entre l'enquête policière et l'enquête judiciaire. La communauté du renseignement devient un acteur clef dans la mise en exécution des mesures coercitives proactives pour les infractions graves. Le droit pénal préventif ne concerne ni les suspects ni la suspicion, mais le rassemblement de preuves ainsi que les procédures d'exclusion des personnes potentiellement dangereuses. Le système de justice pénale est de plus en plus utilisé comme un instrument régulant le présent et le futur et non la répression des comportements

¹⁶ J. Simon, *Governing through Crime*, Oxford University Press, 2007.

du passé. La procédure pénale devient de plus en plus une procédure dans laquelle les investigations préliminaires ne concernent plus la recherche de la vérité à propos du crime commis, mais la construction et la déconstruction de la dangerosité sociale.

Groupe II Mesures spéciales en-dehors du système de justice pénale

Jetons un coup d'œil maintenant, concernant les pays ayant rendu un rapport, à ceux ayant introduit des mesures procédurales spéciales en-dehors de leur système de justice pénale ordinaire : la Colombie et les Etats-Unis. Ces deux pays ont opté pour des solutions qui redessinent complètement le modèle classique du trias politica. Ils n'ont certes pas suspendu leur constitution. Cependant, de nombreuses réformes ont été considérées par les juridictions supérieures et/ou constitutionnelles comme étant partiellement incompatibles avec les exigences constitutionnelles. Ces deux pays ont utilisé des procédures d'urgence constitutionnelle pour introduire des réformes.

La Colombie a introduit, en vertu de la Constitution de 1886, de nombreux décrets concernant la sécurité et l'ordre public ainsi qu'une législation d'urgence augmentant significativement la loi martiale et la compétence des juridictions militaires dans les matières pénales. Sous ce régime, la fameuse *Justicia sin rostro*, comprenant des juges anonymes, a également été introduite. Sous la nouvelle Constitution de 1991, l'utilisation régulière de la législation d'urgence a franchi un pas de plus. En 1997, le Statute on Peace and Justice a été approuvé, mettant en place un système de justice pénale distinct pour les paramilitaires et la guérilla quittant le champ de bataille, confessant leurs crimes et contribuant au mécanisme de compensation. Cette procédure pénale spéciale est considérée comme particulièrement indulgente envers ses destinataires, tout particulièrement au regard de l'atrocité des crimes allégués.

Aux Etats-Unis, les réformes ont altéré de manière remarquable l'approche traditionnelle des actes en lien avec le terrorisme. Ainsi, on est passé d'un modèle pénal ordinaire, non pas à un modèle pénal militaire ordinaire (loi martiale), mais à un modèle extraordinaire basé sur l'intérêt de la sécurité nationale. Le Patriot Act de 2001, le Detainee Treatment Act de 2005 et le MCA de 2006 sont des législations d'urgence.

- Redéfinition des participants (autorités)

En réalité, le vocabulaire de la justice pénale a complètement changé. On ne parle plus du suspect, mais de l'ennemi. Les autorités judiciaires classiques ont été remplacées par de nouvelles autorités agissant sous des statuts spéciaux. L'exemple le plus édifiant étant bien entendu celui des enquêteurs de Guantanamo Bay.

En Colombie, c'est un peu plus compliqué. On y parle non seulement des ennemis, mais aussi des amis de l'État. Le dernier cas se réfère aux enquêtes et poursuites entreprises sous le Justice and Peace Act.

- Redéfinition de leurs compétences et de leurs techniques

Aux États-Unis, les autorités en charge de l'enquête pénale disposent de pouvoirs particuliers pour combattre l'ennemi. Ces pouvoirs ont un fort caractère inquisitorial, se basent sur le renseignement et incluent des mesures coercitives telles que la torture. Le jugement est transféré aux commissions militaires exécutives.

En Colombie, quoique le rôle des tribunaux militaires dans les affaires pénales ait fortement diminué à la suite de nombreuses réformes, les déclarations successives sur l'état d'urgence ont largement militarisé les forces de police et des parties substantielles de l'enquête judiciaire. D'un autre côté, le Justice and Peace Act a créé une catégorie de suspects pour laquelle un régime de procédure pénale très indulgent a été mis en place, transformant l'avocat de la défense en bureau du procureur et vice-versa. En réalité, le suspect a un intérêt légitime à augmenter la gravité de la mise en examen sous ce régime plus clément, afin d'éviter la mise en examen sous la procédure pénale ordinaire.

- Redéfinitions des garanties et des dimensions constitutionnelles et des droits de l'homme

Aux États-Unis, l'objectif principal de ces mesures spéciales est de contourner les garanties procédurales et les droits de l'homme (par exemple, les mesures d'urgence ont pour but d'éviter les standards de base constitutionnels et internationaux). Cependant, la Cour Suprême des États-Unis ainsi que plusieurs juges fédéraux ont été particulièrement dynamiques afin d'éviter de circonvenir à certaines garanties constitutionnelles, telles que l'habeas corpus, le procès équitable, etc.

En Colombie, la législation d'urgence avait pour objectif de suspendre certaines garanties constitutionnelles. Comme aux États-Unis, la Cour constitutionnelle colombienne a jugé inconstitutionnels plusieurs aspects de cette législation et a empêché l'adoption de la législation spéciale anti-terrorisme pour la même raison.

- Conséquences pour la dimension constitutionnelle (trias politica)

Aux États-Unis et en Colombie, les fonctions classiques de la branche législative et judiciaire ont été largement transférées vers la branche exécutive du trias politica. Celle-ci utilise la sanction comme machine de guerre et instrumentalise la justice pénale pour obtenir la victoire politique. Cependant, les juridictions suprêmes et constitutionnelles essaient de rééquilibrer le trias politica. En Colombie, cela a d'ailleurs mis en question l'avenir de la Cour constitutionnelle, en raison des très sérieux affrontements avec la branche exécutive.

- Conséquences pour les objectifs du système de justice pénale

Le résultat est une expansion massive de l'Etat punitif (loi pour la sécurité, enquête coercitive préventive, loi sur l'ennemi), contournant totalement le système de justice pénale ordinaire et son équilibre entre le glaive et le bouclier. En Colombie et aux Etats-Unis, les intérêts de la sécurité nationale prévalent sur ceux de la justice.

PARTIE II. TRANSFORMATION DANS LA NATURE ET LES PRINCIPES GENERAUX DE LA PROCEDURALE PENALE NATIONALE

Cette partie ne concerne que les principales caractéristiques du système de justice pénale et de sa procédure criminelle. Certains aspects plus spécifiques seront discutés de manière plus détaillée dans les parties III-VI. Les questions 4 et 8 seront traitées dans la partie IV. La question 6 a déjà été examinée dans la partie I.

Questions générales sur les procédures criminelles

Q 3. Quels sont les principes généraux de votre procédure pénale (par exemple, principe de légalité, justice équitable, égalité des armes) et quelle est leur source juridique (par exemple, Constitution, loi) ?

En général, dans tous les pays ayant rendu un rapport, les principes généraux de procédure pénale ont pris plus d'importance. Des réformes ont été introduites en faveur d'un régime procédural accusatoire, basé sur les principes d'oralité, d'égalité des armes, du procès équitable, de justice équitable et impartiale, etc. Cependant, parallèlement, d'autres réformes ont été introduites limitant le champ d'application de ces principes lorsqu'il s'agit d'enquêter, de poursuivre et de juger des infractions graves.

Les règles de base en matière de procédure pénale, en lien aux principes de bonne administration de la justice, de l'accès à la justice, du procès équitable etc. ne trouvent pas toutes leurs sources juridiques dans des normes constitutionnelles. Certains rapports nationaux indiquent une longue tradition de constitutionnalisation de la justice pénale, particulièrement concernant le principe de bonne administration de la justice et du procès équitable (y compris les garanties et droits procéduraux particuliers) grâce à la jurisprudence des cours constitutionnelles. Cet héritage constitutionnel est complété par d'autres règles de procédure pénale. C'est le cas, par exemple, des Etats-Unis, avec la Constitution américaine, la jurisprudence de la Cour Suprême des Etats-Unis et les Federal Rules of Criminal Procedure. C'est également le cas de l'Espagne, depuis le ré-établissement de la démocratie et de l'Etat de droit. La Cour Constitutionnelle espagnole a, en effet, développé une très importante jurisprudence constitutionnelle concernant la procédure pénale, en vertu de laquelle les standards en matière de droits de l'homme (CEDH) font désormais office de standards minimums. Par contre, dans certains autres pays, comme aux Pays-

Bas, le cadre constitutionnel est plus faible, principalement en raison de l'absence de cour constitutionnelle et de l'incompétence pour les juges de vérifier la constitutionnalité des lois. Toutefois, le caractère auto-exécutoire de la CEDH compense dans une certaine mesure cette situation.¹⁷

La nature de la procédure pénale (inquisitoire, semi-inquisitoire ou accusatoire) est rarement indiquée dans la constitution, bien qu'elle résulte en grande partie des formes constitutionnelles du principe du procès équitable. De manière générale, nous pouvons affirmer que, dans tous les pays ayant rendu un rapport, les principes généraux de procédure pénale (même s'agissant du crime organisé et du terrorisme) sont constitutionnellement enchâssés et/ou enchâssés dans les traités relatifs aux droits de l'homme et sont appliqués dans les règles statutaires dans un strict respect des normes constitutionnelles et des standards en matière de droits de l'homme. Cette conclusion générale concerne le cadre légal en tant que tel. Cela signifie que ces standards demeurent le cadre légal obligatoire pour les trois paradigmes. Toutefois, dans certains pays, notamment en Colombie et aux Etats-Unis, les procédures punitives instaurées par l'exécutif ont mis à mal ce cadre légal obligatoire. Par ailleurs, des parts substantielles de ces nouvelles procédures ont été jugées inconstitutionnelles par leur juridiction supérieure et par leur cour constitutionnelle, ouvrant les hostilités (légales) entre la branche exécutive et la branche judiciaire et transformant la justice et le procès équitable en un champ de bataille politique.

On peut donc conclure, s'agissant du cadre légal des procédures pénales (en lien avec les normes constitutionnelles ou les traités relatifs aux droits de l'homme), que les paradigmes du crime organisé et du terrorisme n'ont eu qu'une influence mineure sur l'architecture principale et sur les principes de base de la procédure pénale. Nous verrons dans les parties III-VI comment les transformations ont changé l'étendue de ces principes et leur application de facto.

Procédure pénale, l'étendue *ratione personae* et une distinction

Q 5 Votre procédure pénale de droit commun ou d'exception prévoit-elle une distinction entre citoyens et non citoyens, nationaux ou non-nationaux, ou des catégories spécifiques de sujets (étrangers, ennemis, non-personnes) ?

Tous les pays ayant rendu un rapport, à l'exception des Etats-Unis, du Royaume-Uni et de la Colombie, ne font aucune distinction entre citoyens et non citoyens, nationaux ou non-nationaux, ou entre des résidents étrangers et non-étrangers. Toutefois, la plupart de ces pays disposent de juridictions pénales spéciales pour

¹⁷ La CEDH ne contient que les standards minimums, et la Cour Européenne des droits de l'homme n'a pas développé de véritable protection en matière de droits de l'homme dans la phase préliminaire du procès, laissant une large marge d'appréciation aux Etats dans les cas du contre-terrorisme.

certaines sujets, comme les Membres du Parlement ou le personnel militaire dans l'exercice de leur fonction.

L'Angleterre ne fait aucune distinction dans sa législation pénale quant au traitement des citoyens britanniques ou des citoyens non-britanniques, bien qu'elle ait reconnu entre 2001 et 2004 la détention sans procès pour les suspects étrangers, non expulsables. Toutefois, cette mesure a été déclarée incompatible avec les articles 5 et 14 de la CEDH par la Chambre des Lords. Le Gouvernement a alors remplacé cette mesure par un régime d'ordres de contrôle tombant au-delà du système de justice pénale classique et applicable aux citoyens britanniques et étrangers (voir infra).

Certains autres pays ayant rendu un rapport, en Colombie et aux Etats-Unis par exemple, opèrent une distinction plus importante entre des catégories spécifiques de sujets, comme les étrangers ennemis, les ennemis combattants, les combattants de guérillas désarmés/repentis ou les paramilitaires, etc. Pour plusieurs raisons, ces nouveaux systèmes ont été mis en place afin de contourner la procédure pénale ou même la procédure pénale militaire ordinaire.

Par ailleurs, les rapports nationaux ont indiqué la mise en place de procédures pénales d'urgence opérant une distinction dans l'étendue *ratione personae* de leurs systèmes punitifs. Ainsi, chaque procédure punitive d'urgence établit son champ de compétence *ratione personae* (insider/outsider). Certaines de ces procédures favorisent les « insiders » et sont relativement indulgentes (risque d'impunité) concernant des infractions très graves ayant été commises. C'est le cas, par exemple, de la Colombie. D'autres, au contraire, défavorisent les « insiders », comme c'est le cas aux Etats-Unis par exemple, et réduisent les individus tombant dans le champ d'application *ratione materiae* de la procédure spéciale à de simples objets d'enquêtes et refusant de les considérer comme sujets de droit.

Procédure pénale *sub rosa*

Q 7. Votre système permet-il l'utilisation du renseignement (par exemple renseignement policier, information émanant des services nationaux ou étrangers de renseignement) dans les procédures criminelles, telles que

- *enquête préliminaire en vue de l'ouverture d'une investigation criminelle ?*
- *preuve d'une cause probable pour user de mesures de contrainte sur les lieux et sur les personnes (par exemple perquisition et saisie, arrestation, détention) ?*
- *preuve de responsabilité/culpabilité dans les poursuites pénales ?*

Bien que la grande majorité des pays ayant rendu un rapport, à l'exception des Etats-Unis, n'ont pas, dans leur système de justice pénale, de procédure basée uniquement sur le secret, il ne fait aucun doute que, dans un groupe substantiel de ces pays, il y a eu, dans la dernière décennie, de profondes réformes

augmentant les pouvoirs d'investigation de la communauté d'exécution de la loi et de la communauté du renseignement, rabaissant du même coup les garanties procédurales et introduisant le secret dans les procédures pénales.

Dans ce rapport, le terme 'secret' signifie que le fonctionnement principal du système de justice pénale ainsi que ces procédures demeurent secrets, non seulement aux yeux du public en général, mais aussi aux yeux des acteurs clés du système de justice pénale, tels que les juges et/ou les avocats de la défense.

Les rapports nationaux¹⁸ n'indiquent l'existence d'aucune législation secrète ou classée secrète en matière pénale, à l'exception des Etats-Unis. De même, aucune procédure pénale secrète ni d'acteurs secrets (tribunaux secrets) n'ont été rapportés, à l'exception des Etats-Unis et de l'Angleterre. Bien sûr, tous les systèmes de justice pénale connaissent des enquêtes judiciaires ex parte à certaines étapes de la procédure afin d'obtenir des preuves, mais c'est un autre problème en lien avec le caractère accusatoire des procédures pénales ordinaires (voir supra partie IV et V). En 1978, les Etats-Unis ont introduit la surveillance FISA¹⁹, qui rend possible, sans mandat, l'utilisation de techniques de surveillance physique et électronique afin de récolter des renseignements sur des puissances étrangères et leurs agents, sur des réseaux étrangers, des personnes ou des activités terroristes.²⁰ Pour la surveillance physique ou électronique visant des citoyens ou des résidents américains, un mandat doit être émis par un tribunal secret établi par la FISA. Ainsi, les éléments de preuve concernant l'interdiction d'une organisation ou concernant les procédures introduites devant la Commission spéciale des recours en matière d'immigration peuvent être rendus secrets par le Gouvernement. Lorsque de telles éléments de preuves sont utilisés, un Avocat Spécial, travaillant dans l'intérêt de l'appelant mais non mandaté par celui-ci, regarde les preuves et construit les arguments au nom de l'appelant, bien que ne communiquant jamais avec lui.

Etonnamment, aucun rapport ne fait mention de procédures secrètes potentiellement illégales concernant l'arrestation, l'enlèvement et le kidnapping, la détention et l'interrogation de nombreuses personnes considérées par les Etats-Unis comme entretenant des contacts avec Al Qaeda. De nombreux rapports établis par le Parlement Européen et le Conseil de l'Europe contiennent des indications de surveillance secrète, d'arrestation secrète et d'enlèvement, de transferts secrets dans des centres de détention secrets, en Europe et à l'étranger.²¹ Dans plusieurs pays européens ainsi qu'au Canada, des enquêtes

¹⁸ Il existe au Royaume-Uni des procédures secrètes pour les déportations d'immigrants illégaux.

¹⁹ Foreign Intelligence Surveillance Act

²⁰ Une cause probable n'est pas requise ici.

²¹ http://www.venice.coe.int/site/dynamics/N_Opinion_ef.asp?CID=90&L=E, Avis sur les

administratives et pénales sont en cours contre des agents de l'état civil et contre les autorités d'exécution de la loi européenne et américaine.²²

Pour de plus amples détails sur les preuves secrètes et l'utilisation des renseignements dans les procédures pénales voir partie IV, question 9.

PARTIE III : APPLICATION PRO-ACTIVE (POLICE ORDINAIRE OU REGLES PROCEDURES DE DROIT COMMUN : PROCEDURES SPECIALES)

Exécution proactive et enquêtes coercitives

Q 8. Les services de renseignement, les forces de police régulières, ou les agences administratives d'exécution (telles que les douanes ou les services fiscaux) ont-ils dans votre pays compétence pour user de pouvoirs contraignants de manière pro-active ? Si oui,

- sous quelles conditions ?

- doit-il exister un soupçon basé sur une cause probable d'user de leur pouvoir de contrainte, ou y a-t-il des indications de dangerosité pour la sécurité nationale ou un intérêt public suffisant ? La définition du soupçon a-t-elle été modifiée pour les crimes graves ?

- ces pouvoirs de contrainte peuvent-ils être utilisés contre des personnes autres que les suspects/accusés de crimes (par exemple, les combattants ennemis, les ennemis étrangers, les personnes n'ayant pas droit à la protection de la procédure pénale ordinaire, etc.) ?

- Comment la division du travail est-elle réglementée entre les autorités chargées de l'investigation ?

- les informations obtenues de façon pro-active, au moyen de l'usage de mesures de contrainte peuvent-elles être partagées entre les services de renseignement, de police, ou administratifs, ou les autorités judiciaires ?

De manière générale, les rapports nationaux indiquent que les forces de police régulières ainsi que les agences administratives d'exécution ont compétence pour exécuter certaines mesures préventives ainsi que certaines mesures d'exécution. Toutefois, les systèmes légaux diffèrent entre les pays ayant rendu un rapport. Ils prévoient tous dans leur législation des compétences classiques pour les agences administratives d'exécution, telles que les douanes, mais aussi de nouvelles compétences, telles que les agences de police et du renseignement, leur permettant de collecter et de traiter des informations ainsi que de faire des enquêtes en lien avec certains objectifs (conformité avec les droits de douanes, prévention de la corruption, et protection de l'ordre public constitutionnel). Pour la

obligations juridiques internationales des Etats membres du Conseil de l'Europe en ce qui concerne les lieux de détention secrets et le transport interétatique de prisonniers.

²² Le cas le plus célèbre est l'affaire Milan Abu Omar, toujours en cours à Milan.

communauté du renseignement, la tâche principale est de traiter les informations sur les personnes et les organisations suspectées de mettre en danger la sécurité nationale. Traditionnellement, les agences du renseignement, bien que n'appartenant pas à la communauté d'exécution de la loi, ne peuvent pas user des pouvoirs contraignants classiques de la procédure pénale (par exemple, la recherche et la saisie) ni des nouvelles mesures (par exemple, l'infiltration). Cependant, ils jouissent de pouvoirs généraux de surveillance et peuvent utiliser certaines mesures coercitives préventives (recherches physiques, saisie de biens dangereux). Traditionnellement, la poursuite des crimes, la collecte d'informations, le traitement d'informations et l'enquête judiciaire relèvent du domaine exclusif de la communauté d'exécution de la loi. Un groupe de pays ayant rendu un rapport utilisent toujours cette approche classique en excluant l'utilisation de pouvoirs coercitifs de manière proactive par la communauté d'exécution de la loi. Ce n'est que lorsqu'un crime a été commis, tenté ou, pour les crimes les plus graves, préparé, que la communauté d'exécution de la loi pourra user de pouvoirs contraignants.²³ Ces pays semblent adhérer à une distinction nette entre la législation pénale (réactive) et la législation policière/administrative (proactive). La collecte des renseignements est considérée comme une mesure préventive. Dès lors, seules les forces de police régulière et les agences administratives et du renseignement ont compétence. Il y a donc une séparation claire entre l'exécution de la loi pénale et la collecte de renseignements. Les agences sont strictement séparées et la collecte de renseignements par les agences préventives ou par les agences réactives d'exécution de la loi sert des objectifs différents. La communauté du renseignement est limitée dans ses pouvoirs et dispose de très peu de pouvoirs coercitifs. Le transfert de renseignement à la communauté d'exécution de la loi dans le cadre d'une enquête pénale est séparé par une muraille de Chine et/ou les informations transférées ne pourront être utilisées comme éléments de preuve que dans le cadre d'une procédure pleinement accusatoire. Les pays faisant partie du groupe en question, tels que l'Autriche, le Brésil, l'Argentine, et la Pologne, maintiennent une définition classique de l'enquête judiciaire pénale dans leur système de procédure pénale. L'enquête est déclenchée à la suite d'une suspicion raisonnable qu'une infraction pénale a été commise, va être commise, ou a été préparée. Cependant, lorsqu'un lien est établi entre ces actes préparatoires spécifiques et l'existence, par exemple, d'une organisation criminelle ou d'une organisation terroriste, il est évident que des objectifs particuliers de nature préventive feront partie de l'investigation criminelle, transformant ainsi l'enquête pénale réactive en une enquête proactive, quoique toujours sous un régime classique. La préparation sous forme de complot ou de

²³ Voir le rapport général rédigé par Lorenzo Picotti, L'élargissement des formes de préparation et de participation (Section I).

recrutement rentre dès lors dans le cadre d'un système de justice pénale classique.

De l'autre côté de l'éventail, on retrouve bien sûr les Etats-Unis et le Royaume-Uni, tous les deux dotés d'une très forte communauté du renseignement. Aux Etats-Unis, par exemple, celle-ci ne se limite pas à la CIA, l'Agence de sécurité nationale, l'Agence du renseignement pour la défense et le Bureau national de reconnaissance, mais comprend également des services de renseignement du Département d'Etat, le FBI, le Département du Trésor, le Département de l'Energie et celui des forces armées. Toutefois, le fait qu'il n'existe aucune division structurelle entre la communauté du renseignement et la communauté d'exécution de la loi – la CIA et certains secteurs du FBI appartiennent à la communauté du renseignement – ne veut pas dire qu'aucune distinction n'est faite au regard des objectifs, des méthodes et des mesures de contrôle. Cependant, sous le coup de récentes législations anti-terroristes, la distinction entre les objectifs d'exécution de la loi et les objectifs de renseignement se superposent en partie.

Un groupe substantiel de pays ayant fait l'objet d'un rapport, n'incluant ni les Etats-Unis ni le Royaume-Uni, ont amendé leurs règles de procédure pénale, élargissant leurs méthodes d'enquête pénale classique pour y inclure désormais des enquêtes criminelles proactives (*Voremittlung*). Ces mesures d'enquête pénale proactive incluent notamment les cas où aucun indice de suspicion raisonnable qu'un crime ait été commis, va être commis, ou ait été préparé, n'a été constaté, et pour lequel aucun suspect, légalement parlant, ne peut, par conséquent, avoir été désigné. L'objectif de ces mesures d'enquêtes proactives est de dévoiler les structures organisationnelles afin d'empêcher la préparation ou la perpétration de crimes graves et de permettre l'ouverture d'une enquête pénale contre l'organisation et/ou ses membres. Les agences du renseignement, les forces de police ou les autorités judiciaires peuvent user de pouvoirs contraignants dans le but de prévenir la criminalité. De ce fait ils appartiennent tous à la communauté du renseignement, même s'ils font normalement partie des autorités en charge de l'exécution de la loi (communauté d'exécution de la loi). Sous ce régime, ils peuvent collecter des renseignements et user de certains pouvoirs contraignants afin d'empêcher la préparation ou la perpétration d'une infraction pénale. Certaines de ces mesures coercitives nécessitent obligatoirement une autorisation préalable délivrée par le pouvoir judiciaire. Dans certains pays, cet élargissement de la procédure pénale a conduit à des scandales en raison de l'usage illégal des mesures coercitives par les autorités policières et/ou par le bureau du procureur. Les législateurs ont alors jugé utile d'inclure cet élargissement de la procédure pénale dans le code de procédure pénale afin de lui donner une base légale. Ainsi, non seulement les pratiques existantes ont été formulées légalement, mais les méthodes d'enquête proactive

ont également été augmentées. Ce changement de mandat pour la communauté d'exécution de la loi, et particulièrement pour les forces de police, a également conduit à des changements dans leurs méthodes de travail. En effet, au lieu d'enquêter sur des crimes et de produire des rapports et des procès-verbaux, les objectifs des forces de police sont par ailleurs reliés à des enquêtes préventives en lien avec les tendances criminelles du moment et sur les personnes et les organisations considérées comme potentiellement dangereuses. Dans beaucoup de pays rapportés, les systèmes policiers du renseignement, rattachés à des bases de données spécialisées, augmentent de façon exponentielle, et changent la structure et la culture des organisations de police judiciaire.

D'un autre côté, de nombreux pays ayant rendu un rapport ont amendé le mandat des agences du renseignement ainsi que leurs pouvoirs. Leurs compétences d'enquête comprennent désormais des pouvoirs de contrainte, parallèlement à ceux définis dans le code de procédure pénale, et leurs objectifs incluent également la prévention de la criminalité grave, par exemple les infractions mettant en danger la sécurité nationale. Dans certains pays, l'utilisation de ces pouvoirs nécessite néanmoins une autorisation par le bureau du procureur (ou par le pouvoir exécutif). De facto, la communauté du renseignement utilise donc des pouvoirs coercitifs judiciaires sans être cependant une autorité judiciaire et sans garantie aucune de supervision judiciaire ou de mandat judiciaire. Certaines compétences des agences du renseignement et des forces de police, agissant comme un acteur de la communauté du renseignement dans les enquêtes avant jugement, se chevauchent. Les Etats-Unis ont évidemment eu une influence certaine dans l'organisation des enquêtes avant jugement.

Finalement, certains pays rapportent une augmentation substantielle de l'utilisation des mesures punitives, des mesures préventives de saisies, de détentions administratives, de gel, etc. durant les enquêtes proactives. Cette nouvelle phase d'enquête proactive gagne du terrain de manière évidente et substantielle dans le système de justice pénale.

Cette procédure pénale proactive étant nouvelle pour beaucoup de pays rapportés (à l'exception des Etats-Unis et du Royaume-Uni), attardons nous plus en détail sur sa mise en œuvre dans certains pays. La Belgique et les Pays-Bas ont introduit intégralement le nouveau concept d'enquête proactive dans leur code de procédure pénale. Prenons par exemple le cas de l'évolution de la loi pénale néerlandaise. Depuis 1999, les méthodes spéciales d'enquête, telles que l'observation, l'infiltration, la mise sur écoute et les surveillances systématiques et électroniques sont devenues parties intégrantes du code de procédure pénale afin de combattre le crime organisé²⁴. En outre, très récemment, un changement

²⁴ Voir N. Keijzer, J.F. Nijboer, H. Sanders, A. Sennef and P.J.P Tak, *Organized Crime & Criminal Procedure in the Netherlands*, in *Revue Internationale de Droit Pénal*, 1994, vol.

a été introduit dans le code de procédure pénale selon lequel, dans le cas de l'enquête criminelle sur des infractions terroristes, le critère déclencheur pour appliquer légalement les mesures coercitives contre une personne, c'est-à-dire la suspicion raisonnable, a été remplacée par l'existence d'indices d'infraction terroriste. L'indice d'infraction terroriste est donc le troisième seuil dans le code de procédure pénale, à côté de la suspicion raisonnable qu'un crime a été commis et de la suspicion raisonnable que des crimes sont planifiés ou sont commis dans un contexte 'organisé'. Quelle peut-être la différence entre l'indice et la suspicion raisonnable ? Des rumeurs telles qu'une conspiration pour commettre une infraction terroriste ou des informations anonymes découlant d'une analyse du risque générale mise en œuvre par les forces de police, les agences administratives ou les services secrets de renseignement peuvent très bien ne pas rencontrer le critère de suspicion raisonnable mais bien celui de l'indice. De plus, des indices concrets ne sont pas nécessaires. Il suffit que des faits et des circonstances semblent indiquer qu'une infraction a été ou va être commise. Dans le même temps, dans le code de procédure pénale néerlandais, en vertu de la décision-cadre européenne de 2002, les associations criminelles terroristes ont été criminalisées. Dès lors, l'indice de l'existence d'une association terroriste ou d'affiliation à un groupe terroriste, sans qu'il soit nécessaire qu'une infraction soit commise ou soit en cours de préparation, est un élément déclencheur suffisant pour l'utilisation de mesures coercitives, telles que l'observation, la surveillance électronique ou l'infiltration. Pour une arrestation ou détention dans la phase avant jugement, la suspicion raisonnable demeure le seuil applicable, et donc l'existence d'un suspect est nécessaire lorsqu'il s'agit d'utiliser ces mesures coercitives.²⁵ Autrement dit, les seuils applicables pour l'utilisation de mesures coercitives dans le domaine du contre-terrorisme, comprenant les méthodes d'enquête particulières, ont été, en outre, élargies et affaiblies. La communauté d'exécution de la loi est autorisée à user de pouvoirs contraignants sur des personnes non suspectes (criminellement) durant la phase proactive. Les méthodes disponibles dans l'enquête avant-jugement peuvent être utilisées à n'importe quel moment tant qu'elles permettent de collecter des informations nécessaires à la prévention d'infractions terroristes. Le changement de seuils indique également un changement des sujets de l'enquête. Ainsi, les enquêtes proactives sont utilisées contre des groupes de personnes plutôt que contre des suspects, et comprennent des méthodes de recherche préventive, tels que le matériel de recherche, les véhicules de recherches ou la recherche physiques. Dans certaines zones de sécurité (aéroports, zones à risque, etc.),

69, 957-986.

²⁵ Cependant, dans beaucoup de pays, nous assistons à une croissance exponentielle de détention administrative en tout genre, pour des périodes variées, et pas toutes en lien avec le statut de suspect (par exemple, dans le domaine du droit de l'immigration).

ces trois méthodes de recherche préventive sont applicables à n'importe quel moment sans qu'il soit nécessaire d'avoir un indice d'une infraction terroriste. Dans ce cas, le label 'sécurité' remplace celui des seuils d'indice d'infraction terroriste. Finalement, la stratégie d'exécution proactive introduit également de nouvelles méthodes d'enquêtes telles que l'exploitation de données (*Rasterfahndung*) entre les banques de données de personnalités publiques et privées.

Depuis 1992, l'Allemagne a également introduit et/ou élargi ses méthodes particulières d'enquête (mise sur écoute, exploitation de données, surveillance, etc.) contre le crime organisé, sans en changer les mécanismes déclencheurs, mais en les utilisant dans le cadre d'une exécution proactive. Le paradigme du contre-terrorisme a eu une influence certaine, notamment quant à l'introduction des concepts d'exécution proactive préventive par les forces de police (*Vorbeugende Verbrechensbekämpfung* et *Vorfeldaufklärung*).²⁶ Quelques Länder ont introduit des mesures d'écoute préventive dans leur législation de police. En 2004, la Cour constitutionnelle a imposé une procédure d'autorisation judiciaire pour la protection de la vie privée²⁷, et formulée dans la législation en 2005.

En Hongrie, les règlements du bureau du procureur ont changé, et celui-ci peut désormais collecter secrètement des renseignements. La collecte secrète d'informations peut maintenant être exécutée par cinq services secrets, par la police et par le bureau du procureur. Deux régimes distincts traitent de la collecte secrète d'informations. Un régime sans autorisation permet l'utilisation d'informateurs et d'enquêteurs sous couverture, la surveillance générale de personnes et de locaux ainsi que certaines formes de mise sur écoute. Ces mesures peuvent prendre place avant et pendant les enquêtes judiciaires (même de manière parallèle). Le deuxième régime nécessitant une autorisation du pouvoir judiciaire ou du pouvoir exécutif (par le ministre de la justice) inclut la surveillance et la recherche à l'intérieur de domicile privé ainsi que l'interception de télécommunications. La collecte secrète de renseignements peut continuer jusqu'à ce que l'investigation judiciaire ait été déclenchée. Dès cet instant, les autorités judiciaires peuvent secrètement obtenir des informations en interceptant les télécommunications, en conduisant des recherches, etc. Ces mesures nécessitent un mandat judiciaire. Le code de procédure pénale a récemment été amendé afin d'inclure l'utilisation de méthodes spéciales d'enquête, telles que la conservation des données secrètes.

²⁶ J. Kinzig, *Die rechtliche Bewältigung von Erscheinungsformen organisierter Kriminalität*, Berlin, Duncker & Humblot, 2004.

²⁷ BVerfG, 1 BvR 2378/98, 03.03.2004, Absatz-Nr. (1-373).

En Roumanie, le code de procédure pénale met en place une enquête préliminaire, en vertu de laquelle les autorités civiles du Ministre de l'Intérieur peuvent mener des opérations de police, telles que la collecte de renseignements et de données, l'interception et l'enregistrement de conversations, notamment les télécommunications, ainsi que l'utilisation d'enquêteurs sous couverture. Les services de renseignement disposent des mêmes pouvoirs. Toutefois, les deux doivent agir sous la supervision du bureau du procureur.

En Turquie également, des éléments d'enquête proactive ont été introduits par des législations particulières autres que le code de procédure pénale, permettant aux forces de police ainsi qu'à certaines agences administratives d'intercepter des télécommunications et même d'appliquer des méthodes de recherche et de saisies préventives (à l'exception des domiciles privés).

En Croatie, les services du renseignement ainsi que les forces de police et les autorités douanières sont compétents pour utiliser des pouvoirs coercitifs de manière proactive. Les pouvoirs proactifs des services du renseignement restent cependant les plus larges. Depuis 2006, leurs tâches incluent la prévention du terrorisme et du crime organisé. Ils ont des pouvoirs étendus pour collecter secrètement des renseignements. Toutefois, ils ne peuvent utiliser leurs pouvoirs qu'après avoir reçu un mandat spécifique émanant d'un juge de la Cour Suprême. Cependant, le seuil nécessaire pour obtenir ce mandat n'est pas basé sur la suspicion raisonnable. Il suffit que le service du renseignement indique les personnes et/ou les organisations devant faire l'objet d'une surveillance, les objectifs de cette surveillance, et les mesures de surveillance nécessaires.

L'Italie a un système à deux voies: la législation pénale ordinaire et la législation pénale spéciale contre la mafia. Ce pays a une gamme élaborée d'instruments criminels légaux proactifs. Les mesures préventives personnelles de 1956 ont été insérées, après 1965, dans le code de procédure pénale contre la mafia: la surveillance spéciale par les forces de police, la restriction à la liberté de mouvement et les assignations à résidence. Les mesures ne sont pas basées sur une suspicion raisonnable mais reliées à un listing d'organisations mafieuses. Depuis 1982, les mesures préventives ont été davantage élargies, incluant également les saisies préventives et les confiscations de biens. Des enquêtes financières préventives ont été introduites, en vertu desquelles les forces de police et les agences administratives obtiennent des pouvoirs de surveillance (mise sur écoute préventive et surveillance des communications (sneak and peak) et installation d'appareils de mise sur écoute) et peuvent conclure des accords avec des personnes condamnées afin de les encourager à coopérer avec la justice. La police judiciaire et les services du renseignement collaborent aussi étroitement. Les mesures préventives anti-mafia ont été étendues rationae materiae au terrorisme en 2001 et en 2005. Ces mesures préventives concernent la collecte de renseignements généraux visant la prévention d'infractions graves,

et ne nécessitent pas d'autorisation, même concernant les domiciles privés (il ne faut pas d'indices sérieux que ce lieu ait été le théâtre d'infractions graves), et ne sont pas limitées dans le temps. Il suffit qu'elles soient nécessaires (et non absolument indispensables) pour atteindre les objectifs de prévention et de collecte de renseignements généraux. S'ils sont liés à la prévention de la criminalité, il suffit qu'il y ait des indices simples qu'une infraction ait été commise, et non des indices graves ni une suspicion raisonnable. D'un autre côté, les services secrets sont mandatés par le bureau du procureur de la cour d'appel afin d'intercepter les communications, contournant de la sorte les unités anti-mafia ou anti-terroristes du bureau du procureur et outrepassant la procédure de mandat judiciaire. Clairement, l'Italie a des pouvoirs proactifs très étendus, bien que les renseignements obtenus ne puissent pas être utilisés dans la phase avant jugement ou pendant le jugement.²⁸

En Colombie, les services de renseignement ont un double-visage. Ils font office de service secret autonome chargé de la collecte de renseignements et du traitement des informations, ainsi que d'organe de police judiciaire s'occupant d'une série de crimes spécifiques visant l'ordre constitutionnel de l'Etat.

En ce qui concerne la Grande-Bretagne, le bureau du procureur n'a pas de pouvoir d'enquête. Ceux-ci sont détenus significativement entre les mains des forces de police, comparativement plus puissantes que les autres autorités, d'autant plus que les enquêtes s'orientent de plus en plus vers la collecte de renseignements (combiné à l'affaiblissement de la protection de la sphère privée). Les forces de police peuvent, par exemple, relever des échantillons d'ADN sans qu'aucune autorisation ne soit requise d'aucune institution. La législation sur les pouvoirs d'enquête de 2000 (RIPA) régule les nombreuses méthodes de surveillance (malgré que certaines formes de surveillance de police sous couverture restent en dehors de la loi). La mise sur écoute de locaux a été réglementée par le Police Act de 1997 et n'est possible que pour la prévention ou l'enquête sur des infractions sérieuses. Le transfert de données n'est pas régulé et peut servir de preuve. Les forces de police ont le pouvoir d'arrêter (SOCA-regulated) sans qu'aucune autorisation ne leur soit accordée. Il suffit qu'il y ait des motifs raisonnables de croire que l'arrestation est nécessaire pour permettre une enquête rapide et efficace sur l'infraction commise par la personne en question ou sur son comportement. Cela ouvre également le droit de faire des recherches dans les locaux où l'arrestation a eu lieu (pouvoir d'arrestation de droit commun).

D'un autre côté, certains pays ayant rendu un rapport ont réformé substantiellement les statuts, les pouvoirs ainsi que les objectifs des agences du renseignement. Les Pays-Bas et la Belgique ont ainsi réformé leur législation

²⁸ Voir Partie IV.

respective sur les services secrets. Les agences du renseignement peuvent utiliser des mesures coercitives telles que l'observation, l'inspection, la surveillance digitale, la surveillance des communications (mais pas le contenu), l'infiltration, l'ouverture du courrier, la fouille d'ordinateurs, l'interception de télécommunications, etc. Ils disposent donc d'un large éventail de pouvoirs contraignants, largement similaire à ceux mis en place par le code de procédure pénale, mais ne nécessitant aucune autorisation.

Dans le premier groupe de pays ayant rendu un rapport, tels que les Etats-Unis, le Royaume-Uni et les Pays-Bas, ces réformes ont eu pour conséquence de rendre imprécise la frontière entre la communauté du renseignement et la communauté d'exécution de la loi. De plus, l'élargissement des enquêtes judiciaires, intégrant dorénavant des enquêtes proactives, ainsi que le chevauchement croissant entre la communauté d'exécution de la loi et la communauté du renseignement, ont été accrus à la suite du développement technologique de méthodes d'enquête. En effet, la technologie a complètement modifié les méthodes de surveillance des communications, la surveillance physique des personnes, de leurs mouvements et de leurs activités ainsi que la surveillance de leurs transactions. Le comportement des citoyens a également été totalement modifié suite à l'apparition de ces nouvelles technologies, par exemple en utilisant les mises sur écoute, la vidéo surveillance, les appareils de repérage, les appareils de détection et les appareils pour voir à travers les murs, l'exploitation des données etc.

Dans le deuxième groupe de pays ayant rendu un rapport, on peut clairement conclure qu'une double réforme a été opérée : les autorités de la communauté d'exécution de la loi sont devenues des autorités de la communauté du renseignement, et vice-versa. La distinction entre la mise en exécution administrative préventive et la mise en exécution pénale réactive est remplacée par un terrain d'activité commun avec, pour les acteurs d'exécution, de nouveaux pouvoirs et de nouvelles compétences qui se chevauchent. La troisième vague de réformes dépasse clairement les réformes des deux dernières décennies. Le paradigme du crime organisé a permis l'introduction dans les codes de procédure pénale de techniques spéciales d'enquête. Le paradigme du contre-terrorisme ne conduit pas simplement à l'élargissement du nombre d'infractions (*Vorfeldstrafbarkeit*) et à l'application de mesures particulières de procédure pénale (*Vorermittlung*), mais redéfinit également les objectifs, la nature ainsi que l'étendue de la justice pénale. La *Vorfeldkriminalisierung* en est le résultat, à la suite de laquelle la procédure pénale transforme radicalement l'objectif du code de procédure pénale (poursuite de la criminalité) pour se concentrer sur la prévention de la criminalité et le contrôle de l'ordre et de la sécurité publique. De plus, un phénomène qui prévaut en common-law et également dans les stratégies européennes de police fait aussi ses premières apparitions: une

orientation du système pénal vers la collecte de renseignements. Dans tous les pays ayant rendu un rapport, la coopération entre la communauté du renseignement et la communauté d'exécution de la loi semble augmenter, non seulement au moment de la collecte de renseignements, mais aussi lors de leur traitement et du partage des données. Les rapports nationaux, à l'exception des Etats-Unis et des Pays-Bas, ne sont toutefois pas très éloquents quant à la séparation et à la coopération entre les procédures proactives et l'enquête pénale ainsi qu'entre les réseaux spécialisés dans ce domaine. Il semble qu'il y ait une grande différence non seulement au regard du rôle de la communauté du renseignement sous la législation pénale et, inversement, du rôle de la communauté d'exécution de la loi dans le domaine du renseignement. De grandes différences ont également été constatées en ce qui concerne le contrôle judiciaire (autorisation et mandat) et les garanties procédurales.²⁹ Des pays tels que la Roumanie, la Hongrie et la Croatie ont mis en place un système de contrôle strict par les autorités judiciaires, alors que d'autres laissent cela à la discrétion des forces de police et des agences du renseignement. Les procédures spéciales restent toujours spéciales, mais certaines sont plus permissives et d'autres plus restrictives.

Finalement, dans notre ère digitale, les définitions de la vie privée, de l'autorité publique et des données doivent être renouvelées afin de protéger les citoyens contre les intrusions massives dans leurs libertés, non seulement par la communauté du renseignement mais aussi par la communauté d'exécution de la loi.

Torture

Q 10. Votre système juridique permet-il l'usage de formes graves de techniques d'investigation (torture ou traitement cruel, exceptionnel ou inhumain) au cours de la phase d'exécution proactive, et, dans l'affirmative, à quelles conditions ?

Tous les pays ayant rendu un rapport, à l'exception des Etats-Unis, excluent ces techniques d'enquête et de collecte de renseignements et se réfèrent au caractère absolu de l'article 3 de la CEDH, aux conventions de Genève et à la Convention Internationale contre la Torture. Seul les Etats-Unis n'appliquent pas les standards internationaux et ont élaboré une définition nationale plus restreinte de la torture dans le MCA, en vertu de laquelle certaines techniques de torture, telle que la torture par l'eau (ou noyade), ont été institutionnalisées.

Habeas Data et Habeas Corpus

Q 11. En cas de crimes graves, votre système juridique permet-il de limiter - le droit aux données (habeas data), (protection des données, vie privée) ?

²⁹ Voir Partie IV.

- le droit à l'habeas corpus (arrestation, détention, déportation, remise extraordinaire, infiltration...)?

(Inclus également les sous-questions de Q 15.)

Les pays ayant rendu un rapport ont des approches très différentes quant aux questions relatives au droit aux données, telles que le caractère privé, la publicité interne des procédures, la publicité externe des procédures, etc. Les rapports nationaux semblent toutefois indiquer que les définitions classiques de l'habeas data et de la protection de la vie privée sont insuffisantes pour contrer le caractère intrusif des enquêtes coercitives actuelles entreprises par la communauté d'exécution de la loi et la communauté du renseignement dans les cas de criminalité grave. Cette situation a fait l'objet, par exemple, de nombreuses discussions en Allemagne et la jurisprudence des juridictions supérieures est riche d'enseignement à ce sujet. En 1983 déjà, la Cour constitutionnelle allemande a reconnu un droit constitutionnel à chaque individu de décider de la communication et de l'utilisation des informations concernant leur vie privée (*Recht auf informationelle Selbstbestimmung*). Certaines parties de la Loi Westphalie du Rhin-Nord sur les renseignements et sur la sécurité de l'Etat a été déclarée inconstitutionnelle en 2008.³⁰ Celle-ci permettait la surveillance online et les enquêtes online par les services du renseignement de manière préventive et discrétionnaire. Elle a toutefois été jugée inconstitutionnelle en raison de son manque de clarté, du fait qu'elle n'était pas la plus appropriée ni la plus efficace, et du manque de contrôle judiciaire (*Vorbehalt richtlicher Anordnung*). En 2007, la cour constitutionnelle fédérale³¹ a annulé une autorisation judiciaire autorisant une recherche online secrète (en vendant un programme informatique à un suspect et en l'installant sur son ordinateur) sur la base d'une simple suspicion qu'un groupe terroriste avait été créé. Cet acte a été fait en l'absence de l'intéressé et sans que lui soient notifiés les remèdes judiciaires disponibles. La cour a considéré ce stratagème comme ayant un caractère plus intrusif que la recherche, exécutée en présence du suspect et contre laquelle il existe certains remèdes légaux. Il découle clairement de la jurisprudence allemande que ces nouvelles techniques d'enquête ne peuvent être utilisées que lorsqu'aucune autre mesure ne semble plus appropriée et quand elles n'entrent pas en conflit avec des aspects fondamentaux de la vie privée (*unantastbaren Kernbereich privater Lebensgestaltung*). Certains auteurs soutiennent qu'un nouveau droit à la vie privée dans la sphère publique devrait être créé.

En ce qui concerne l'habeas corpus, souvent considéré comme le gardien principal de la liberté, tous les pays ayant rendu un rapport, à l'exception des

³⁰ BVerfG, 1 BVR 370/07 du 27.02.2008, Absatz-Nr. (1-333).

³¹ Bundesgerichtshof, Beschluss du 31.01.2007, StB 18/06.

Etats-Unis, affirment appliquer le droit à l'habeas corpus pour toutes les infractions, y compris les crimes graves et les infractions terroristes. Aucune réglementation particulière concernant une éventuelle détention proactive n'a été rapportée, bien que certains pays indiquent utiliser des mécanismes administratifs de limitation de liberté ou d'autres mesures de privation de liberté. Par contre, ce qui a changé, c'est le moment *ab quo* à partir duquel la procédure d'habeas corpus peut être déclenchée, autrement dit le délai entre la détention policière et l'examen judiciaire subséquent. Aux Pays-Bas, la détention préventive (14 jours) pour un individu suspecté de terrorisme peut actuellement être ordonnée sur simple base d'une suspicion raisonnable, alors que pour les crimes ordinaires, il faut des motifs sérieux avant de détenir un suspect et la détention peut durer 14 jours. La France a étendu la détention policière régulière (garde à vue) de 24 heures à 6 jours pour les infractions terroristes. En Espagne, le délai limite maximum pour des infractions terroristes est de 5 jours. En Grande-Bretagne, à la suite d'une opposition bruyante contre la proposition gouvernementale d'augmenter ce délai à 90 jours, une dérogation extraordinaire à la CEDH autorise maintenant un délai maximum de 28 jours. La proposition d'augmenter de 28 jours à 42 jours la détention des personnes suspectées de terrorisme mais n'ayant aucune charge retenue contre eux, est à l'origine aujourd'hui d'un vif débat.³² La durée maximale de la détention préventive a également changé. Aux Pays-Bas, par exemple, la durée a été étendue de 110 jours à 2 ans, une période durant laquelle aucune révélation du dossier n'est faite aux avocats de la défense.

En Grande-Bretagne, bien que toutes les mesures de privation de liberté puissent être sujettes à un bref d'habeas corpus et qu'aucune disposition ne prévoit d'arrestation secrète ou de remise extraordinaire, une forme de détention sans jugement a été introduite par la loi sur la prévention du terrorisme en 2005. Le Secrétaire d'Etat peut, en effet, imposer des ordres de contrôle quand il/elle a des motifs raisonnables de suspecter l'implication dans des activités terroristes. Les ordonnances de contrôle, incluant les assignations à domicile et d'autres ordres contraignants, sont principalement basées sur des preuves secrètes et sur des auditions rapprochées. Seuls les avocats désignés par le Ministre de la Justice ont accès au dossier. La durée de l'ordonnance de contrôle est de 12 mois, mais elle peut être renouvelée indéfiniment. Certains ordres de contrôle requièrent toutefois une autorisation judiciaire. D'autres cependant ne nécessitent aucune autorisation du pouvoir judiciaire. Les ordres supervisés par le pouvoir judiciaire impliquent généralement du matériel confidentiel et des avocats spécialisés désignés par le Ministre de la Justice. Le Commissaire aux droits de l'homme du

³² A l'heure où ce rapport est rédigé, la Chambre des Lords a rejeté la proposition gouvernementale.

Conseil de l'Europe a critiqué le fait que les ordres puissent émaner d'une autorité exécutive avec un contrôle judiciaire limité, réduisant ainsi significativement les garanties procédurales. Il se souciait du fait qu'il n'existe aucune frontière claire entre un ordre de contrôle devant faire l'objet d'une supervision judiciaire et les ordres discrétionnaires.

Les rapports nationaux, à l'exception de celui des Etats-Unis, ne semblent indiquer l'existence dans leur système de justice pénale d'aucune législation ni pratique de remise extraordinaire, y compris les remises secrètes en lien avec la CIA. Cependant, plusieurs cas de remise extraordinaire ont été dévoilés et des enquêtes ou poursuites ont été ouvertes.³³

PARTIE IV. TRANSFORMATION DES DISPOSITIONS AVANT JUGEMENT (PROCEDURE CRIMINELLE DE DROIT COMMUN, PROCEDURES SPECIALES)

Accroissement des pouvoirs d'investigation et des obligations de coopération

Q 11. Votre système juridique a-t-il connu un accroissement

- des pouvoirs d'investigation et des pouvoirs de contrainte (perquisitions et saisies, interceptions et écoutes téléphoniques, décisions de gel des avoirs, ordres de production de preuves, arrestation et détention, infiltration, etc.) de la part des autorités ?

- des obligations de coopération de la part des personnes poursuivies ? Si oui, de quelle façon ? Existe-t-il de nouvelles obligations de coopération prévues dans les dispositions transnationales (par exemple, production d'ordres transnationaux d'information) ?

1. Le droit de garder le silence et ses conséquences. Voir question 4 (infra).

2. Les mesures introduites concernant les suspects. Voir question 20 (infra).

3. L'utilisation des fournisseurs de service internet, des agences de voyages, des compagnies aériennes et des compagnies de carte de crédit pour stocker des renseignements. Voir question 16 (infra)

4. L'utilisation extensive d'ordres de production par les services de renseignement, la police, les autorités administratives et l'utilisation de la surveillance transactionnelle (ordinateurs personnels, fournisseurs de services, et données publiques). Voir question 16 (infra)

Changement des pouvoirs d'enquête

Q 13 Un changement des pouvoirs s'est-il produit dans votre pays

³³ M. Nino, The Abu Omar Case in Italie and the effects of CIA extraordinary renditions in Europe on Law Enforcement and Intelligence Activities, 78 (1&2), Revue Internationale de Droit Pénal, 113 (2007).

- de la part du pouvoir judiciaire (magistrats instructeurs, juges chargés de la phase préliminaire), vers le pouvoir exécutif compétent en matière d'investigation (police, procureurs, services de renseignements, agences administratives d'exécution, armée) ? Si oui, comment et dans quelle mesure ?

- des autorités de poursuite vers la police, etc. ? Si oui, comment et dans quelle mesure ?

Comme indiqué dans les parties I-III, dans la plupart des pays ayant rendu un rapport, un changement de pouvoir s'est opéré de la part du pouvoir judiciaire vers le pouvoir exécutif. Ce changement est d'autant plus important qu'il s'est accompagné d'un développement de nouvelles techniques d'enquête proactive, telles que les surveillances électroniques sous couverture, et la surveillance physique électronique. On peut donc affirmer que les pouvoirs des forces de police deviennent, en règle générale, de plus en plus étendus (ou sont historiquement forts, comme en Finlande) et qu'il existe de fortes tendances au basculement des pouvoirs du judiciaire vers le bureau du procureur. Cependant, certains pays semblent suivre une trajectoire inverse. Ainsi, en Roumanie, en Pologne et en Colombie, la tendance est à plus de contrôle judiciaire, particulièrement quand les mesures coercitives traditionnelles sont concernées. En Colombie, le nouveau code de procédure pénale (accusatoire) de 2006 a introduit un contrôle judiciaire plus fort de la part du juge de la phase préliminaire.

Les rapports nationaux ne donnent cependant que peu d'informations sur la relation entre la communauté d'exécution de la loi et les agences administratives d'exécution. Le rapport belge contient plusieurs indications indiquant une augmentation des pouvoirs des agences administratives d'exécution et une augmentation du partage d'informations entre toutes les agences d'exécution, particulièrement dans le domaine financier.

Procédure pénale et changement des garanties procédurales et des droits procéduraux

Q 4 A quel(s) stade(s) du procès pénal votre système juridique prévoit-il

- la présomption d'innocence ?

- le droit du suspect/accusé de garder le silence et le droit de ne pas être contraint de témoigner contre lui-même ou de s'avouer coupable ?

Le mécanisme déclencheur permettant de définir le suspect et donc d'appliquer les garanties procédurales le concernant, est un point crucial. Il existe, dans les pays ayant rendu un rapport, des différences importantes quant à ce mécanisme déclencheur, certains pays adoptant des critères objectifs, d'autres préférant des critères subjectifs. En Pologne par exemple, les droits du suspect ne commencent qu'au moment de la phase d'accusation, dans la phase terminale de la procédure. La modification des critères pour l'application des mesures coercitives en abaissant les standards à appliquer en matière de suspicion

raisonnable ou d'indices sérieux à un critère de simples indices sans réelle substance, a des conséquences importantes pour les garanties procédurales applicables. A quel moment une personne faisant l'objet d'une enquête par la communauté du renseignement/communauté d'exécution de la loi devient elle suspecte et à quel moment peut-elle jouir de ses droits du suspect (et les recours qui sont mis à sa disposition) ? Certains pays concernés par cette étude tels que la Finlande, la Roumanie, les Etats Unis, les Pays Bas, l'Italie, L'Allemagne et le Royaume Uni ont adopté ces standards minimums dans leur droit pénal.

L'UK Terrorism Act de 2000 prévoit des mécanismes d'arrestation et de fouille de la personne en l'absence de suspicion raisonnable. Les juridictions ont toutefois conclu qu'un tel mécanisme se doit d'être en rapport avec une potentielle menace terroriste. Aux Pays Bas, les techniques spéciales d'enquête peuvent être utilisées dans les cas d'infractions terroristes, sans même considérer l'existence d'une suspicion raisonnable, tout indice étant suffisant. Dans d'autres pays ayant rendu un rapport, un tel mécanisme tombe en-dehors de la législation pénale ordinaire et est d'ordre punitif. En conséquence, l'architecture classique du principe de la séparation du travail et des pouvoirs entre le droit administratif et le droit pénal a disparu. Des mesures coercitives sont utilisées de façon préventive et pas seulement par les autorités judiciaires. Ceci pose trois problèmes. Quel type de garanties procédurales doit être appliqué dans un régime proactif où la communauté du renseignement est active ? Quel type de garanties procédurales devrait s'appliquer dans un régime proactif où la communauté d'exécution de la loi et/ou le bureau du procureur est/sont actif(s) ? Quelles garanties procédurales doivent s'appliquer en ce qui concerne le partage d'information et l'utilisation des renseignements de la communauté du renseignement et/ou d'informations proactives dans les procédures criminelles ?

Nous pouvons illustrer ce problème en considérant particulièrement la question de la présomption d'innocence. Traditionnellement, la présomption commence quand le suspect est inculqué pour la première fois et elle finit une fois que le prévenu a reçu un procès équitable et a été déclaré coupable. Cependant, la majorité des pays ayant rendu un rapport démontrent que les définitions des notions d'inculpation et de mesures coercitives sont en train de changer. C'est également le cas concernant la définition de la notion de suspect et tout ce qu'elle implique pour la personne. Certains de ces changements ont été considérés comme inconstitutionnels et interprétés comme une violation de la présomption d'innocence. C'est le cas, par exemple, de l'investigation financière proactive en Italie concernant la possession illégale ou la détention de biens, basée sur le principe d'onus probandi dont bénéficie la personne. Les rapports nationaux indiquent clairement que les pays qualifient les techniques d'enquête et leur caractère contraignant de manière très différente. Cela a des répercussions concernant la compétence *ratione personae*, mais aussi concernant la nécessité

d'une autorisation judiciaire ainsi que sur l'utilisation des informations obtenues comme élément de preuve (voir Q 15.).

La plupart des pays ayant rendu un rapport considèrent le droit du suspect de garder le silence comme une caractéristique importante de leur justice pénale. Les suspects sont informés de leur droit de garder le silence lors de leur arrestation ou, dans certains des pays en question, pendant leur interrogatoire. Néanmoins, dans les cas d'infractions graves, l'information devient l'objectif principal, même si elle provient du suspect ou de son avocat. De même, dans certains de ces pays, le silence du prévenu peut avoir des répercussions négatives et le refus de coopérer et de fournir des informations en rapport avec des actes terroristes est condamnable en soi comme une infraction. A cet égard, la Grande Bretagne est un cas intéressant. Dans le régime procédural anglais, le droit au silence est garanti du fait que tout témoignage émanant d'une personne inculpée ne peut être donné que sur une base volontaire (cf. infra). De manière controversée, ce droit est cependant sujet à d'importantes exceptions depuis le CJ&PO Act de 1994 qui permet aux jurés de tirer des conclusions négatives du silence du prévenu lors de l'interrogatoire par la police. Le juge doit néanmoins prudemment orienter le jury sur cette question sous peine d'aller à l'encontre ou d'enfreindre l'article 6 (1) de la Convention Européenne des droits de l'homme.

Dans certains pays, tels que les Etats-Unis, le droit au silence est même considéré comme une prérogative constitutionnelle, mais la communication doit être une disposition incriminante et indisputable. La révélation de l'identité d'un individu à un membre de la police n'est pas protégée par cette prérogative et peut mener à une condamnation pénale en l'absence de révélation.

Le devoir de coopération d'une tierce personne peut sans aucun doute être utilisé afin de contourner le droit au silence. La Grande Bretagne inflige une lourde responsabilité pénale aux personnes qui détiennent des informations qu'ils savent être ou pouvant être d'une aide matérielle dans la prévention d'actes terroristes ou l'arrestation, la poursuite judiciaire ou la condamnation d'une autre personne impliquée dans la commission, la préparation ou l'investigation d'un acte terroriste, sans les rapporter à la police, et en ne fournissant seulement que les informations requises. Des devoirs d'information sur des personnes travaillant dans le secteur financier sont également compris dans l'Anti-Terrorism, Crime and Security Act en date de 2001.

Certains pays ayant rendu un rapport reconnaissent sans équivoque le droit du suspect de ne pas être contraint de témoigner contre lui ou de s'avouer coupable (*nemo tenetur*), même en dehors du système de justice pénale. C'est le cas notamment des Etats-Unis. D'autres pays, comme les Pays Bas, ne reconnaissent pas le caractère général de ce principe et vont jusqu'à restreindre l'application des normes DHH à cet égard. L'Allemagne, entre autre, reconnaît ce principe mais en limite son application dans le cadre des procédures pénales.

La plupart de ces pays ont limité les privilèges des professions libérales lors des procédures pénales, tels que les privilèges légaux ou journalistiques. En Belgique, un juge d'instruction peut obliger des journalistes à révéler des informations concernant des affaires de prévention du terrorisme. En raison des dispositions communautaires européennes, le privilège légal a été limité dans des cas de blanchiment d'argent et d'enquêtes sur le financement du terrorisme. Les avocats de la défense ne peuvent pas compter sur le privilège légal lorsqu'ils tiennent le rôle de conseillers financiers-légaux ; ils ne peuvent compter sur ce privilège que dans leur rôle d'avocat à la cour.

Spécialisation dans l'administration de la justice pénale

Q 14. Une spécialisation et/ou une centralisation des autorités judiciaires d'investigation ont-elles eu lieu dans votre pays ?

Une spécialisation des autorités judiciaires d'enquête a eu lieu dans la majorité des pays ayant rendu un rapport. La plupart des pays disposent en effet d'agences spécialisées dans le domaine de l'enquête policière. Certains pays, comme la Belgique, les Pays-Bas, la Croatie, la Pologne, la Roumanie, l'Italie, le Brésil, l'Allemagne, etc. ont également des bureaux du procureur exerçant principalement des compétences nationales, tels que le bureau de procureur antimafia et antiterrorisme en Italie, le *Bundesstaatanwaltschaft* en Allemagne ou la Direction d'investigation des infractions de criminalité organisée et de terrorisme. En 2005, le gouvernement britannique a créé une agence spécialisée et centralisée (SOCA) chargée de la lutte contre la criminalité grave et organisée. Toutefois, des spécialisations et centralisations ne sont pas nouvelles dans le système de justice pénale anglais. En effet, les enquêtes sur le terrorisme ont toujours été centralisées entre les mains de l'Autorité de police métropolitaine qui, à cet égard, dispose d'une compétence nationale. Le bureau (SFO) de fraude grave est un autre exemple d'agence spécialisée dans l'investigation des infractions graves au sein d'une institution centralisée.

Des pays tels que la Belgique ou l'Espagne ont également des magistrats spécialisés en charge des investigations. L'Espagne, la Croatie et la France ont même une magistrature spécialisée pour les infractions graves, bien que cela reste exceptionnel. Une telle spécialisation est bien sûr une évolution positive, mais signifie aussi, dans certains cas, qu'il existe des règles exceptionnelles. La *Audiencia Nacional* espagnole est un bon exemple de justice pénale spécialisée chargée de la criminalité grave, notamment le terrorisme.

Utilisation du renseignement

Q 8. Votre système permet-il l'utilisation du renseignement (par exemple, renseignement policier, information émanant des services nationaux ou étrangers de renseignement) dans les procédures criminelles, telles que

- enquête préliminaire en vue de l'ouverture d'une investigation criminelle ?

- *preuve d'une cause probable pour user de mesures de contrainte sur les lieux et sur les personnes (par exemple perquisition et saisie, arrestation, détention) ?*

- *preuve de responsabilité/culpabilité dans les poursuites pénales ?*

Le « renseignement » est ici défini comme une information obtenue par les agences du renseignement et/ou obtenue par la communauté du renseignement de manière proactive. Il n'existe aucun accord international encadrant l'utilisation de ce type de renseignement en matière pénale. Les systèmes juridiques pénaux des pays ayant rendu un rapport diffèrent en la matière. Comme nous l'avons vu dans la Partie III, il existe d'importantes différences, non seulement concernant, d'une part, le rôle de la communauté du renseignement au regard de la législation pénale et, d'autre part, le rôle de la communauté d'exécution de la loi dans le domaine du renseignement. La plupart des pays, comme l'Autriche, l'Italie, l'Espagne et la Finlande, ont préféré utiliser la procédure classique. D'autres pays, comme les Etats-Unis, le Royaume-Uni et les Pays-Bas disposent de procédures spéciales concernant l'utilisation des renseignements en matière pénale.

La majorité des pays ayant rendu un rapport considère les renseignements comme des informations générales pouvant être utilisés de manière ordinaire dans le procès pénal, et non comme des éléments de preuve et encore moins comme seule et unique preuve. Cependant, les procédures pénales étant de plus en plus orientées vers la collecte et les enquêtes préliminaires d'informations, des réformes législatives majeures ont été menées et la jurisprudence a augmenté en la matière. De plus, les renseignements étant principalement classés, il en résulte des procédures pénales ex parte dans la phase préliminaire et dans la phase du jugement.

Une distinction doit être faite entre les différents types d'utilisation des renseignements: l'utilisation des informations comme éléments directeurs et l'utilisation pour le partage de données ; utilisation en vue de l'ouverture d'une enquête judiciaire ; utilisation comme preuve d'une cause probable pour user de mesures de contrainte sur les lieux et les personnes ; utilisation comme preuve de responsabilité/culpabilité dans les poursuites pénales.

Tous les pays ayant rendu un rapport, à l'exception de la Turquie, et dans lesquels les renseignements ne sont utilisés que pour répondre à des objectifs de prévention, acceptent l'utilisation des renseignements comme éléments directeurs et comme éléments déclencheurs en vue de l'ouverture d'une enquête judiciaire par la police ou par le procureur. Cela signifie que le renseignement secret peut faire office de point de départ de l'enquête judiciaire. Il en résulte un flux transparent de renseignements entre la communauté du renseignement et la communauté d'exécution de la loi. On peut aussi clairement parler d'un transfert d'information entre la communauté d'exécution de la loi et la communauté du

renseignement, dans un sens comme dans l'autre. Les rapporteurs nationaux de certains pays indiquent également la mise en place de « banques de données » partagées (telles que le Anti-Terror File en Allemagne, le CT Info box aux Pays-Bas) et des centres spécialisés pour les infractions graves : OCAM en Belgique, le NCT et le FEC aux Pays-Bas ou le Joint Terrorism Analysis Center aux Royaume-Uni. Le centre de coordination anti-terroriste est un centre spécialisé traitant des informations relatives au terrorisme et s'occupant d'analyser la menace et le risque terroriste, quoique dans certains cas, comme en Belgique, il existe également des tâches d'enquêtes (par exemple l'équipe commune d'enquête responsable de la surveillance d'individus et d'organisations spécifiques). Dans la plupart des cas, ces centres ont accès aux données informatiques des services du renseignement, des agences administratives (migration, transport) et des autorités judiciaires.

Les pays ayant rendu un rapport différent largement quant à l'utilisation des renseignements comme preuve d'une cause probable pour user de mesures de contrainte sur les lieux et les personnes. Dans la plupart des pays, comme en Croatie, cela dépend du type de mesure coercitive. L'information est exclue comme élément déclencheur pour la suspicion raisonnable et pour l'arrestation ou la détention avant jugement. Au Royaume-Uni, l'information peut valoir comme preuve d'une « cause probable » afin de justifier des mesures contraignantes. Dans une récente affaire, les juridictions ont explicitement abordé la question et ont autorisé l'utilisation des renseignements comme preuve d'une cause probable, même lorsque le renseignement a pu être obtenu sous la torture, bien que cela reste discutable dans le cas où les renseignements obtenus de cette façon l'ont été en connivence avec les autorités britanniques. En Italie, aucune utilisation procédurale des déclarations des informateurs n'est autorisée, même pas comme mécanisme déclencheur afin d'utiliser des mesures coercitives (par exemple, la présence d'indices sérieux autorisant la mise sur écoute). De plus, la Cour Suprême italienne a décidé que la mise sur liste noire de terroristes ou d'organisations terroristes ne pouvait pas être utilisée comme preuve dans la phase avant jugement ou durant le procès pénal.

Les pays ayant rendu un rapport ont des positions complètement antagonistes quant à l'utilisation des renseignements comme preuve de responsabilité / culpabilité dans les poursuites pénales. Très peu de pays excluent explicitement l'utilisation d'informations comme élément de preuve (par exemple, la Croatie). Cependant, leurs régimes légaux sur les règles de preuve (par exemple, en Espagne) ou sur la procédure accusatoire (par exemple, en Italie et en Allemagne) rendent difficile pour les renseignements d'être considérés comme preuve légale dans les matières pénales. En Italie, par exemple, le code de procédure pénale n'exclut pas l'utilisation des renseignements comme preuve devant la cour, mais cette utilisation est soumise à la stricte condition que la

source de renseignement (incluant les agents secrets et leurs informateurs) puisse être entendue et contre-interrogée au procès durant les auditions. Une telle condition concernant l'utilisation des renseignements dans un procès de nature accusatoire est relativement unique en Europe. Le code de procédure pénal italien stipule également que les résultats obtenus grâce aux mesures préventives, incluant la mise sur écoute préventive, ne peuvent jamais être inclus dans le dossier avant jugement ou celui du jugement. Ils ne peuvent être utilisés qu'en tant que mécanismes déclencheurs en vue de l'ouverture d'une enquête judiciaire. La révélation d'une telle information est lourdement condamnable par la loi. Bien que le système accusatoire soit appliqué en Allemagne, il est possible d'utiliser des dépositions filmées par caméra vidéo ou fondées sur la foi d'un tiers dans les cas où la sécurité nationale est mise en danger. C'est pourquoi la Oberlandesgericht d'Hambourg a décidé d'utiliser certaines informations fournies par les services secrets des Etats-Unis dans l'affaire terroriste Motassadeq, malgré l'absence des agents comme témoins au procès.³⁴ Il est étonnant que les pays qui ont une longue tradition d'utilisation des situations d'urgence ou spéciales, tels que l'Italie ou la Colombie, ont cependant des règles très strictes concernant leur procédure accusatoire, notamment s'agissant de l'utilisation des renseignements dans de telles procédures d'urgence.

A l'autre extrême, on retrouve l'Angleterre, les Etats-Unis et récemment les Pays-Bas. Aux Etats-Unis, la CIPA régule l'utilisation des « informations classées » dans le procès pénal ordinaire. Essentiellement, il est décidé à l'occasion d'une conférence avant-jugement (par caméra) quelle information sera utilisée pendant l'audition, et un ordre protectif (secret) est imposé à la défense, qui a accès à l'information. La CIPA stipule que la procédure sera ex parte pour les deux parties quand elles utilisent des informations classées. Cependant, l'intérêt du pouvoir exécutif, en protégeant les informations classées, ne doit pas triompher des droits du défendant de défendre son cas. Si la juridiction de jugement estime l'information classée pertinente et matérielle dans le cas d'espèce, elle doit être autorisée, à moins que le gouvernement ne fournisse une substitution adéquate. Le cas échéant, c'est le gouvernement qui décidera de la dévoiler ou de la taire.

Au Royaume-Uni, la possibilité d'une audition dans la phase préliminaire du procès a été étendue considérablement en vertu de la nouvelle législation anti-terroriste. Sous le Terrorism Act de 2006, des auditions préparatoires deviennent obligatoires dans beaucoup d'affaires terroristes. En principe, durant la phase préliminaire du jugement, des témoins peuvent être entendus, y compris des agents du renseignement. Le contre-interrogatoire est toutefois présumé obligatoire. Celui-ci est conduit par des avocats spécialisés chargés de traiter les affaires impliquant du matériel classé secret. Ils sont spécialement désignés pour

³⁴ OLG Hamburg, decision du 14 Juin 2005, IV-1/04.

représenter les intérêts d'une personne, lorsque du matériel est gardé secret aux yeux de cette personne et de ses avocats ordinaires. Quand les agents du renseignement agissent en tant que témoin dans ces auditions préliminaires, leur témoignage et les informations sur lequel ils fondent leur témoignage seront vraisemblablement classés comme étant du matériel (très) sensible. Sous la CPIA, les informations peuvent être classées sensibles ou même très sensibles. Ces informations ne seront pas dévoilées à la défense. Seul le procureur a accès à la preuve ainsi qu'à l'agenda de divulgation. Bien que la règle d'or générale concernant la divulgation, stipulée uniquement dans les législations en vigueur de 1992 et 1996 et dans la jurisprudence, dispose que le procureur doive en principe divulguer toutes les informations à la défense, celui-ci fera une demande d'immunité d'intérêt public quand il voudra utiliser ces informations durant les procédures pénales. Une telle couverture sous le régime d'immunité d'intérêt public est une décision qui doit être prise par une juridiction, et non pas par un agent du renseignement. Quand la demande a été faite dans l'intérêt de l'enquête pénale ou des poursuites pénales, elle n'est admissible que si la juridiction estime qu'il est dans l'intérêt de la justice de la prendre en considération. Pour ce faire, le juge examinera la pertinence de la preuve, la crédibilité du témoin ainsi que sa valeur probatoire.

La législation néerlandaise a adopté un nouveau projet de loi sur l'utilisation des renseignements dans les procédures pénales, les incluant comme élément de preuve dans les procès pénaux. Une procédure distincte ex parte est introduite pour l'interrogation des agents secrets considérés comme témoins anonymes protégés. De même que pour les témoins menacés, le témoin protégé ne doit plus apparaître durant l'audition. La décision est prise par le magistrat d'instruction à la requête du département des poursuites publiques, du témoin, du juge du principal ou ex officio. Le magistrat d'instruction doit être avisé de l'identité du témoin. Il organise l'interrogatoire ex parte. Les juges du principal ne reçoivent que le transcrit du témoignage de l'agent du renseignement et seulement après avoir reçu son consentement. Les rapports établis par des services du renseignement néerlandais et étrangers peuvent alors servir de preuve légale dans les procédures pénales, et non plus seulement comme des documents ne pouvant servir de preuves qu'en rapport avec le contenu d'autres preuves.

D'autres pays, comme la Belgique, ont élaboré une nouvelle solution intéressante à mi-chemin entre les autres. La procédure pénale belge (voir supra) a augmenté ses enquêtes basées sur la collecte de renseignements et sur la coopération entre la communauté du renseignement et la communauté d'exécution de la loi. La procédure pénale belge crée un double dossier, c'est-à-dire, d'une part, un dossier classé avec le *modus operandi* (le mandat, l'identité, etc.) des méthodes proactives et/ou spéciales d'enquête (comme l'observation ou l'infiltration) et,

d'autre part, un dossier non classé contenant la substance et les résultats des méthodes proactives et/ou spéciales d'enquête. Il est intéressant de noter qu'il existe un contrôle judiciaire complet du dossier classé par la chambre de l'instruction préliminaire. L'audition devant la chambre de l'instruction préliminaire est ex parte, mais la chambre peut entendre le bureau du procureur, le magistrat en charge de l'investigation, les officiers de police impliqués, les agents du renseignement, et l'avocat de la défense. Chaque partie est entendue séparément. La chambre de l'instruction préliminaire décide de la légalité de la procédure préliminaire, y compris du rassemblement des preuves. Les juges du principal n'ont pas accès à ce dossier, étant donné que le dossier classé leur est tenu secret. Ils ne décident pas des éléments qui doivent être divulgués aux parties. Le deuxième dossier (procès-verbal) est une partie des procédures accusatoires du procès. Par conséquent, le contenu du dossier peut également être utilisé comme élément de preuve, mais jamais comme élément décisif ou exclusif. En effet, la Cour constitutionnelle a exclu les renseignements comme éléments de preuve per se, mais ils peuvent constituer des éléments additionnels (dans ce cas, des témoignages anonymes) afin de corroborer les autres éléments de preuve.

Changement dans les règles de base de la procédure pénale : mesures coercitives, preuve et divulgation

Q 15. Les règles de votre système juridique ont-elles changé en ce qui concerne :

- les conditions d'approbation des mesures de contrainte (mandat) de la part des autorités judiciaires ?

- la compilation du dossier d'investigation ou la révélation de la preuve en vue de la conserver ex parte, et par conséquent non accessible à la défense ?

- la preuve destinée à inclure l'accusé comme source de preuve ?

- les conditions de l'arrestation et de la détention ? Votre système juridique dispose-t-il de possibilités d'arrestation et de détention secrètes, de déportation, et de reddition extraordinaire sans habeas corpus ? Voir question 11

La plupart des pays ayant rendu un rapport semble adhérer aux conditions d'approbation des mesures de contrainte, c'est-à-dire au mandat judiciaire préalable et au principe de suspicion raisonnable. La plupart des pays s'arrangent également pour qu'il y ait des obligations de notification a priori et a posteriori. Cependant, de nombreux rapports ont signalé certains problèmes survenant en raison de ce devoir de notification et de la recherche de garanties procédurales. C'est notamment le cas concernant les nombreuses techniques de surveillance digitale. En effet, certains pays considèrent de nombreux cas de surveillance digitale comme équivalant à une recherche ; d'autres, cependant, peuvent être utilisées sans qu'aucun mandat ne soit délivré, lorsqu'il s'agit de confirmer des indications ou d'utiliser des appareils d'écoute. L'augmentation des enquêtes

proactives ainsi que le chevauchement entre la communauté du renseignement et la communauté d'exécution de la loi ébranlent davantage les conditions d'approbation des mesures de contrainte (mandat judiciaire). Au Royaume-Uni, le Regulation of Investigatory Powers Act 2000 stipule que l'interception de communications et des données de facturation requièrent l'émission d'un mandat judiciaire par le secrétaire d'état. De même, dans certains pays, ce sont les juridictions supérieures qui conditionnent l'exercice de techniques spéciales d'enquête à l'obtention de mandats judiciaires. C'est le cas, par exemple, du Conseil Constitutionnel français, qui insiste sur le fait que les restrictions aux libertés publiques doivent être non-discriminatoires, proportionnées et nécessaires pour découvrir la vérité. En Belgique, en 1994, la Cour d'Arbitrage (aujourd'hui appelée Cour constitutionnelle) a jugé inconstitutionnelles plusieurs parties de la réforme sur les techniques spéciales proactives d'enquête. En 2005, une nouvelle loi sur l'exécution proactive a été adoptée, bien qu'en 2007, certaines parties de celle-ci aient été, encore une fois, déclarées inconstitutionnelles par la Cour constitutionnelle. Celle-ci visait alors des éléments essentiels de l'état de droit. L'argument de la cour était que les méthodes d'enquête susceptibles d'interférer avec les droits de l'homme requièrent un contrôle judiciaire effectif. L'absence d'un tel contrôle sur les méthodes d'enquête permettant au bureau du procureur et aux autorités judiciaires de collecter les preuves accusatrices affecte la notion du procès et de la justice équitable. Par conséquent, l'observation et l'utilisation d'appareils d'écoute dans des domiciles privés ne peuvent être effectuées sans autorisation judiciaire, ces techniques pouvant être comparées aux recherches, à la mise sur écoute ainsi qu'à l'enregistrement de communications d'ordre privé. La Cour n'a pas accepté le contournement des garanties judiciaires via l'enquête préliminaire ou proactive, tout du moins lorsqu'elles interfèrent avec les droits de l'homme concernant le respect de la vie privée. L'accès aux comptes bancaires et les ordres de gel ne peuvent pas être comparés à la recherche dans un domicile privé, ce qui explique pourquoi elles peuvent être exécutées par le bureau du procureur sans mandat judiciaire. Dans le cas d'un examen judiciaire a priori ou a posteriori au moyen d'un mandat judiciaire, il existe, dans certains pays ayant rendu un rapport, par exemple aux Etats-Unis, un vif débat concernant les standards d'examen par les juridictions. Dans certains pays, comme en Angleterre, le système d'autorisation judiciaire qui permet l'utilisation de mesures coercitives n'a pas changé récemment, bien que les conditions de détention des personnes suspectées d'infraction terroristes (n.b.: cette définition est très large, et ne couvre pas seulement les « terroristes » ; l'inclusion d'infractions substantielles relatives à la divulgation d'informations étend largement le champ d'application de la définition) ont changé dramatiquement en raison du fait que de nouvelles mesures et procédures pénales hors du système de justice pénale ont été développées (par exemple, les ordres de contrôle et les récupérations de biens).

Dans beaucoup de pays ayant rendu un rapport, les règles de divulgation de la preuve n'ont pas tellement changé. Dans certains pays, par exemple en Angleterre, elles sont contournées par des procédures alternatives relatives à l'interdiction de certaines organisations (et, par conséquent, l'infraction pénale d'association à une telle organisation) ou aux Special Immigration Appeals comprenant des informations classées ne pouvant pas être dévoilées (bien que ces informations soient révélées en totalité aux avocats spécialisés agissant au nom de l'« accusé »). Dans les procédures pénales, la divulgation complète au début du procès devrait être la règle et est d'ailleurs la règle dans beaucoup de pays ayant rendu un rapport. Cependant, dans certains de ces pays, la divulgation est limitée dans le cas d'infractions terroristes, et certaines informations et certaines preuves sont rendues inaccessibles aux avocats de la défense dans les procédures ex parte (comme aux Pays-Bas avec les témoins anonymes). Des restrictions à la divulgation totale sont possibles sur base de motifs divers (principalement la protection de la vie des témoins, mais aussi dans l'intérêt d'une enquête en cours ou dans l'intérêt de la sécurité nationale). De nombreuses questions persistent néanmoins: qui décide de la compilation du dossier; quelle sorte de contrôle est mise en place; quelles options sont ouvertes à la défense pour leur permettre d'ajouter des éléments au dossier ou pour tester les preuves; quelles limites, sur quels motifs et jusqu'à quand?

Certains pays ayant rendu un rapport soulignent la difficulté pour les avocats de la défense d'avoir accès au dossier. Le rapporteur turc a indiqué l'existence de réels problèmes d'accès au dossier, principalement quand celui-ci est entre les mains de la police. A ce stade, l'accès est impossible sans autorisation du bureau du procureur. Aux Pays-Bas, c'est la même chose quand les périodes spéciales de détention avant jugement de deux ans sont appliquées pour les infractions graves.

Concernant les règles de preuve, les réformes sur les procédures accusatoires ont de toute évidence renforcé les règles de preuve. Cependant, beaucoup de rapports indiquent non seulement que les procédures pénales semi-inquisitoires, mais également les procédures accusatoires, connaissent de nombreuses exceptions aux règles de preuve orale ainsi qu'à l'immédiateté et l'interdiction de la preuve par ouï-dire ou des preuves de auditu. En Angleterre, les règles de preuve par ouï-dire qui sont utilisées pour exclure des déclarations non-substantielles dans les procédures pénales sont adoucies par le Criminal Justice Act 2003. Celui-ci stipule que certaines règles sont respectées et que certaines déclarations sont admissibles particulièrement si elles ont été faites par quelqu'un en-dehors du Royaume-Uni. Les juridictions doivent décider s'il est dans l'intérêt de la justice d'admettre ou de rejeter des arrangements à l'amiable ou des preuves documentaires. Les règles en matière de preuve sont cependant relativement sévères. Les informations provenant, en particulier, des services

secrets étrangers sont par conséquent susceptibles d'être sujettes à un contrôle approfondi. Certains pays ayant rendu un rapport excluent certaines preuves obtenues de manière proactive. La Croatie, grâce à sa jurisprudence, excluait comme élément de preuve les conversations entre les défendeurs et les agents sous couverture. Cependant, depuis 2005, le législateur autorise l'utilisation de ces conversations comme preuve pour les infractions de crime organisé et de corruption. L'Italie exclut comme preuve devant les juridictions pénales tous les renseignements provenant de mesures proactives ou préventives. La Cour constitutionnelle belge a interdit l'utilisation des renseignements (dans ce cas, des déclarations ou témoignages anonymes) comme élément de preuve, bien qu'ils puissent servir pour corroborer d'autres éléments de preuves.

Ordres de production

Q 16. Des ordres de production spécifiques (subpoena ou non) ont-ils été introduits dans votre pays pour stocker de l'information à la disposition des fournisseurs de services (fournisseurs internet, agences de voyage, compagnies aériennes, compagnies de cartes de crédit) ?

Dans beaucoup (mais pas la totalité) de pays ayant rendu un rapport, les pouvoirs de requérir des renseignements à la disposition des compagnies publiques et privées durant une enquête préliminaire ont été élargis, tant qu'ils concernent la préparation de l'enquête pénale sur des infractions terroristes. Il est évident que font désormais parmi des enquêtes pénales, la collecte de renseignements « en temps-réel » (communication), de renseignements sur des transactions (cartes de crédit) ou des informations sensibles (race, religion), combinée avec des obligations de conservation des données et une obligation de décryptage. Toute cette collecte de renseignements peut être entreprise dans la phase préparatoire des investigations criminelles sur le terrorisme. Cependant, il ne ressort pas clairement des rapports nationaux qu'il existe une plus grande obligation de coopération de la part des personnes investiguées. En général, les critères pour exiger la production de documents et la divulgation d'informations, particulièrement s'agissant de suspects, n'ont pas été rabaissés. On constate toutefois que les tierces personnes ou organisations sont devenues l'objet de nouvelles obligations de coopération. Les rapports nationaux ne disent rien sur les ordres transnationaux de production, tels que, par exemple, dans l'affaire Swift.

Contrôle judiciaire de la preuve avant jugement

Q 17. La preuve avant jugement, recueillie par les autorités policières ou judiciaires, est-elle soumise au contrôle judiciaire (admissibilité de la preuve avant jugement) dans votre pays ? Existe-t-il des mesures spéciales en matière de crimes graves ?

La plupart des pays ayant rendu un rapport disposent de mécanismes procéduraux ou de juridictions spéciales avant jugement grâce auxquelles un contrôle des preuves (divulgaration) entre les parties ainsi qu'un contrôle juridique de la régularité et de la légalité de la preuve obtenue est exercé. Ces mécanismes de filtres n'ont pas tellement changé s'agissant d'infractions graves telles que le terrorisme. Cependant, les preuves illégales ne signifient pas automatiquement qu'elles seront exclues, étant donné qu'une balance doit toujours être faite entre les intérêts en jeu. En effet, dans les cas d'infractions graves, les questions de sécurité ou d'intérêt public ont un certain poids. Dans la plupart des pays ayant rendu un rapport, les preuves illégales ne seront exclues que si elles s'avèrent être une incursion sérieuse dans les droits de l'accusé.

Les preuves obtenues à l'étranger

Q 18. Votre pays autorise-t-il l'usage de la preuve obtenue à l'étranger (usage extraterritorial de la preuve) ? Si oui, sous quelles conditions ?

Les pays ayant rendu un rapport n'ont donné aucune information quant à l'existence de législations spécifiques à ce sujet. La plupart des pays utilisent la règle *lex loci*, selon laquelle la légalité du rassemblement de preuves est régulée par la loi du pays où la preuve a été obtenue. Bien sûr, des problèmes peuvent survenir en ce qui concerne l'admissibilité de la preuve étrangère (par exemple, le principe de reconnaissance mutuelle, la règle *locus*, ou le principe d'immédiateté). Une complication supplémentaire est celle concernant le rassemblement et l'utilisation des renseignements étrangers.³⁵ La recherche d'un remède légal dans les affaires de coopération transnationale s'avère être parfois difficile, particulièrement concernant les étrangers, tels que dans le cas des Etats-Unis. Tous les rapports sont silencieux quant aux possibilités pour la défense de rassembler des renseignements étrangers *in bonam partem*.

Mesures coercitives et procès équitable

Q 19. Des mesures de contrainte ont-elles été introduites de telle sorte qu'elles puissent définitivement faire obstacle aux règles du procès équitable ?

Les pays ayant rendu un rapport, à l'exception des Etats-Unis, répondent clairement négativement à cette question. Cependant, la jurisprudence révèle des situations problématiques intéressantes à cet égard. L'augmentation des techniques d'enquête spéciale et proactive empêche de connaître l'identité des enquêteurs, de leur *modus operandi* et, dans certains pays, des renseignements obtenus et des preuves secrètes, dans la phase préliminaire au jugement et durant le jugement. Il est évident que ces procédures par caméra et/ou *ex parte* et diverses autres mesures protectives limitent les droits de la défense et mettent en danger le principe du procès équitable. Plusieurs pays ont recherché des

³⁵ Ce fut le cas aux Etats-Unis (affectant le principe du procès équitable – Salah).

arrangements procéduraux spéciaux pour combiner les notions de procès équitable et la protection d'intérêts spécifiques (protection des témoins, sécurité publique, protection de l'intérêt public, etc.). Certains l'ont fait à la suite des décisions des juridictions supérieures ou des tribunaux supranationaux en matière de droits de l'homme, à la lumière des affaires Doorson, van Mechelen, Kostowski rendues par la Cour européenne des droits de l'homme concernant les témoins anonymes. Certains des pays ayant rendu un rapport ont mis en place certains arrangements concernant la phase avant jugement afin de protéger l'identité des témoins en question. Toutefois, beaucoup de pays utilisent la phase préliminaire au procès pénal ou les juges d'instruction comme filtres ou comme bras-long pour protéger certaines informations. Les solutions apportées varient largement entre les pays et certaines d'entre elles sont certainement à la limite de se conformer aux standards en matière de droits de l'homme. La question demeure donc de savoir si ces solutions, qui limitent substantiellement les droits de la défense, offrent suffisamment de compensations durant le jugement afin d'assurer le procès équitable, fondée sur l'égalité des armes. En 1990, la CourEDH³⁶ a reproché à la France d'avoir violé l'article 6 en rendant impossible l'interrogatoire d'agents infiltrés durant la phase avant jugement ou pendant la procédure principale. La législation française a dès lors été amendée et il est devenu possible sous la loi française d'interroger des agents infiltrés, mais sans révéler leur identité. Sous la loi belge, le juge du principal peut demander au juge d'instruction d'enquêter et d'interroger les témoins anonymes et de faire un rapport. Le Président de la cour peut être présent pendant l'interrogatoire.

En Allemagne, des exceptions à la règle d'or du caractère oral et accusatoire des procédures pénales ont été autorisées afin de protéger les agents sous couverture, les informateurs et les collaborateurs, ainsi que dans le cas où l'interrogatoire risque de mettre en péril les hauts intérêts de l'Etat. Le code de procédure autorise un interrogatoire spécial par un juge, par caméra, mais non ex parte. Cette procédure n'est toutefois pas tellement utilisée. En pratique, la police ou le Ministère de l'Intérieur soumet une déclaration (Sperrerklärung) selon laquelle, pour protéger le témoin, l'interrogatoire est opéré par caméra. Les résultats seront utilisés comme preuves de auditu durant le procès.

La procédure pénale belge prévoit un double-dossier, c'est-à-dire, d'une part, un dossier classé avec le modus operandi (le mandat, l'identité, etc.) pour les méthodes d'enquêtes proactives et/ou spéciales (comme l'observation et l'infiltration) et, d'autre part, un dossier non-classé avec la substance et les résultats des méthodes d'enquête proactive et/ou spéciale. Il existe un contrôle judiciaire complet par la chambre de l'instruction préliminaire du dossier classé. Les juges du principal n'ont pas accès à ce dossier. Ils ne décident pas des

³⁶ CourEDH, 19 décembre 1990, Delta c. France, A191-A, Rn. 37.

éléments qui doivent être divulgués aux parties. Le deuxième dossier (procès-verbal) contient une partie de la procédure accusatoire du jugement. Par conséquent, le contenu peut également être utilisé comme preuve, mais jamais comme élément décisif ou exclusif.

Il existe en France, comme en Belgique, un double dossier. Cependant, le code de procédure pénale donne à l'avocat de la défense le droit d'interroger à distance les témoins, en utilisant un mécanisme qui change la voix du témoin. Le témoin peut aussi être interrogé par le juge d'instruction ou par le juge du principal, en utilisant le même mécanisme (un témoin sans visage et à la voix déformée).

Aux Pays-Bas, seul l'avocat de la défense a la possibilité d'interroger indirectement les témoins anonymes à travers les magistrats d'instruction, et les juges du principal ne reçoivent que le transcrit du témoignage de l'officier de renseignement. Ils peuvent également faire appel au magistrat d'instruction comme 'témoin'.

En Italie, généralement, les témoins anonymes ne sont pas autorisés en raison du caractère accusatoire et oral des procédures pénales, ainsi que de la nécessité d'un contre-interrogatoire durant le procès. Le code de procédure pénale interdit les déclarations de auditu. Des exceptions sont toutefois prévues pour protéger les témoins lorsqu'ils sont sérieusement menacés. Ils font donc partie de l'interrogatoire accusatoire, mais ne doivent pas révéler leur identité.

Protection des témoins

Q 20. Des mesures spéciales ont-elles été introduites dans votre pays pour la protection des témoins anonymes, des victimes, des juges, etc. ?

Les rapports nationaux indiquent une réelle tendance à protéger le fonctionnement du système de justice pénale en lui-même. La protection des témoins et des victimes devient fonctionnelle pour la sécurité du système. Les motifs pour les mesures protectrices sont variés: protection de la sécurité des témoins ; protection des moyens d'enquêtes (criminelle) ; protection de la sécurité nationale. Le motif de sécurité nationale a été récemment introduit aux Pays-Bas. Plusieurs pays ayant rendu un rapport ont introduit, durant la dernière décennie, des mesures spéciales pour protéger les témoins, notamment le statut de témoins anonymes. C'est le cas, par exemple, de la législation belge de 2002, reconnaissant, partiellement ou totalement, la protection des témoins anonymes par le juge d'instruction dans les cas d'infractions graves et de menace sérieuse pour les témoins. Ces témoins incluent les officiers de police qui ont infiltré des organisations criminelles. Aux Pays-Bas, ils incluent même les officiers du renseignement. Grâce à la jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme, dans les pays européens, les preuves qui ont été récoltées ne peuvent jamais être utilisées comme seul élément de preuve. Dans certains pays, comme

en Italie, ces preuves ne peuvent être utilisées que comme preuves corroboratives.

Les pays ayant rendu un rapport n'ont rapporté aucune protection spéciale pour les juges, à l'exception de la Colombie sous l'ancien code de procédure pénale.

J'aimerais inclure ici le problème des témoins royaux ou des témoins judiciaires. Plusieurs pays ayant remis un rapport, tels que les Pays-Bas et la France, ont introduit des formes de coopération particulière avec certains suspects (pentiti, repentis, kroongetuige, Kronzeuge, supergrass) tels que les témoins royaux, les témoins judiciaires ou les collaborateurs de justice. D'autres pays, comme l'Italie, ont une longue tradition à cet égard, bien qu'ils aient introduit, dans la dernière décennie, certaines conditions plus strictes (pour moins de crime et dorénavant sans la possibilité de se soustraire totalement à la condamnation). Dans certains pays, comme aux Pays-Bas, le *pentiti* ne peut obtenir qu'une réduction de peine. L'Allemagne a commencé à utiliser le pentiti après 1982, mais cette pratique s'est éteinte en 1999 et n'a pas été renouvelée en raison de son inutilité pratique. Quant à savoir quelle autorité est la plus appropriée pour autoriser ces formes spéciales de coopération avec la justice, les pays ayant rendu un rapport offrent des solutions très contrastées. En France, cela doit être fait par un juge du principal, alors qu'en Belgique et aux Pays-Bas par un juge d'instruction, et en Allemagne et en Italie, une décision du bureau du procureur est suffisante.

PARTIE V. PHASE DE JUGEMENT (PROCEDURE CRIMINELLE, PROCEDURES SPECIALES)

Q 21. En matière de crimes graves, votre système juridique prévoit-il des règles spéciales concernant

- la compétence ? Si oui, quelle est la compétence *ratione materiae* ?
- le déroulement du procès, y compris les dispositions relatives aux tribunaux spéciaux ?
- la protection des témoins anonymes, des victimes, des juges, etc. ?
- la preuve (*evidence and proof*) lors du procès. La preuve anonyme/protégée ou secrète peut-elle être utilisée dans les procédures *ex parte* ? Y a-t-il une exception d'intérêt public à la révélation de la preuve et au contre-interrogatoire ? La preuve en faveur du suspect peut-elle être écartée dans des circonstances spéciales ?
- l'évolution de la preuve ?

Juste une remarque à propos des interrogatoires classiques et de l'évaluation de la preuve durant la phase du jugement: aucun pays ayant rendu un rapport n'a indiqué de changements substantiels à ce propos, à l'exception des Etats-Unis. L'affaire Moussaoui indique clairement à quel point il peut être difficile pour les juges de combiner le principe du procès équitable avec les informations classées,

les résumés édités et l'exclusion du contre-interrogatoire. Dans une affaire, un juge d'un tribunal d'instance a choisi de rejeter une partie des inculpations en lien avec le 9/11 car, selon lui, il ne peut y avoir aucun procès équitable dans ces circonstances. Sa requête a toutefois été déboutée en appel.

Les rapports nationaux ne donnent aucune indication quant à d'éventuels changements fondamentaux dans l'évaluation des preuves par les juridictions.

Q 22 En matière de crimes graves, votre système juridique assure-t-il complètement

- le droit du suspect/accusé/détenu à un tribunal indépendant et impartial ?

- la présomption d'innocence lors du procès ou prévoit-il des dispositions spéciales (présomption de responsabilité ou de culpabilité, renversement du fardeau de la preuve) ?

- le droit d'être jugé sans retard injustifié et le droit d'avoir la légalité de sa détention déterminée dès que possible (habeas corpus) ?

- la maxime in dubio pro reo ?

- les droits procéduraux des parties (égalité des armes, procès équitable) ?

** le droit à la publicité des débats avec présence du public ?*

** le droit à des débats oraux, d'être entendu loyalement et contradictoirement ?*

** le droit d'assister à son procès ?*

** le droit à son conseil d'avoir accès à toutes les pièces du dossier ?*

** le droit d'être informé sans délai des charges dont il est accusé ?*

** le droit à la révélation complète de l'état de la procédure et à un temps approprié pour préparer sa défense ?*

** le droit à la publicité interne (entre les parties concernées) et externe des actes de procédure ?*

** le droit d'examiner les témoignages à charge et d'obtenir la présence et l'interrogatoire du témoin à décharge dans les mêmes conditions que le témoin à charge, des mesures spéciales concernant les témoins anonymes ou protégés (agents sous couverture, agents des services de renseignement) ?*

** le droit d'avoir l'assistance gratuite d'un interprète ?*

** le droit de ne pas témoigner contre lui-même ?*

** le droit à un conseil (commis d'office ou non), aux changements de privilèges légaux. Libre choix ou imposés ou désignés par l'Etat ?*

** le droit de garder le silence (existe-t-il des limites à l'obligation d'informer l'accusé de ce droit ? Existe-t-il des limites au droit de garder le silence) ?*

** est-il permis de tirer des conclusions préjudiciables du fait que l'accusé refuse de témoigner ? Voir Q 4.*

Beaucoup d'aspects de cette question ont déjà été mentionnés auparavant. Il n'est pas inutile cependant de rappeler un aspect particulièrement marquant, c'est-à-dire celui du renversement de la charge de la preuve pour certaines procédures, telles que la procédure de confiscation, mais aussi, comme en Hongrie, pour la participation à des organisations criminelles. La présomption légale d'innocence est clairement augmentée, mais est compensée par un renversement de la charge de la preuve.

Beaucoup de rapports nationaux indiquent l'existence d'exceptions à la notion d'audition publique. Les procédures avec caméra pour protéger les témoins, la sécurité nationale, l'intérêt public etc. ont été augmentées. Dans certains de ces pays, nous avons vu une augmentation des procédures ex parte ou des procédures avec caméra où seul sont présents des avocats de la défense présélectionnés.

PARTIE VI. DISPOSITIONS APRES JUGEMENT (PROCEDURES CRIMINELLES ET SPECIALES)

Q 22. En matière de terrorisme et de crimes graves, votre système a-t-il modifié

- le droit d'une haute cour de réviser la sentence (appel, cassation, révision constitutionnelle) ?

- la prohibition de la double poursuite, soit après un acquittement ou après une reconnaissance de culpabilité et une sanction ?

Les rapports nationaux n'ont indiqué l'existence d'aucune procédure spéciale de révision de la sentence ni de la prohibition de la double poursuite pour les infractions graves. Cependant, on constate une exception aux Etats-Unis, où un droit d'appel est limité dans le cas des décisions des commissions militaires spéciales, non seulement dans la portée (s'agissant de tester la cohérence des standards et des procédures) mais aussi dans la mise en œuvre (seulement pour les causes capitales ou quand un étranger est condamné à une peine dépassant les 10 ans d'emprisonnement).

Section III. Criminal Procedure

**SPECIAL PROCEDURAL MEASURES AND RESPECT OF
HUMAN RIGHTS**

GENERAL REPORT

John VERVAELE*

Table of Contents

- Part I. Transformations in the legal framework of special procedural measures and human rights protection
- Part II. Transformations in the nature and general principles of domestic criminal procedure
- Part III. Elaboration of proactive enforcement
- Part IV. Transformations in the pre-trial setting
- Part V. Transformations in the trial setting
- Part VI. Transformations in the post-trial setting

List of Abbreviations

- CC: Code of criminal law or statutes, acts on criminal law
- CCP: Code of criminal procedure or statutes, acts, rules on criminal procedure
- CIPA: US Classified Information Procedures Act
- CPIA: UK/English Criminal Prosecution and Investigation Act
- CT INFO Box: Dutch Counterterrorism Data Bank
- ECHR: European Convention on Human Rights
- ECtHR: European Court of Human Rights
- EU: European Union

* Professor in economic and European criminal law, Utrecht Law School and professor in European criminal law, College of Europe, Bruges.

FEC: Dutch Financial Expertise Centre
FISA: US Foreign Intelligence Surveillance Act
HR: Human rights
IACHR: Inter-American Convention on Human Rights
IC: intelligence community (intelligence agencies, police intelligence units)
ICCPR: International Covenant on Civil and Political Rights
LEC: law enforcement community (judicial police, public prosecutor, judiciary)
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
PPO: Public Prosecutor's Office
SOCA: UK Serious Organised Crime Agency
UN CTC: United Nations Counter-terrorism Committee

PURPOSE OF THE GENERAL REPORT

This is the general report for the Third Section of the XVIIIth International Congress on Criminal Law that will take place in Istanbul on 20-27th September 2009 under the auspices of the AIDP (Association Internationale de Droit Penal/International Association of Penal Law). The purpose of the congress is to study the transformations of criminal justice systems as a response to globalization. These transformations have already been studied in the fields of general criminal law (Section I),¹ special criminal law (Section II)² and international criminal law (Section IV).³ As a general reporter for the Third Section I have the privilege of relying not only on excellent national reports, but also on the findings of my co-general reporters and the draft resolutions of their respective sections.⁴ For the aim of this topic the AIDP has decided not to prepare regional reports or reports from regional supranational forums, but to prepare two specific in-depth reports.

The general report for the Third Section is based on national reports from 17 countries:⁵ Argentina, Austria, Belgium, Brazil, Colombia, Croatia, Finland, Germany, Hungary, Italy, the Netherlands, Poland, Romania, Spain, Turkey, the

¹ Lorenzo Picotti, The expanding forms of preparation and participation.

² Nikos Passas, Financing of Terrorism.

³ Isidoro Blanco, The principle/theory of universal jurisdiction.

⁴ These draft resolutions were adopted at the preparatory colloquia of the First (Coruña, Spain), Second (Cleveland, USA) and Fourth Sections (Xian, China) and will be submitted to the XVIIIth International Congress on Criminal Law that will take place in Istanbul on 20-27th September 2009 under the auspices of the AIDP.

⁵ Unfortunately the reporting countries do not cover all the continents and do not reflect all legal and political cultures.

United Kingdom (England & Wales), the United States⁶ and on two specific in-depth reports on *Judicial investigation and gathering of evidence in a digital, online context*⁷ and on *the presumption innocentiae*.⁸ Of course we also used existing scholarly research materials on the topic from which we were able to include valuable materials on non-reporting countries, such as, e.g., the study by P. Pfützner on organized crime in the French criminal procedure⁹ or specialized books on comparative criminal procedure¹⁰ that included, in their latest editions, specific chapters on *special forms of procedure*. Finally, we did take into account many recommendations, principles, declarations, reports of GOs and NGOs in the field:

The UN General Assembly resolution 50./186 Human Rights and Terrorism, adopted on 22 December 1995; the Commission on Human Rights resolution 2003/37 on Human Rights and Terrorism, adopted on 23 April 2003; the UN Global Counter-Terrorism Strategy, adopted on 8 September 2006; the reports of the special rapporteur on the promotion and protection of human rights while countering terrorism to the Human Rights Council (formerly Commission on Human Rights)

The Inter-American Commission on Human Rights Report on Terrorism and Human Rights, 2002

⁶ The authors are: Javier de Luca (Argentina), Michael Leitner (Austria), Paul de Hert & Ann Jacobs (Belgium), Fábio Ramazzini Bechara & Fauzi Hassan Choukr (Brazil), Fernando Velásquez Velásquez & Christian Wolffhügel Gutiérrez (Colombia), Zlata Durdevic (Croatia), Johanna Niemi (Finland), Tonio Walter (Germany), Erika Roth & Csongor Herke (Hungary), Renzo Orlandi & Roberto Kostoris (Italy), Peter Bal & Martin Kuijter & Karin Veegens (the Netherlands), Paweł Wiliński (Poland), Gheorghită Mateut & Ion Neagu & Mircea Damaschin (Romania), Juan-Luis Gómez Colomer (Spain), Gülşah Kurt Yücekel & Güçlü Akyürek (Turkey), Marianne Wade (UK/England & Wales) and Steven W. Becker (US).

⁷ This report, written by Gabriella di Paolo, compares the US-Canadian approach with the Italian one, and these are three pioneering jurisdictions in this field.

⁸ The report was written by Elies van Sliedregt.

⁹ P. Pfützner, *Organisierte Kriminalität im französischen Strafverfahren. Zur Einführung eines besonderen Strafverfahrens durch die Loi Perben II*, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Band S 110, Duncker & Humblot, Berlin, 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), Bruylant, Brussels, 2007.

¹⁰ Vogler & Huber (eds.), *Criminal Procedure in Europe*, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Band S 112, Duncker & Humblot, Berlin, 2008; M. Delmas-Marty & J.R. Spencer (eds.), *European Criminal Procedures*, Cambridge Studies in International and Comparative Law, Cambridge University Press, 2002; J. Pradel, *Droit Pénal Comparé*, Dalloz, 2002.

The Council of Europe Recommendation Rec(2001) 11 of the Committee of Ministers to member states concerning guiding principles on the fight against organized crime, adopted on 19th September 2001; the Council of Europe Recommendation Rec(1005)9 of the Committee of Ministers to member states on the protection of witnesses and collaborators of justice, adopted on 20th April 2005; the Council of Europe Recommendation Rec(2005)10 of the Committee of Ministers to member states on “special investigation techniques” in relation to serious crimes including acts of terrorism, adopted on 20th April, 2005; The Council of Europe Guidelines on Human Rights and the fight against terrorism, adopted by the Committee of Ministers on 11 July 2002 at the 804th meeting of the Minister’s Deputies; Opinion no 8 (2006) of the Consultative Council of European Judges (CCJE) for the attention of the Committee of Ministers of the Council of Europe on the role of judges in the protection of the rule of law and human rights in the context of terrorism adopted 8-10 November 2006

The Ottawa Principles on Anti-Terrorism and Human Rights – Les Principes d’Ottawa relatifs à la lutte au terrorisme et aux droits de l’homme, 2006

The Berlin Declaration of the International Commission of Jurists, August 2004 on Upholding Human Rights and the Rule of Law in Combating Terrorism

The Johannesburg Principles on National Security, Freedom of Expression and Access to Information. Article 19, November 1996

The Siracusa Principles on the Limitation and Derogation in the ICCPR, 1985

The Paris Minimum Standards of Human Rights in a State of Emergency, 1984

The EU Network of Independent Experts in Fundamental Rights (CFR-CDF), the Balance between Freedom and Security in the Response by the EU and its Member States to the Terrorist Threats, March 2003

The International Helsinki Federation for Human Rights (IHF) Report on Anti-Terrorism Measures, Security and Human Rights, April 2003

Assessing Damage, Urging Action. Report of the Eminent Jurists Panel on Terrorism, Counter-Terrorism and Human Rights, International Commission of Jurists (ICJ), February 2009

The choice for the topic *The Principle Challenges Posed by the Globalization of Criminal Justice* is very much in line with the main interests of the AIDP in the past. This is the reason why in this general report we do take into account the general reports and resolutions of the XVIth International AIDP Congress on *The Criminal Justice Systems Facing the Challenges of Organized Crime*,¹¹ held in

¹¹ See the Reports by Thomas Weigend, Christopher Blakesley, Jean Pradel and Christine van den Wyngaert in International Review of Penal Law, 1996, 527-638.

Budapest in 1999, especially the general report by Jean Pradel on criminal procedure.¹²

There is no doubt that substantial and far-reaching changes have occurred during the last decade. We are currently witnessing a very profound transformation in the objectives, nature and instruments of the criminal justice system and its procedural law. The excellent national reports clearly articulate the serious dilemmas facing the transformation of the criminal justice system, as part of the global security paradigm and counter-terrorism policy, in combination with due respect for the standards of human rights, the rule of law and the safeguards of criminal procedure.

International pressure for a common procedural approach to terrorist investigation, prosecution and judgment has been intense. Both at the UN and at the Council of Europe an impressive set of international and regional Conventions have been elaborated on Organized Crime and Counterterrorism. After 9/11 the UN led the way with Security Council resolutions and the establishment of a Counter-Terrorism Committee that is supervising the implementation of the resolutions, including the substance of the conventions.¹³ Negotiations on a comprehensive counterterrorism UN Convention are underway.

It is definitely not the aim of the general report to prepare a descriptive analysis of the national reports or to compile a summary report, nor is it the aim to mention all legal technicalities of the domestic legal orders, both in law and in practice. The aim of the general report is to deduce from the comprehensive answers to the questionnaire and thus from the comparative analysis of the national reports the main transformation processes in the domestic criminal justice systems when defining and dealing with special procedural measures and human rights protection. Any reader who is truly interested in the topic should read each separate national report for more detailed and accurate information. The national reports received will be published in a CD-rom format as an addendum to the general report, the special in-depth reports and the resolutions.

The main question to be dealt with is whether and how criminal justice systems, in particular their criminal procedure, have been transformed by the paradigm¹⁴ of organized crime and terrorism and whether and how, in doing so, they have departed from their own fundamental rules, procedures, principles and applicable

¹² International Review of Penal Law, 1996, 599-606 and the elaborated version in International Review of Penal Law, 1998, 643-671.

¹³ See <http://www.un.org/sc/ctc/countryreports/reportA.shtml> for the comprehensive national reports.

¹⁴ I explicitly call it a paradigm and not a phenomenon, because criminological studies provide no support to substantive empirical changes in crime patterns in that sense.

human rights standards. There are six themes that are dealt with in this general report:

Part I. Transformations in the legal framework of special procedural measures and human rights protection

Part II. Transformations in the nature and general principles of domestic criminal procedure

Part III. Elaboration of proactive enforcement

Part IV. Transformations in the pre-trial setting

Part V. Transformations in the trial setting

Part VI. Transformations in the post-trial setting

This general report will follow the questionnaire (see annex I) that was submitted to the national rapporteurs, with some exceptions. After reading the national reports a couple of questions have found a more logical setting in another part of this general report. Any changes will be explicitly indicated. It is also clear from the national reports that the main substantial changes and special procedures have been implemented in the pre-trial setting, with consequences for the trial-setting. The hardcore of the general report for this reason will deal with parts I-IV.

PART I TRANSFORMATIONS IN THE LEGAL FRAMEWORK OF SPECIAL PROCEDURAL MEASURES AND HUMAN RIGHTS PROTECTION

Criminal Procedure and applicable International law and Human rights law standards

Q1. To what extent do international human rights treaties and international humanitarian law treaties (Geneva conventions) apply in your domestic legal system? Are there any limitations to the application of these international standards in your country? Can citizens (suspects, accused, victims, witnesses...) derive rights from these treaties in your domestic legal order?

The country reports clearly show that the status of international human rights (HR) standards in the domestic legal systems does vary a great deal. Binding HR standards for states do not always result in rights and remedies for citizens in the courts. Not in all countries do the international HR standards have binding legal effect. The Inter-American Convention on Human Rights (IACHR) for example, although signed by the US, was never ratified. Nor do all the countries accept the jurisdiction of international HR courts.

The enforceability of individual rights in the courts depends on various factors. Not in all countries do the international HR standards have a self-executing status. In the US, self-executing treaties do bind the individual states pursuant to the Constitution's Supremacy Clause, and the remedies provided must be applied by the courts as a requirement of federal law. However, neither the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) nor the Geneva Conventions have

a self-executing status in the US. Thus, the individual rights enumerated in the ICCPR are not enforceable in the courts. Federal courts in the US have consistently held that the Geneva Conventions are not self-executing, and they therefore provide no basis for the enforcement of private rights in the domestic courts. Recently, the US Supreme Court has held in the *Hamdan* case that, at a minimum, Common Article III, which is included in all four Geneva Conventions, is applicable and can be invoked by the petitioner to challenge the legality of his trial by military commissions. However, the US Congress, in passing the Military Commissions Act (MCA) of 2006, overruled the US Supreme Court's decision. Yet, in *Boumediene v. Bush*, the Supreme Court found that section 7 of the MCA constituted an unconstitutional suspension of the writ of habeas corpus and that Guantánamo Bay detainees have a constitutional privilege of habeas corpus, which cannot be withdrawn except in conformity with the U.S. Constitution's Suspension Clause. Habeas corpus was thus re-established but not because of the self-executing status of international provisions.

The status of international HR standards also depends upon national constitutional parameters (dualism versus monism) and the ranking of these standards in the hierarchy of domestic norms. Not in all reporting countries do international HR standards have an equivalent status with constitutional norms having primacy. In Turkey, although it has a monist system, HR obligations do not have priority over conflicting constitutional norms. The result is that the standards of art. 6 of the European Convention on Human Rights (ECHR) are set aside by conflicting constitutional clauses, for instance resulting in the absence of appeal procedures in military trials. Also in Brazil there is a complex relationship between international law and the domestic legal order. The Brazilian Supreme Court is not willing to give a constitutional status to HR treaties, including the IACHR. As the Supreme Court does not differ between trade treaties and HR treaties, international HR standards are not self-executing, and their application depends on a complex ratification and promulgation process. Italy traditionally has a dualist regime with no recognition of a self-executing effect, even for the ECHR. However, the Constitutional Court has recently recognized that the ECHR forms part of Italian constitutional standards. Also in Latin America, countries like Peru and Colombia do include HR standards as the highest standards in their constitutional ranking. The same is true for Germany.

In some countries, like Croatia, HR standards are standards which lie somewhere in between ordinary law and constitutional law, although it has to be said that in most European countries ECHR standards are equivalent to constitutional standards. In most countries, like Belgium, Colombia, Spain, the Netherlands, Romania, Finland and Hungary, HR standards are equivalent to self-executing constitutional standards and are enforceable in the courts. This self-executing

character does however depend on the nature of the norm. The norm must be clear and precise in order to be self-executing.

Criminal law, human rights and emergency situations

Q6. *Does your legal system allow for the suspension of human rights in emergency situations (including war)?*

- *Who has the power to make this decision and which control mechanisms apply?*
- *What safeguards may be suspended? Does your legal system distinguish between derogable and non-derogable human rights?*
- *Can emergency serve as a ground to shift from common criminal proceedings to special proceedings (military forum, police procedure, administrative procedure, military commissions)?*

Most reporting states do have constitutional procedures by which certain HR and procedural safeguards might be suspended in exceptional circumstances. In most reporting countries these special circumstances are limited to a situation of war. Even in this situation, these states provide for hardcore rights that cannot be suspended, although the list of non-derogable human rights does differ. Most states limit this to the right to life and the prohibition of torture; other states, like Croatia, also include freedom of thought, conscience and the legality principle; Turkey does extend the list to the right to freedom of religion and presumption of innocence. Interesting is that the Argentinean Constitution refers directly to the IACHR, by which a substantive list of HR are de iure not derogable, including habeas corpus and the right to a legal review. In situations of war, in many reporting countries the competence of military criminal justice increases substantially.

For special circumstances not being war, I do use the concept public emergency, including the declaration of a formal state of emergency and the use of emergency powers for national security reasons (with or without formal declaration).

In a minority of reporting countries, like Colombia, Italy, the Netherlands, Spain, Turkey, the UK and the US, it is possible to suspend certain HR, not only in cases of war, but also in cases of an emergency. In most reporting states, the suspension has to be decided by Parliament, even sometimes with the special qualified majority of constitutional reform. In other states, like Finland, the Netherlands and Colombia, the President or the Prime Minister has this power, subject to parliamentary scrutiny. In the UK and in the US this is a royal, respectively presidential, prerogative. Also here the types of rights that can be suspended do vary. In all reporting countries, with the exception of the US, Colombia and the Netherlands, it is not possible to shift from common criminal proceedings to special proceedings in emergency cases. The Netherlands, for instance, does have constitutional provisions by which it is possible to derogate,

not only in times of war but also in times of emergency, from the natural judge, thereby replacing the ordinary criminal courts with courts martial. In contrast, however, the Spanish Constitution explicitly precludes military courts in emergency situations. In practice, a state of emergency, for instance due to a terrorist threat, has only been used in a few reporting countries (Colombia, the US) as a reason for setting aside the normal criminal procedure in favour of other procedures, although we know that in several non-reporting countries this is the case or indeed has been the case.

The HR Conventions themselves do provide for emergency procedures and for the possibility to suspend the application of certain HR. Art. 15 ECHR allows for derogation "in time of war or other public emergency threatening the life of the nation." The British Anti-Terrorism, Crime and Security Act 2001 provided for detention without charge for foreign nationals who, in accordance with article 3 ECHR, could not be deported, thereby derogating from art. 5 ECHR. A derogation from article 9 of the ICCPR was also provided for. The Government had a broad discretion to decide what a state of emergency is because this is a political judgement. The House of Lords found it disproportionate to and in conflict with articles 5 and 14 of the ECHR when read together. It was repealed in 2005. Since this scheme was replaced by the control orders scheme (see *infra*), the UK Government controversially claims that no derogation is required.

Legal Reform at the Domestic Level

Q2. What important legislative reforms were carried out in your country in the last decades in the interest of national/global security and public safety? Are there currently any such reform plans? (brief description)

- *Did the reforms amend the existing common legal framework of criminal law enforcement, or did they elaborate an alternative track of special proceedings (military justice, police justice, administrative justice, military commissions, etc.) outside the regular criminal justice system?*
- *Are these legislative reforms governed by constitutional provisions on emergency (including war)?*
- *Did criminal justice practice play a role in defining and carrying out the reforms? Did, e.g., higher courts (cassation or constitutional court) reverse elements of these reforms?*
- *Were the reforms subject to political or public debate?*

Criminal law provides for an integrated system, offering both *protection* to individuals (not only suspects) (the shield dimension), *instruments* for the law enforcement community (LEC) made up of the police, the Public Prosecutor's Office (PPO) and the judiciary (sword dimension), and providing for *checks and balances/triás politica* (the constitutional dimension). There is no doubt that substantial and far-reaching changes have occurred during the last few decades.

Three paradigms, the war on drugs, the war on organized crime and the war on terrorism swept like a tidal wave through the criminal justice system. All three dimensions of the criminal justice system have been affected by these three waves. These reforms have profoundly affected the objectives, nature and instruments of the criminal justice system and its procedural law. The counter-terrorism third wave of reforms is older than the 9/11 events and the events in Madrid and London, etc., but has certainly been intensified by these terrorist attacks. The impact of the third wave is very different from country to country, as some countries, like Spain, Italy, Colombia, etc., had already elaborated counter-terrorism legislation and practice in the 1970s and 1980s in order to deal with internal terrorism or public disorder. In most countries we can see that the terrorism paradigm has resulted in a very impressive list of reforms. I will just give a couple of examples to illustrate the impact in the reporting countries. In Croatia at this very moment in time we can see a draft CCP before Parliament, which contains a shift from a judicial investigation (by the investigating judge) to a prosecutorial investigation, including the setting up of a pre-trial judge of liberties. Belgium and the Netherlands have seen very significant reforms. Reforms include substantive criminal law (and a tremendous increase in offences), procedural criminal law (including the introduction of special investigative and proactive techniques), legislation on the security and intelligence forces (including special surveillance techniques) and the setting up of a special centre for the exchange of data dealing with terrorism and security. Civil servants in administrative agencies are increasingly used as agents of the judicial police, and there is an extension of the administrative investigation of and sanctioning for the disruption of public order. In some countries these reforms go hand in hand with an increasing constitutionalization of this field. Both in Belgium and in Germany we see that the Constitutional Court plays a decisive role in protecting the rule of law when dealing with counter-terrorism. However, there are significant differences in the wave of reform. Countries like Belgium and the Netherlands are in fact deviating from their long-standing tradition of the rule of law, while countries like Spain – certainly linked to the traumatic Franco experience – are very keen on their constitutional law tradition, but are confronted with domestic problems of terrorism. Spain does have a specialized judiciary for dealing with the investigation and prosecution of terrorism. Franco's anti-terrorist legislation has de facto been replaced by special terrorist legislation with a specialized track of criminal procedure for investigation, prosecution and adjudication. On the other hand, for non-terrorist crimes Spain has a criminal justice system with strong procedural safeguards and full constitutional and HR protection. In Turkey we can see that many reforms are driven by the EU (in the pre-accession process), such as the abolition of the death penalty and the security courts. Many reforms in the field of criminal procedure include ECHR compatibility with procedural safeguards, but also the introduction of special investigative techniques.

From the reporting countries we can derive some common features and conclusions:

First, all reporting countries have introduced substantial changes in their criminal procedure systems and have also introduced special procedural measures to deal with serious crime, especially organized crime and terrorism. No country is reform-free. All countries are also struggling with the equilibrium between public liberties and freedoms versus national or public security. Today, more or less all reporting countries have introduced special investigation techniques, such as wire-tapping, infiltration and observation, in their criminal procedure regime. Some reporting countries have also introduced special measures for collaborators with justice (*pentiti, repentis, kroongetuigen, Kronzeuge, supergrass*) or special anonymous witness statutes for infiltrating agents or informers. Some reporting countries have introduced concepts of proactive or preventive criminal investigation. The result of the intensity of the reforms is that the legal framework for criminal procedure in many countries resembles more of a patchwork or a building site than a consistent codification.

Second, all reporting countries have done this within the constitutional framework and within the international HR framework, so not setting aside or freezing constitutional or international HR standards. There are no reports of cases of emergency legislation extra-constitucionalis or extra-legem.

Third, more or less all the reporting countries have realized the reforms without using emergency clauses (state of emergency) in their constitution or in international HR conventions. The only exceptions in our reporting countries are Colombia, which has used a constitutional emergency on a frequent basis, and the US since 9/11.

Fourth, the majority of the reporting countries have elaborated special procedural measures to deal with organized crime and terrorism within their ordinary criminal procedure. We could state that the ordinary criminal procedure does include special measures. The three waves did result in an integrated¹⁵, but special track of criminal procedure for serious offences, including the drug trade, organized crime and terrorism. We can see in all reporting countries a net-widening effect of the special measures in relation to competence *ratione materiae*. Special measures were originally introduced for a narrow set of offences related to organized crime and/or terrorism, but their scope of application has been increased, including in the end most offences qualifying as serious offences. The French Perben II Act is a clear example of comprehensive reform in that sense, including the criminal procedure elements thereof. In the 1970s Italy introduced special criminal legislation against the Mafia. That legislation was widened in the

¹⁵ With integration in the CPP I do not mean that it has been done in a very coherent way. In Italy, for example, it is a patchwork of special legislative acts that amend the CPP rules.

1990s so as to include organized crime and after 9/11 it was amended in order to include international terrorism. Although Italy introduced a full adversarial criminal procedure in 1989, the special legislation against the Mafia remained in place. After the killing of judges Falcone and Borsellino in Sicily, special investigative powers were further elaborated.

In the majority of the reporting countries the special procedure did convert from the exception into the main and common procedure for serious crimes, by which we can speak of the normalization of the exception. Britain's temporary exceptional counter-terrorism measures, for example, in place for almost 30 years, naturally led to these becoming normalised in the last decade. The consequence is a split within the ordinary criminal justice system between a criminal procedure regime for serious offences and one for "petty" offences or special legislation replacing substantial parts of the ordinary criminal justice system. In fact criminal procedure is no longer organized in line with the general part of criminal law, but in line with the dual use in the special part of criminal law. For the "petty" offences there is in some reporting countries, like the Netherlands, also a shift in the sanctioning power, from the judiciary to the investigators and prosecutors.

Alternative tracks of special proceedings, outside the regular criminal justice system, have only been used in the reporting countries of Colombia and the US. Colombia even has a three-track system: ordinary criminal justice, criminal justice for enemies of the state through emergency legislation (mostly against guerrillas) and criminal justice for those that enter into the lenient regime of Peace and Justice (mostly paramilitary forces). In the US, since 9/11 there is clearly a double-track regime, making a distinction between criminals and enemy combatants. In the US the 9/11 events have dramatically altered the traditional approach to terrorism-related acts by shifting the paradigm from the ordinary criminal justice system, under which such crimes have historically been prosecuted, not to the military criminal model (martial law), but to an extraordinary model based on the interest of national security. The USA Patriot Act of 2001, the Detainee Treatment Act of 2005 and the MCA of 2006 are clear examples of criminal emergency legislation, providing for an alternative track for investigation, prosecution and adjudication. It is thus striking that in the US, neither ordinary criminal justice, nor military criminal justice are considered to be able to deal with terrorism and that a third way is elaborated, setting aside the classic procedural guarantees and rights of both the ordinary and military criminal justice system.

Fifth, the dominant paradigm of the war against organized crime and the war against terrorism has changed the main goals of the criminal justice system. It has converted the reactive system with the aim of punishing crimes and

rehabilitating offenders into a proactive and preventive system of protection of public order by procedures to exclude potentially dangerous people.

Sixth, this conversion was further strengthened by the technological evolution by which technical devices in an online and digital context replace the old concepts of judicial investigation such as search and seizure, including techniques that are more intrusive in the key areas of the private sphere.

Seventh, on the other hand, we do see in the majority of reporting countries that there is an increasing process of the constitutionalization of criminal procedure, both in law (including constitutional norms concerning the rule of law and fair trial) and in practice (by the case law of the higher courts and the supranational HR courts). Special criminal procedures dealing with organized crime and counter-terrorism are dealt with by Supreme Courts, Constitutional Courts and HR Courts.

Nevertheless, the driving factors for the reforms are not always the same. Of course all countries are under the supervision of the UN CTC, but in some countries, like the Netherlands and Italy, there is a strong national agenda. In other countries, like Romania, Hungary, Croatia and Turkey there has been a strong influence by the EU within the framework of access or pre-access supervision schemes, by which reforms to strengthen the rule of law and reforms aiming at introducing measures against corruption, organized crime and terrorism were introduced in a parallel way. In all EU member states there has been the strong influence of EU framework decisions, but mostly in the area of criminal substantive law, not that much, as yet, in the area of criminal procedural law.

Although in most reporting countries the massive reforms of the criminal procedure are the result of a political instrumentalization of crime and the fear of crime, it is also quite clear that, at least in some reporting countries, these reforms were not part of a substantial political or public debate. The debate was in some countries between the executive and judicial branches of the trias politica, leading to interesting rulings of the higher courts.

The transformation of the criminal justice system, especially the introduction of special measures in the area of counter-terrorism (third wave), did have consequences for

- the type of **players/authorities**;
- their **powers and investigation techniques** (including digital) – the **sword**
- the **safeguards and constitutional and human rights to be respected** – the **shield**
- the **architecture** (checks and balances, trias politica, constitutional dimension)
- the **objectives of the criminal justice system**

For the analysis it might be interesting to make a distinction between the reporting countries that have introduced special procedural measures within their regular criminal justice system and those that have done so outside the criminal justice system.

Group I Special measures within the criminal justice system

At first glance it might seem that the main architecture, the constitutional dimension of the criminal justice system (checks and balances/triás politica), is not touched upon. However, if we take an in-depth look at the transformations we do see substantive changes which also affect the constitutional dimension of the criminal justice system.

- **Redefinition of players (authorities)**

Traditionally, criminal investigation is led by judicial authorities and coercive measures are authorized and/or are executed by members of the judiciary (investigating judges or pre-trial judges or trial judges). In many reporting countries we can see a shift in judicial investigation from the judiciary to prosecutorial and police investigation. We can clearly speak of a reshuffling in the law enforcement community (LEC). Magistrates are less and less involved in the judicial investigation as such; there is a clear shift to the executive or semi-executive branches of state power.

Second, there is not only a shift between the classic players, but new players, administrative enforcement agencies, play an increasing role in the field of fighting serious crime. Gaining ground in the criminal justice system is also the Intelligence Community (IC), both specialized police units dealing with police intelligence and security agencies. They are responsible as the forerunners for police and intelligence-led investigations, and in some reporting countries they have even obtained coercive and/or judicial competence. Classic LEC agencies do convert into intelligence agencies and do change their culture and behaviour.

Third, many reporting countries have increased the use of private service providers (telecom, business operators, financial service providers) and professions with information privileges (lawyers, journalists, etc.) as gatekeepers and as the long-arm collectors of enforcement information. Journalistic and legal privileges are no longer safe havens.

Fourth, in some reporting countries we can clearly see a coordinated multi-agency approach in a formal or informal way, by setting up a joint expertise centre or a shared database. The LEC and IC communities both participate in these new agencies or database structures.

Fifth, exclusive jurisdiction for investigation and/or for trial is gaining strength in several reporting countries.

- **Redefinition of their competences and their techniques (the sword)**

First, in most reporting countries the paradigms of the drug trade, organized crime and terrorism are not only used to redefine investigative, coercive instruments, but also to introduce new, special investigative techniques, such as wire-tapping, infiltration, observation, which can only be applied to serious crimes. The result is a set of coercive measures with a double use (for serious and less serious offences) and a set of coercive measures with a single use for certain serious crimes.

Second, in many reporting countries the classic measures dealing with securing evidence and the confiscation of dangerous instruments or products in relation to crime have become an autonomous field of security measures concerning goods and persons (seizure and confiscation, detention orders, security orders, etc.). Linked to that, investigations into the financial flows from the drug trade, organized crime (financing, money laundering) and terrorism (financing) have been converted from a classic investigation for gathering evidence into an autonomous financial investigation, dealing with extensive seizure and confiscation of the proceeds of crime (asset recovery) and/or into autonomous financial surveillance and investigations into the financing of serious crime.

Third, the triggering mechanisms or minimum thresholds for the use of coercive measures to combat serious crimes are changing. Criminal investigation no longer starts with a reasonable suspicion that a crime or an offence has been committed or attempted or a reasonable suspicion that a preparatory act for committing a serious crime has been committed or attempted. Investigation techniques and coercive measures are also used in a proactive way to investigate, *anti-delictum*, the existence and behaviour of potentially dangerous persons and organizations in order to prevent serious crimes. We can qualify this as criminal law without suspects.

Fourth, the sword of criminal justice has changed substantially in all reporting countries by the use of digital-led investigation (online criminal searches, the monitoring of data flow, data processing) and the use of advanced technology in judicial investigations (digital surveillance, detection devices, etc.). Information-led investigation replaces mere suspicions.

- **Redefining the safeguards and the constitutional and HR dimension (the shield)**

In many reporting countries some procedural guarantees are considered by the legislator as being a burden to the efficiency of serious crime prevention, serious crime investigation and serious crime prosecution. First of all, the use of existing instruments such as search and seizure and police detention is submitted to other parameters for serious offences than for less serious offences. Moreover, judicial authorization or approval (in the form of warrants) is weakened or abolished for

some coercive measures (warrantless coercive measures). The role of the defence and of the judge of procedural guarantees is hindered. This means in practice that the police and prosecutors have in practice more autonomy and less supervision by the judiciary concerning their investigative work. We could speak of a double-use of the existing coercive measures, one with less safeguards and one with more safeguards. Generally speaking, we can say that the seriousness of the crimes under the paradigms does justify raising the sword and lowering the shield. In the case of serious crimes, in many reporting countries the relationship between the intrusiveness of the measures and judicial control has changed: the greater the intrusiveness, the less the judicial control and the procedural safeguards. However, in some countries, like in France and in Romania, the wielding of the sword is counterbalanced by special warrant procedures, so we can here say that the shield is raised at the same time.

Second, by lowering the thresholds (reasonable suspicion or serious indications to simple indications, reversed burden of proof, legal presumptions of guilt) for triggering the criminal investigation and for imposing coercive measures, the presumption *innocentiae* is undermined and replaced by objective security measures. The shields protecting the citizen against the *ius puniendi* of the state are put at the back of the stage in the theatre of criminal justice. This has, of course, direct consequences for habeas corpus, habeas data, fair trial rights, redefinition of evidence rules, public proceedings, etc.

Third, in many reporting countries, through schemes of criminalizing financing of terrorism and material support for terrorism, criminal defence lawyers are under pressure. Their legal privilege is questioned and some defence activities are indicted as material support.

Fourth, in many reporting countries there is also a need to secure the functioning of the criminal justice system and its players. The protection of witnesses has also been converted into the protection of anonymous witnesses, including those from the police authorities and intelligence agencies involved in infiltration. The criminal justice system is increasingly shielding its agents against the defence by *ex parte* proceedings and forms of secret evidence gathering as well as the use of secret evidence in the pre-trial and trial setting.

- Consequences for the architecture (checks and balances, *trias politica*, constitutional dimension)

The reforms result in a clear expansion of the punitive State¹⁶ thereby not favouring the Rule of Law. The focus on public security and preventive coercive investigation is clearly undermining the criminal justice system and its balances between the sword and the shield. Administrative and preventive forms of punitive

¹⁶ J. Simon, *Governing through Crime*, Oxford University Press, 2007.

justice are expanding. The result is also that the equilibrium between the three branches of the trias politica is under great pressure in favour of the executive.

- **Consequences for the objectives of the criminal justice system**

The conversion from a reactive punishment of crime into a proactive prevention of crime does have far-reaching consequences. The distinction between police investigation and judicial investigation is under pressure. Coercive proactive enforcement becomes important for serious crimes. IC becomes a main actor in the law enforcement field. Preventive criminal law is not about suspects and suspicion, but about information gathering (information and criminal intelligence investigation) and procedures of exclusion against potentially dangerous persons. The criminal justice system is increasingly used as an instrument to regulate the present and the future and not to punish for behaviour in the past. The criminal process does increasingly become a procedure in which the pre-trial investigation is not about truth-finding related to committed crime, but about construction and de-construction of social dangerousity.

Group II Special measures outside the criminal justice system

Let us now take a look at those reporting countries that have introduced special procedural measures outside their regular criminal justice system: Colombia and the US. These countries have chosen solutions that completely redesign the checks and balances and the trias politica dimension. They have not suspended the Constitution, however, but many reforms have been considered by their Supreme and/or Constitutional Courts to be partially incompatible with Constitutional requirements. Both have used constitutional emergency procedures to introduce the reforms.

Colombia has introduced, under the Constitution of 1886, many decrees concerning security and public order and emergency legislation increasing substantially the martial law and the competence of military jurisdiction in criminal matters. Under that regime, the famous *Justicia sin rostro*, with anonymous judges, was also introduced. Under the new 1991 Constitution, the regular use of emergency legislation went one step further. In 1997 the Statute on Peace and Justice was approved, providing for a separate criminal justice system for paramilitaries and guerrillas leaving the battlefield, confessing their offences and being willing to contribute to the compensation mechanism. This special criminal procedure regime is considered to be very lenient towards these offenders, especially considering the atrocity of their alleged crimes.

In the US, reforms have dramatically altered the traditional approach to terrorism-related acts by shifting the paradigm from a criminal model, under which such crimes have historically been prosecuted, not to the ordinary military criminal model (martial law), but to an extraordinary model based on the interest of

national security. The USA Patriot Act of 2001, the Detainee Treatment Act of 2005 and the MCA of 2006 are emergency legislation.

- Redefinition of players (authorities)

In fact the theatre of criminal justice has fully changed for a play not on the suspect, but on the enemy. Classical judicial authorities are being replaced by new authorities acting under special statutes. The investigators at Guantánamo Bay are of course the most striking example.

Colombia is more complicated because there is one play on the enemies and one on the friends of the state. In the latter case, we can refer to the investigations and prosecutions under the Justice and Peace Act.

- Redefinition of their competences and their techniques

In the US, the investigative powers are powers to combat the enemy. They have a strong inquisitorial character, are very much based on intelligence and include coercive measures such as acts of torture. The adjudication is transferred to executive military commissions.

In Colombia, although the role of adjudication by the military tribunals in criminal cases has been decreased by several reforms, it is clear that consecutive declarations of emergency have militarized, to a large extent, the police forces and thus substantial parts of the judicial investigation. On the other hand, the legislation on Justice and Peace has created a category of suspects for which a very favourable regime of criminal procedure has been put into place, converting the defence lawyer into PPO and vice-versa. In fact, the suspect has a due interest in increasing the severity of the indictment under this regime in order to avoid indictment under the regular criminal procedure.

- Redefining the safeguards and the constitutional and human rights dimension

In the US, the main aim of the special measures is to avoid the procedural safeguards and HR. The emergency measures intended to avoid a great deal of the basic constitutional and international standards. However, the US Supreme Court and several federal judges have been very active in avoiding the circumvention of constitutional safeguards, such as habeas corpus, fair trial, etc.

In Colombia, the emergency legislation had the aim of suspending certain safeguards and constitutional rights. As in the US, the Colombian Constitutional Court did declare several aspects of the legislation to be unconstitutional and avoided the introduction of special anti-terrorist legislation for the same reason.

- Consequences for the architecture (checks and balances, trias politica, constitutional dimension)

In the US and in Colombia the function of the legislature and of the judiciary is to a large extent replaced by the executive branch of the trias politica, using

punitivity as an instrument of warfare and instrumentalising criminal justice for political victory. However, Supreme and/or Constitutional Courts try to rebalance the trias politica. In Colombia this has led to uncertainty as to the future of the Constitutional Court, because of very serious clashes with the Executive.

- Consequences for the objectives of the criminal justice system

The result is a massive expansion of the Punitive State (security law, preventive coercive investigation, enemy law), by which the criminal justice system and its balances between the sword and the shield are fully circumvented. The interests of national security prevail over justice.

PART II TRANSFORMATION IN THE NATURE AND GENERAL PRINCIPLES OF THE DOMESTIC CRIMINAL PROCEDURE

In this part we focus on only some of the main characteristics of the criminal justice system and its criminal procedure. Specific aspects will be further discussed in detail in parts III-VI. Questions 4 and 8 will be dealt with in part IV. Question 6 has been included in part I.

General Principles of Criminal Procedure

Q3. *What are the general principles of your criminal procedure (e.g., principle of legality, fair justice, and equality of arms) and what is their legal source (e.g., constitution, statute)?*

In general we can say that in the reporting countries general principles of criminal procedure have become more important. Reforms were introduced in favour of adversarial proceedings, based on accusatorial principles as orality, equality of arms, fair trial, an independent and impartial judiciary, etc. However, at the same time parallel reforms have been introduced to reduce the scope and application of these principles when investigating, prosecuting and adjudicating serious offences.

The basic norms and principles of the criminal procedure system, related to the administration of justice, access to justice, fair trial, etc. do not all have constitutional standards in the reporting countries. In some countries one can see a strong and historic process of the constitutionalisation of criminal justice, especially the due process of law and fair trial, including specific procedural safeguards and rights by the impact of constitutional case law. This constitutional legacy is supplemented by rules of criminal procedure. This is clearly the case in the US, with the US Constitution, the US Supreme Court's case law and the Federal Rules of Criminal Procedure. In Spain one can see the same since the re-establishment of democracy and the rule of law. The Spanish Constitutional Court has developed very important constitutional case law on criminal procedure, in which HR (ECHR) standards are used as minimum standards. In some other countries, like in the Netherlands, the constitutional framework is rather weak, mostly because of the lack of a Constitutional Court and the

constitutional norm excluding competence for the judiciary to review acts and statutes as to their compatibility with the Constitution. However, thanks to the self-executing status of the ECHR, this is compensated to a certain extent.¹⁷

The character of criminal proceedings (inquisitorial, semi-inquisitorial or accusatorial or adversarial) is rarely prescribed by the Constitution, although a great deal can be derived from constitutional fair trial aspects. Generally speaking, we can state that in all reporting countries the general principles of criminal procedure are constitutionally enshrined and/or enshrined in HR treaties and are applied in statute law in strict compliance with basic constitutional norms and HR standards. This general conclusion concerns the legal framework as such. The general principles of criminal procedure, also when dealing with organized crime and terrorism, are designed to be in line with constitutional and HR standards. This means that constitutional and HR standards remain as the mandatory framework for dealing with these paradigms of crime. However, in some reporting countries, like Colombia and the US, this mandatory framework has been undermined by punitive procedures elaborated by the executive. Moreover, in these countries many substantive parts of these new procedures have been declared unconstitutional by their Supreme Courts or Constitutional Courts and have resulted in a legal battle between the executive and judicial authorities, turning justice and fair trial into a political battlefield.

The general conclusion on the legal relationship between HR treaties, the constitution and criminal procedure does not imply, however, that the paradigms of organized crime and terrorism have had little influence on the main architecture of criminal procedure and its basic principles. We will see in parts III-VI how transformations have changed the scope of the principles and their de facto application.

Criminal Procedure, Scope Ratione Personae and a Subject Distinction

Q5 Does your common criminal procedure or special proceedings provide for a distinction between citizens and non-citizens, nationals or non-nationals, or specific categories of subjects (aliens, enemies, non-persons)?

It is very clear from the reporting countries that all of them, with the exception of the US, the UK and Colombia, do not make a distinction between citizens and non-citizens or nationals and non-nationals and between resident aliens and non-resident aliens. Most reporting countries do have a special criminal jurisdiction for certain subjects, like Members of Parliament or military personnel when performing their duties.

¹⁷ The ECHR only contains minimum standards, and the European Court of Human Rights has not developed strong HR protection in the pre-trial phase and has given a large margin of appreciation to States in relation to counter-terrorism.

In Britain there is no fundamental difference in the treatment of British citizens and non-British citizens inherent in the criminal law, but Britain did have detention without trial for foreign, non-deportable suspects, which was in force between 2001 and 2004, but was declared to be in breach of articles 5 and 14 ECHR by the House of Lords. The Government then replaced this with the control orders scheme which falls outside of the criminal justice system and is applicable to both British citizens and foreigners (see *infra*).

In some reporting countries, like Colombia and the US, a wider distinction is introduced between categories of subjects, like enemy aliens, enemy combatants, disarmed guerrilla fighters or paramilitary soldiers, etc. For a variety of reasons new systems have been set up to circumvent ordinary criminal procedure or even ordinary military criminal procedure.

We can state that the reporting countries that use emergency criminal procedures also provide for distinctions in the scope *ratione personae* of their punitive systems. Each emergency punitive procedure has its own insiders and outsiders. Some special punitive procedures, like in Colombia, are in favour of the insiders, and include the risk of impunity concerning very serious offences. Some special punitive procedures, like in the US, do not favour the insiders, and include the risk of reducing the insiders to mere objects of investigation and include prosecution denying that they are subjects, bearers of rights.

Criminal Procedure Sub Rosa

Q7. Does your legal system recognize special measures by which parts of the legislation and/or parts of the criminal process may be classified (classified legislation, secret procedures, secret actors of justice, secrecy in the administration of criminal justice)?

Although the large majority of the reporting countries, with the exception of the US, do not have systems or procedures fully based on secrecy, there is no doubt that in a substantive group of countries there have been, in the last decade, very in-depth reforms concerning the tasks of LEC and IC, by which investigative powers have been increased, procedural safeguards weakened and secrecy introduced in the procedures.

Secrecy is meant here as classified, by which the main functioning of the criminal justice system and its procedures remains secret, not only to the general public, but also secret to key actors in the criminal justice system, such as judges and/or defence lawyers.

Secret or classified legislation in criminal matters, with the exception of the US, does not occur in the reporting countries.¹⁸ Neither do we see, with the exception of the US and the UK, the reporting of covert judicial proceedings or executive

¹⁸ The UK has secret proceedings in deportation cases concerning illegal migrants.

secrecy using secret procedures and secret actors of justice (secret tribunals). Of course, all criminal justice systems do have *ex parte* judicial investigations at certain stages for obtaining evidence, but this is another issue dealing with the adversariality of ordinary criminal proceedings (see *supra* under parts IV and V). In 1978 the US did introduce the FISA surveillance,¹⁹ which makes it possible to bug and tap foreign powers and their agents, foreign networks or persons or terrorist activities²⁰ without a warrant. For the tapping or bugging of related US citizens or US residents a warrant must be issued by a secret FISA court. The investigative acts involved are always secret and the persons concerned are not informed either before or afterwards. In the UK a few procedures introduced by anti-terrorist legislation feature the use of classified evidence in non-criminal proceedings. Those relating to determining whether the proscription of an organisation was correct and proceedings before the Special Immigrations Appeals Committee can involve the introduction of classified evidence by the Government which the court views in order to reach its decision. Where such evidence is introduced a Special Advocate, who works in the interest of the appellant but is not briefed by him/her/it, views the evidence and makes related arguments on his/her/its behalf, although he/she naturally never communicates with him/her/it.

Astonishingly, no reporting countries make any mention of potentially illegal secret procedures dealing with the arrest, abduction or kidnapping, detention and interrogation of several persons, considered by the US as having contacts with Al Queda. Several reports by the European Parliament and the Council of Europe contain indications of secret surveillance, secret arrests and abductions, secret transfers to secret detention centres in Europe and abroad.²¹ In several European countries and in Canada administrative and criminal investigations are under way against European and US civil servants and law enforcement officials.²²

For further details on secret evidence and the use of intelligence in criminal proceedings see part IV, Question 9.

PART III ELABORATION OF PROACTIVE ENFORCEMENT (COMMON POLICE OR COMMON CRIMINAL PROCEEDINGS, SPECIAL PROCEEDINGS)

Proactive enforcement and coercive investigation

Q9. Do intelligence forces, regular police forces, or administrative enforcement

¹⁹ Foreign Intelligence Surveillance Act.

²⁰ It does not have to be shown with probable cause that these persons or activities are involved.

²¹ 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.

²² The most famous case is the Milan Abu Omar case, actually still taking place in Milan.

agencies (such as customs or tax agencies) have the competence in your country to use coercive powers in a pro-active way? If yes

- under which conditions?

- must there be a suspicion based on probable cause to use these coercive powers or are indications of dangerousness for the national security or public interest sufficient? Has the definition of suspicion been changed for serious offences?

- can these coercive powers be used for persons other than suspects/accused of crimes (e.g., enemy combatants, enemy aliens, persons having no right to the protection of regular criminal procedure, etc.)?

- how is division of labour regulated within the investigative authorities?

- can the information obtained through the pro-active enforcement by means of use of coercive measures be shared between intelligence, police, administrative enforcement agencies, and judicial authorities?

All reporting countries are familiar with preventive measures and enforcement mechanisms in the area of police law and administrative law, but the legal regimes do differ. They all foresee in their legislation classic competences for administrative agencies that might be traditional ones, such as customs, or new ones, such as police and intelligence agencies, to collect and process information and to investigate certain objectives (compliance with customs duties, prevention of corruption, and protecting the constitutional public order). For the IC the main task is to process information on persons or organizations giving rise to a serious suspicion that threats are posed to national security. Traditionally, the intelligence agencies, while not belonging to the LEC, cannot use the classic coercive measures of criminal procedure, such as search and seizure, or new ones, such as infiltration. However, they do have general surveillance powers and can apply certain preventive coercive measures (physical searches, the seizure of dangerous goods). Traditionally, the prosecution of crime, the collection of information, the processing of information and the judicial investigation in that respect are the exclusive domain of the LEC. A group of reporting countries still reflect this traditional approach by precluding the use of coercive powers in a proactive setting by the LEC. The triggering mechanism for the LEC is the commission of a crime, the attempt thereof, and, for the most serious crimes, the investigation into preparatory acts.²³ Investigations of general situations, general patterns or specific groups, etc. are activities that fall outside the realm of the criminal investigation. These countries seem to adhere to a clear-cut distinction between criminal law (reactive) and police/administrative law (proactive).

²³ See the general report by Lorenzo Picotti, The expanding forms of preparation and participation, Session I.

Intelligence gathering is considered to be part of prevention, in which only the police, administration and intelligence agencies can operate. This means that in these reporting countries there is a clear borderline between criminal law enforcement and intelligence gathering. The agencies are strictly separated and the gathering of information by the preventive agencies and the reactive law enforcement authorities serves separate goals. The IC has moreover a limited set of powers and very little coercive force. Transferring intelligence information to the LEC for a criminal prosecution is hindered by Chinese walls or can only be used as evidence in a fully adversarial setting. These reporting countries, like Austria, Brazil, Argentina, and Poland, retain the classic definition of a criminal judicial investigation in their criminal procedure. The investigation is triggered by indications of a reasonable suspicion that a crime has been committed, is about to be committed or that specific preparatory acts have taken place. However, if the last-mentioned is combined with preparatory acts for a crime, such as the existence of a criminal organisation or a terrorist organisation, it becomes clear that specific preventive aims form part of the criminal investigation and convert the reactive criminal investigation into a proactive one, even under the classical regime. Preparation in the form of plotting (conspiracy) or recruitment is then already part of the playing field of the classical criminal justice system.

At the other side of the spectrum are, of course, the US and the UK with a strong IC community. In the US, for example, the IC does not only consist of the CIA, the National Security Agency, the Defense Intelligence Agency and the National Reconnaissance Office, but also of the intelligence units of the Department of State, the FBI, the Department of the Treasury, the Department of Energy and the armed forces. The fact that there is no organizational division between the IC and the LEC – both the CIA and parts of the FBI belong to the IC – does not mean that there are no strict distinctions in respect of objectives, methods and control. However, under recent counter-terrorist legislation the distinction between law enforcement objectives and intelligence objectives overlaps.

A substantial group of reporting countries, which do not include the US and the UK, have also amended their rules of criminal procedure, by which the classic criminal investigation has been widened to include also proactive criminal investigation (*Voremittlung*). This proactive criminal investigation includes the situation in which there are not yet any indications of a reasonable suspicion that a crime has been committed, is about to be committed or that specific preparatory acts have taken place and in which, of course, there can be no suspect(s) legally speaking. The objective of proactive investigations is to reveal the organizational aspects in order to prevent the preparation or commission of a serious crime and to enable the initiation of criminal investigation against the organization and/or its members. This use of coercive measures for crime prevention can be realised by intelligence agencies, police authorities or judicial authorities. When doing so they

belong to the IC, even if they are normally authorities belonging to the LEC. In that time frame they might collect information and use certain coercive measures of criminal procedure in order to prevent the preparation or commission of the crime. For certain coercive measures prior authorisation by the judiciary is mandatory. This widening of the criminal procedure was in certain reporting countries linked to scandals due to the illegal use of coercive measures by police authorities and/or the PPO. Legislators decided that it might be better to include it in the CCP, in order to give it a legal basis, than allowing it to occur in a state of legal limbo. The results were the laying down of existing practice, but also an increase in proactive investigative measures. The changing mandate for the LEC and especially for the police also resulted in changes to working methods. Instead of investigating crime and producing reports and *procès-verbaux*, the police authorities are increasingly busy in preventive investigations into patterns of crime and potentially dangerous persons and organisations. In many reporting countries systems of police intelligence, linked to specialised databases, are mushrooming and are changing the structure and culture of the judicial police organisations.

On the other hand, several reporting countries have amended their mandate for intelligence forces and their powers. Their investigative competences today include coercive powers, parallel to the ones in the CPP, and their objective also includes the prevention of serious crime, as this is a threat to national security. In some countries they do need the authorisation for the use of these powers by the PPO (or by the Executive). De facto the IC is using judicial coercive powers without being a judicial authority and without the guarantees of some form of judicial warrant and/or judicial supervision. We can see an overlapping competence between the intelligence agencies and the police authorities (sometimes including specialised PPO) acting as IC in the preliminary pre-active investigation. Obviously, we can speak of US influence in the organization of the pre-trial investigation.

Finally, some reporting countries indicate a substantial increase of the use of punitive, preventive measures as seizure, administrative detention, freezing orders, etc. during the pro-active investigation. Definitely, the new phase of pro-active investigation is gaining substantial ground in the criminal justice system.

As this proactive criminal procedure is very new for many reporting countries (with the exception of the US and the UK), let us take a look in more detail at some regulations in the reporting countries. Belgium and the Netherlands have both comprehensively introduced the new concept of proactive enforcement in their CCP. Let me illustrate the concept by explaining the evolution in Dutch criminal law. In 1999 special investigative techniques, like observation, infiltration, wire-tapping and systematic and electronic surveillance became part of the CPP in

order to combat organized crime.²⁴ Very recently a further change has been introduced in the CCP according to which, in the case of a criminal investigation into terrorist crimes, the triggering mechanism of a reasonable suspicion in order to lawfully apply coercive measures against a person has been replaced by indications of a terrorist offence. Indications of a terrorist crime is the third threshold in the CPP, in addition to a reasonable suspicion of a crime being committed and a reasonable suspicion that crimes are being planned or committed in an organized context. What is the real difference between indications and a reasonable suspicion? Rumours as to a conspiracy to commit a terrorist offence or anonymous information stemming from a general risk analysis carried out by the police, administrative agencies or the secret intelligence services might not fulfil the criterion of a reasonable suspicion but do fulfil the criterion of indications. Moreover, concrete indications are not necessary. Indications are present if facts and circumstances point to the actual commission or future commission of a terrorist crime. Meanwhile, in the Dutch CPP, due to the EU framework decision of 2002, criminal terrorist associations have been criminalized. The result is that an indication of the existence of a terrorist association or of membership of such an association, without the commission of or preparations for any terrorist offence, is a sufficient triggering mechanism for using coercive measures, such as observation, electronic surveillance, pseudo-dealing or infiltration. For an arrest and pre-trial detention the reasonable suspicion remains the threshold, so these coercive measures remain linked to the status of being a suspect.²⁵ In other words, the thresholds for the use of coercive measures, including special investigative techniques, in the field of counter-terrorism have been further widened and weakened. The LEC is authorized to impose coercive measures on non-criminally suspected persons during the proactive phase. Methods available in the pre-trial investigation can be used at any time when they can produce information that is relevant for the prevention of a terrorist attack. The changing thresholds also change the subject of the investigation. It is clear that proactive investigations are used against groups of people instead of against suspects, including preventive searching powers, such as searching objects, vehicles and physical searches. In certain security zones (airports, risk areas, etc.) it is possible to apply these three types of search at any time, also without any indications of a terrorist crime. In the latter case, the label of security replaces the threshold of indications of a terrorist crime. Finally, the

²⁴ See N. Keijzer, J.F. Nijboer, H. Sanders, A. Sennef and P.J.P. Tak, *Organized Crime & Criminal Procedure in the Netherlands*, in *International Review of Penal Law*, 1994, vol 69, 957-986.

²⁵ However, in many countries we can see a mushrooming of all types of administrative detention, for shorter or longer periods, not at all linked with the status of being a suspect (e.g. in the field of immigration law).

proactive enforcement strategy also introduces new methods of investigation such as data mining (*Rasterfahndung*) between the databanks of public and private bodies.

From 1992 on, Germany also introduced and/or widened special investigative methods (wire-tapping, data mining, surveillance, etc.) against organized crime but without changing the triggering mechanisms and using them for proactive enforcement. This changed under the paradigm of counter-terrorism, by which the concept of proactive enforcement as preventive enforcement by police authorities (*Vorbeugende Verbrechensbekämpfung* and *Vorfeldaufklärung*)²⁶ was introduced. Some Länder have introduced preventive wire-tapping in their police legislation. In 2004 the Constitutional Court imposed a judicial warrant procedure for the protection of private life,²⁷ which was laid down in legislation in 2005.

In Hungary the regulations of the PPO have been changed, by which the PPO can secretly collect information. Secretly collecting information can now be performed by five secret services, the police and the PPO. The secret collection of information has two separate regimes. The warrantless category includes the use of informers and undercover agents, the general surveillance of persons and premises and certain forms of wire-tapping. These measures can take place both before and during the judicial investigation (even in a parallel setting). The other category (a warrant procedure or an executive authorization (by the Minister of Justice)) does include the surveillance and searching of private homes and telecommunication interception. Secret information gathering can last until the judicial investigation is triggered. Once the judicial investigation is triggered, the judicial authorities can secretly obtain data by intercepting telecommunications, conducting searches, etc. These measures need a judicial warrant. The CPP has recently been amended in order to include the use of special investigation techniques, such as secretly retaining data.

In Romania the CCP provides for a preliminary investigation, by which civil servants from the Ministry of the Interior may instigate police operations, such as the gathering of information and data, intercepting and recording conversations, including telecommunications, and the use of undercover agents. The intelligence services have the same powers. Both have to act under the supervision of the PPO.

Also in Turkey elements of a proactive investigation have been introduced, by which under the rules of specific Acts, other than the CPP, the police authorities and some administrative agencies might intercept telecommunications and even apply preventive search and seizure (with the exception of private homes).

²⁶ J. Kinzig, *Die rechtliche Bewältigung von Erscheinungsformen organisierter Kriminalität*, Berlin, Duncker & Humblot, 2004.

²⁷ BVerfG, 1 BvR 2378/98, 03.03.2004, Absatz-Nr. (1-373).

In Croatia intelligence forces, as well as police forces and customs authorities, have the competence to use coercive powers in a proactive way. The proactive powers of the intelligence agencies are the widest. Since 2006 their tasks include the prevention of terrorism and organised crime. They have wide powers to secretly collect data. They can only use these powers after a specific warrant procedure. The warrant has to be issued by a Judge of the Supreme Court. However, the standard of proof for obtaining this warrant is not based on a reasonable suspicion. It is sufficient that the intelligence agency indicates the persons and/or organisations to be subjected to surveillance, the reasons for and the objectives of the surveillance and the specific surveillance measure which is necessary.

Italy has a double-track system: the ordinary criminal law and special criminal legislation against the Mafia. This country has an elaborate set of proactive criminal law instruments. Personal preventive measures from 1956 were, after 1965, elaborated under the CPP against the Mafia: special surveillance by the police, limited free movement, and house arrests. The measures are not based on a reasonable suspicion, but linked to the listing of Mafia organisations. Since 1982, the preventive measures have been further expanded, including also the preventive seizure and confiscation of assets. Preventive financial investigations were introduced, according to which police and administrative agencies obtained surveillance powers (preventive wire-tapping and communication surveillance – agencies can ‘sneak and peak’ and place bugging devices) and could conclude deals with convicted persons in order encourage them to cooperate with the justice machinery. There is also a stronger cooperation between the judicial police and the intelligence services. Anti-mafia preventive measures were *ratione materiae* extended to terrorism in 2001 and in 2005. These preventive measures, aimed at general information gathering so as to prevent serious crimes, are warrantless, even in the case of private homes (without serious indications that this place is the theatre of serious crimes), and have longer time-limits. It is sufficient that they are necessary, not absolutely indispensable, for preventive aims and general information gathering. If they are linked to crime prevention, it is sufficient that there are indications of a crime, not serious indications or a reasonable suspicion. At the other hand, the secret services are mandated to intercept communications under authorisation of the PPO of the Court of Appeal, bypassing the special anti-mafia or anti-terrorist units of PPO and bypassing the judicial warrant procedure. Clearly, Italy has very strong proactive powers, but the information thereby obtained cannot be used in the pre-trial or trial procedure.²⁸

In Colombia the intelligence service has a double head. It is at the same time an autonomous secret service dealing with gathering intelligence and processing

²⁸ See Part IV.

information and an organ of the judicial police in relation to a set of specific crimes against the constitutional order of the state.

Concerning Britain we must be careful as the PPO has no investigative role. A great deal of power is vested in the police and the emerging strong intelligence orientation (combined with the weakness of privacy protection) means that they are comparatively very powerful. The police can, for example, take DNA samples with no permission having to be obtained from any other institution. The Investigatory Powers Act (RIPA) 2000 regulates many forms of surveillance (although some forms of covert police surveillance remain outside this Act). Where residential premises are involved a judge acting as a Commissioner must allow the intervention. Electronic bugging of premises was regulated in the 1997 Police Act and is only available for the prevention or investigation of serious crime. Traffic data is not regulated and is available as evidence. SOCA-regulated powers of arrest allow the police to arrest without a warrant where they have reasonable grounds for believing that it is necessary to do so to facilitate a prompt and effective investigation of the offence or the "conduct of the person in question." This triggers a right to search the premises where the arrest took place (the common law power of arrest).

On the other hand, in some reporting countries we can see substantial reforms in the statutes, powers and objectives of the intelligence forces. In the Netherlands and in Belgium, due to reforms of the legislation on the secret services, intelligence agencies may use coercive measures such as observation, inspection, digital supervision, the non-content surveillance of communication, infiltration, setting up a company or lending particular services, opening letters, entering computers, tapping and intercepting telecommunications and ordering the production of information to service providers, etc. The result is that they have a wide set of coercive powers, very similar to the ones in the CPP, but warrantless.

The result of these reforms is that in some reporting countries, like the US, the UK and the Netherlands, the dividing line between the intelligence authorities and the law enforcement authorities is becoming blurred, and the Chinese walls between their functioning and the data which they have at their disposal are played down for functional information sharing. The widening of the judicial investigation into a proactive investigation and the increasing overlap between the LEC and IC has been further increased by the technological developments in investigative devices: the sword of technology with far-reaching eyes and razor-sharp edges. Thanks to new technology the methods of surveillance for communication, the physical surveillance of persons and their movements and activities and for transactional surveillance (of their services) have changed dramatically. Technology has completely changed not only the behaviour of citizens, but also, by using wire-tapping, video surveillance, tracking devices, detection devices and

see-through devices, data mining, etc., the environment of enforcement and proactive enforcement.

We can clearly conclude that there is a double reform in the second group of reporting countries, by which the LEC authorities are becoming IC authorities and the IC authorities are becoming LEC authorities. The clear-cut division between preventive administrative enforcement and reactive criminal enforcement is replaced by a common playing field of actors with new overlapping powers and competences, although the type and the reach of these powers do differ between the countries. This third wave goes clearly beyond the reforms of the last two decades dealing with the paradigm of organised crime, by which special investigative techniques were introduced in the CCP. The paradigm of counter-terrorism is not just widening the predicate offences (*Vorfelddstrafbarkeit*) and the application of special measures of criminal procedure (*Vorermitlung*), but is also redefining the objectives, nature and scope of criminal justice. The result is that *Vorfeldkriminalisierung* through criminal procedure is completely converting the aim of the CCP from prosecuting crime to crime prevention and controlling public order and security. Secondly, there are the first appearances of a phenomenon which is prevalent in the common law tradition and meanwhile also in EU strategies on the police: intelligence-led policing of crime and criminal justice. In all the reporting countries the cooperation between the IC and the LEC does seem to be increasing, not only at the moment of gathering information, but also at the moment of data processing and data sharing. Reporting countries, with the exception of the US and the Netherlands, hardly give us any insight into the separation and cooperation between proactive policing and criminal investigation and into the specialised networks in this field. There appear to be great differences both with regard to the role of the IC under criminal law and – in reverse cases – the role of the LEC in the field of intelligence. We also see great differences concerning the judicial control (warrant procedures) and procedural guarantees.²⁹ Countries like Romania, Hungary and Croatia provide for strict supervision by judicial authorities, others leave it to the police authorities and intelligence agencies. Special procedures are always special, but some are more permissive, others are more restrictive.

Finally, in our digital societies the definitions of private life, public authority and data need to be renewed with the aim of protecting citizens against massive intrusion into their liberties, also by IC and LEC.

Torture

Q10. Does your legal system allow for the use of tough forms of investigation techniques (torture or cruel, unusual, or inhuman treatment) during pro-active

²⁹ See Part IV.

enforcement, and, if yes, under which conditions? What is the practice of your country in this field?

All reporting countries, with the exception of the US, exclude these forms of investigation and gathering and refer to the absolute character of art. 3 ECHR, the Geneva Conventions and the International Convention against Torture. Only the US does not apply the international law standards and has elaborated a narrow, domestic definition of torture in the MCA, by which certain torture practices, such as water boarding, have been institutionalized.

Habeas Data and Habeas Corpus

Q11. In case of serious offences, does your legal system allow for limiting

- *the right to habeas data (data protection, private life)?*
- *the right to habeas corpus (arrest, detention, deportation, extraordinary rendition, etc.)?*

(includes also sub questions of Q 15)

Reporting countries focus on habeas data from very different perspectives, such as privacy, the internal publicity of proceedings, the external publicity of proceedings, etc. It is however quite clear from the information provided by the reporting countries that the classic definitions of habeas data and the protection of private life are no longer sufficient to deal with the intrusiveness of modern coercive investigation by the LEC and IC in the case of serious crimes. This can be perfectly illustrated by discussions in Germany and their very interesting case law of the higher Courts, including the Constitutional Court. Already in 1983 the German Constitutional Court recognized the right of every person to decide upon the communication and use of information in relation to his/her private life as a basic constitutional right (*Recht auf informationelle Selbstbestimmung*). Parts of the North-Rhine Westphalia Act on Intelligence and Protection of State Security were declared unconstitutional in 2008,³⁰ because of the fact that online surveillance and online investigation by the intelligence agencies related to organized crime were related to the prevention of unclear predicate offences, were not the most appropriate and effective measure and could be executed without a judicial warrant (*Vorbehalt richtlicher Anordnung*). In 2007 the Higher Federal Court³¹ annulled a judicial warrant, issued in a case where there was a suspicion of a terrorist organisation having been established, authorizing a secret online search (by selling a computer program to a suspect and installing it in his computer), without the presence of that person and not subsequently informing him of that fact and of the judicial remedies which were available. The Court did consider that the device was more intrusive than a search, which is executed in

³⁰ BVerfG, 1 BVR 370/07 of 27.02.2008, Absatz-Nr. (1-333).

³¹ Bundesgerichtshof, Beschluss of 31.01.2007, StB 18/06.

the presence of the suspect and against which there are certain remedies available. It is quite clear from the German case law that these new techniques can only be used when no other means are available and when they do not interfere with key areas of private life (*unantastbaren Kernbereich privater Lebensgestaltung*). Some authors contend that a new right to privacy in the public sphere should be created.

Concerning habeas corpus, which is often considered to be the principle guardian of liberty, in all reporting countries, except in the US, the right to habeas corpus applies to all offences, including serious offences and terrorist offences. No special rules of proactive detention have been elaborated, but some countries do report administrative forms of liberty-limiting or liberty-depriving measures. What has changed in some reporting countries is the moment *ab quo* when the habeas corpus procedure can be triggered, in other words the delay between the police detention and the subsequent judicial review. In the Netherlands a remand in custody (14 days) for a terrorist suspect can currently be ordered on the mere basis of a reasonable suspicion, whereas for ordinary crimes there must still be serious grounds for detaining the suspect, and the detention can last for 14 days. France has extended the regular police detention (*garde à vue*) from 24 hours up to 6 days for terrorist offences. In Spain, the maximum time-limit for terrorist offences is 5 days. In the UK, under an extraordinary derogation from ECHR, the maximum delay is now 28 days after vociferous opposition against the government proposal of 90 days. A fierce discussion currently focuses upon increasing detention for uncharged terrorist suspects from 28 to 42 days.³² What has also changed is the maximum duration of pre-trial detention. In the Netherlands, for example, the duration has been extended from 110 days to 2 years, a period during which there is no disclosure of the file to the defence lawyers.

Although in Britain all liberty-depriving measures are fundamentally open to a writ of habeas corpus and there are no provisions for secret arrests or extraordinary renditions, a form of detention without trial was introduced under the Prevention of Terrorism Act 2005. The Home Secretary or Secretary of State can impose control orders when he/she has reasonable grounds for suspecting involvement in terrorist activities. The control orders, including house arrest and other restrictive orders, are mostly based on secret evidence and closed hearings. Only lawyers appointed by the Attorney General have access to the file. The duration of the control order is 12 months, but it can be renewed indefinitely. Some control orders derogate and require court approval; others do not derogate and do not need the approval of the courts. Orders that are supervised by the courts involve confidential material and special advocates appointed by the Attorney General.

³² At the time of writing, the House of Lords has rejected the government proposal.

The Council of Europe Human Rights Commissioner criticized the fact that the orders could be made by an executive decision with limited judicial control and significantly reduced procedural guarantees. He was concerned that there is no clear cut-off point between a non-derogating and a derogating control order.

With the exception of the US national rapporteur, the national rapporteurs do not mention any legal framework or practice of extraordinary rendition in their legal system, including the ones that are linked to the CIA secret, extra-ordinary rendition program. However, several cases came to light and some of them are under judicial investigation or have gone to trial.³³

PART IV. TRANSFORMATIONS IN THE PRE-TRIAL SETTING (COMMON CRIMINAL PROCEEDINGS, SPECIAL PROCEEDINGS)

Increase in Investigative powers and cooperation duties

Q12. Did your legal system experience an increase of

- investigative powers and coercive powers (search and seizure, bugging and tapping, freezing orders, evidence production orders, arrest and detention, infiltration, etc.) of the investigation authorities? If yes, in which way?

- cooperation duties of the investigated persons? If yes, in which way? Are there any new cooperation duties foreseen in transnational settings (e.g., transnational production orders of information)?

Under Q2 and Q9 we have analysed the substantive impact of the reforms on investigative and coercive powers. Concerning cooperation duties for investigated and/or third persons we can identify some significant changes concerning:

1. The right to silence and the consequences thereof. See Question 4 (infra).
2. Further possibilities for striking deals with suspects. See Question 20 (infra).
3. The use of internet service providers, travel agencies, airline companies and credit card companies as gatekeepers and as long-arm collectors of enforcement information. See Question 16 (infra).
4. Extensive use of production orders by intelligence agencies, the police, and administrative agencies and the use of transactional surveillance (personal computers, service providers, and public data). See Question 16 (infra).

Shift in Investigative powers

Q13. Did a shift of powers occur in your country

- from the judiciary (investigation magistrates, judges for the preliminary trial setting) to the executive dealing with investigation (police, prosecutors,

³³ M. Nino, The Abu Omar Case in Italy and the effects of CIA extraordinary renditions in Europe on Law Enforcement and Intelligence Activities, 78 (1 & 2), *Revue Internationale de Droit Pénal*, 113 (2007).

intelligence forces, administrative enforcement agencies, army)? If yes, how and to what extent?

- from the public prosecutors to police, etc.? If yes, how and to what extent?

As we have seen in parts I-III, in most reporting countries the shift has been towards increasing powers for the executive. This shift is certainly stronger when it comes to new investigation techniques and proactive investigation, such as electronic covert surveillance and physical surveillance by electronic devices. Generally speaking, however, we can state that police powers are increasingly substantial or are historically strong (as in Finland) and that there are strong tendencies in shifts from the judiciary towards the PPO. However, some countries also show a reverse direction. In Romania, Poland and Colombia there tends to be a tendency towards more judicial control, especially when traditional coercive measures are concerned. In Colombia the new adversarial CCP of 2006 introduced stronger judicial control by the judge of preliminary proceedings.

The reporting countries reveal very little information about the relationship between LEC and administrative enforcement agencies. The Belgian report contains several indications of increasing administrative enforcement powers and increasing information sharing between all enforcement actors, especially in the financial enforcement field.

Criminal procedure and a shift in procedural safeguards and procedural rights

Q4. At what stage(s) of the criminal process does your legal system provide for

- the presumption of innocence?

- the right of the suspect/accused to remain silent and the right not to be compelled to testify against himself or to confess guilt?

One of the main points is the triggering mechanism for the *definition of a suspect* and the related procedural safeguards. Already under the classic procedural regimes this is a tricky point for which countries use very different objective or subjective criteria. For instance in Poland the rights are only triggered at the moment of accusation, in a late stage of the proceedings. Lowering the thresholds for triggering coercive measures by changing the standard of a reasonable suspicion or serious indications into simple indications without concrete substance does have substantial consequences for the applicable procedural safeguards. When does the person investigated by IC/LEC become a suspect and bearer of rights (including remedies)? Many reporting countries, like Finland, Romania, the US, the Netherlands, Italy, Germany and the UK do indicate these lower thresholds within criminal law. The UK Terrorism Act 2000 provides for stop and search mechanisms without a reasonable suspicion. The courts have held that such stopping and searching must have a reasonable connection with the perceived terrorist threat. In the Netherlands special

investigation techniques can be used in relation to terrorist offences without the classic threshold of a reasonable suspicion; indications are sufficient. In other reporting countries it is mostly outside the criminal law, but with punitive aims. The consequence is that the procedural safeguards linked to the division of labour and power between administrative and criminal law enforcement has lost its architectural link. Coercive measures are used in preventive settings and not always by judicial authorities. There is a triple problem. What type of procedural safeguards should apply in a proactive setting in which the IC is active? What type of procedural safeguards should apply in a proactive setting in which the LEC, especially the police and/or the PPO, is active? What type of procedural safeguards should apply to their sharing of information and the use of IC information and/or proactive information in the criminal procedure?

We can illustrate this very well with the *presumptio innocentiae*. Traditionally, the presumption starts when the suspect is first charged and disappears after the defendant has been afforded a fair trial and convicted. However, many reporting countries demonstrate that the definitions of a criminal charge and coercive measures are changing, and the same can be said of the definition of a suspect. Some changes have been considered as unconstitutional and a violation of the presumption of *innocentiae*, such as the Italian proactive financial investigation linked to the illegal possession or ownership of values and goods, based on the *onus probandi* which the "suspect" has. From the reporting countries it is quite clear that countries qualify the investigative techniques and their coercive and intrusive character in very different ways. This has consequences for the competent authorities, for the need for a judicial warrant and for the use of the information obtained as evidence (see Question 15).

In most reporting countries *the suspect's right to remain silent* is considered to be an important feature of criminal justice. Suspects are made aware of their right to remain silent upon their arrest or, in some reporting countries, upon interrogation. However, in serious crime cases, information does become a main target, even if the information providers are the suspect or his/her lawyer. We also see that in some reporting countries a negative inference can be drawn from the silence of the defendant and that a failure to provide information in relation to terrorist offences is itself punishable as an offence. Britain is a very interesting case in this respect. In court proceedings this right is ensured by the provision that any testimony by a charged person can only be given on a voluntary basis (see *infra*). Controversially, this right is however subject to an important exception since the CJ&PO Act 1994, which permits juries to draw negative inferences from the silence of the defendant during police questioning. The judge must, however, provide the jury with careful direction on this issue or there is great danger of a breach of article 6(1) ECHR.

In some countries, like the USA, the right to silence is even a constitutional prerogative, but the communication must be testimonial, incriminating and compelled. The disclosure of one's identity to a police officer is not protected by this prerogative and can lead to a criminal conviction for such non-disclosure.

There is no doubt that third persons' duty to cooperate can be used so as to circumvent the right to silence. Britain imposes broad criminal liability on people who have information which they know or believe might be of material assistance in preventing an act of terrorism or securing the apprehension, prosecution or conviction of another person who was involved in the commission, preparation or instigation of an act of terrorism and do not report this to the police and provide them with the relevant information. The 2001 Anti-Terrorism, Crime and Security Act 2001 also included similar active duties to inform on persons working in the financial sector.

Some reporting countries unequivocally recognize *the nemo tenetur* principle, even outside the criminal justice system, as the US does. Other reporting countries, such as the Netherlands, do not recognize the principle as a general principle and even have restrained the application of the HR norms in that respect. Some countries do recognize the principles, but limited to criminal proceedings, as Germany does.

Many reporting countries have also, in one way or another, limited the privileges of the liberal professions in criminal proceedings, such as legal or journalistic privilege. In Belgium an investigating judge can impose disclosure obligations in terrorist (prevention) cases upon journalists. Due to EU regulations, the legal privilege has been restricted in cases of money laundering and terrorism financing investigations. Defence lawyers cannot rely on legal privilege when they act as legal-financial advisers; they can only rely on the legal privilege when they act as bench attorneys.

Specialization in the administration of criminal justice

Q14. Did a specialization and/or centralization of the judicial investigative authorities take place in your country?

In a substantial part of the reporting countries, specialization has taken place. Most reporting countries do have specialised agencies in the field of police investigation. Some countries, like Belgium, the Netherlands, Croatia, Poland, Romania, Italy, Brazil, Germany etc., also have specialised PPOs with mostly national competence, like the anti-Mafia and anti-terrorism PPO in Italy, the *Bundesstaatanwaltschaft* in Germany or the Directorate for investigating crime and terrorism offences in Romania. The UK Serious Organised Crime Agency (SOCA) was formed and became operational in 2005 as a specialist, centralised body to fight serious crime. It must be noted, however, that centralisation and specialisation are not new to the British system: terrorist investigation has always

been centralised within the Metropolitan police who, in this regard, have national jurisdiction. The Serious Fraud Office (SFO) is a further example of a separate policing agency specialising in the investigation of serious crimes within one centralised institution.

Countries like Belgium and Spain also have specialised investigating magistrates with national jurisdiction. Spain, Croatia and France even have a specialised judiciary for serious crimes, but that is rather exceptional. Specialisation as such is of course excellent, but it sometimes also means exceptional rules. The Spanish *Audiencia Nacional* is quite a good example of special criminal justice against serious crimes, including terrorism.

Use of Intelligence information

Q8. *Does your legal system allow for the use of intelligence information (e.g., general police intelligence, national or foreign intelligence services information) in criminal proceedings, such as*

- *preliminary information for opening a criminal investigation?*
- *evidence for probable cause for using coercive measures on goods and on persons (e.g., search and seizure, arrest, and detention)?*
- *evidence of liability/guilt in criminal proceedings?*

I do define intelligence information as information that is obtained by intelligence agencies and/or is obtained by the IC in a proactive setting (intelligence-led policing). There is no international agreement on a framework for the use of intelligence information in criminal matters. Reading the reports by the reporting countries reveals a wide variety in this respect. As we have seen in Part III there appear to be great differences, both with regard to the role of the IC under criminal law and – reversely – the role of the LEC in the field of intelligence. Most countries, like Austria, Italy, Spain and Finland, deal with this topic under the ordinary procedure. Some countries, like the US, the UK and the Netherlands, provide special procedures for the use of intelligence in criminal matters.

The majority of the reporting countries do consider intelligence to be general information that can be used as ordinary information in the criminal process, but not as evidence and certainly not as the only or key evidence. However, we can see that intelligence-led policing and investigation is steering the criminal process, which results in some major reforms in the law or in the case law in some countries. Secondly, intelligence information is mostly classified information, the result of which is *ex parte* criminal proceedings in the pre-trial and trial setting.

We do have to make a distinction between different types of use in this respect:

Use as steering information and data sharing

Use as triggering information to open a judicial investigation

Use as triggering information as probable cause for using coercive measures

Use as evidence in criminal proceedings

All reporting countries, except Turkey, where the intelligence information can be used only and strictly for prevention purposes, accept that intelligence information can be used as steering information and as triggering information to open a judicial investigation by the police or the public prosecutor. This means that secret information can be the starting point for a judicial investigation. The consequence is a fairly open flow of information between the IC and LEC. We can really speak of a transfer of information between the LEC and IC in both directions. In some reporting countries we can also identify the setting up of shared databanks (such as the Anti-Terror File in Germany, the CT Info box in the Netherlands) and expert centres to deal with serious crimes or terrorism: OCAM in Belgium, the NCT and FEC in the Netherlands or the Joint Terrorism Analysis Centre in the UK. The anti-terrorism coordination centre is an expert centre based on shared information responsible in most cases for joint terrorism risk and threat analysis, but in some cases, like OCAM in Belgium, also for some investigative tasks (such as joint investigation teams responsible for the surveillance of specific organisations and persons). In most cases these joint centres do have access to the computer data of the intelligence services, administrative agencies (migration, transport) and the judicial authorities.

Reporting countries differ strongly when it comes to the use of intelligence information as probable cause or a reasonable suspicion to trigger coercive measures. In most countries, like in Croatia, it depends on the type of coercive measures. Intelligence is excluded as a triggering mechanism for reasonable suspicion and arrest or pre-trial detention, but it can be used in the case of surveillance and search and seizure. In the UK intelligence can also form the basis for a "probable cause" in order to justify coercive measures. In a recent case the courts have explicitly discussed this, even where the intelligence may have been obtained by torture although this becomes questionable if it was done in collusion with the British authorities. In Italy there can be no procedural use of declarations by informants, not even as a triggering mechanism for coercive measures such as serious indications for wire-tapping authorisation. The Italian Supreme Court decided also that the blacklisting of terrorists or terrorist organisations cannot be used as evidence in (pre)trial.

When it comes to the point of the use of intelligence as evidence in criminal proceedings we can clearly identify completely antagonistic positions. Very few reporting countries explicitly exclude the use of intelligence information as evidence, as Croatia does, but their legal regime on the rules of evidence (e.g. Spain) or their legal regime on the adversarial procedure (e.g., Italy and Germany) make it very difficult for intelligence to qualify as legal evidence in criminal matters. In Italy, for instance, the CPP does not exclude the use of intelligence as evidence in court, but submits it to the strict condition that the

source of the information (including secret agents or their informants) can be heard and cross-examined in court during the trial hearing. Such a provision of an adversarial trial nature concerning intelligence information is quite unique in Europe. The Italian CPP also provides that the results of preventive measures, including preventive wire-tapping, may never be joined to the pre-trial or trial file. They can only be used as triggering information for judicial investigations. Revealing this information is heavily penalized under Italian law. Although Germany also applies the adversarial principle, it is possible to use in camera proceedings and to use hearsay evidence in the case of national security. This was the reason why the *Oberlandesgericht* of Hamburg decided to make use of information provided by the secret services of the United States in the Motassadeq terrorist case, even without the presence of the agents as witnesses at the trial.³⁴ It is striking that reporting countries with a tradition of special or emergency situations, such as Italy and Colombia, have very strict rules on adversarial proceedings, even in the case of emergencies and terrorism and the use of intelligence in such proceedings.

At the other side of the spectrum we can see the US, the UK and recently the Netherlands. In the US the CIPA regulates the use of "classified information" in the regular criminal trial. Essentially, it is decided in a pre-trial conference, in camera, what information will be used during the hearing, while a protective order (secrecy) is imposed on the defence, which has access to the information. CIPA provides for ex parte proceedings for both parties when using classified information. However, the Executive's interest in protecting classified information does not overcome a defendant's right to present his case. If the trial court determines that classified information is relevant and material to the case, the item must be admitted unless the government provides an adequate substitution. When such a substitution cannot be found, it is up to the government to decide to disclose or to withhold.

In the UK the possibility of a pre-trial hearing has been extended considerably under recent anti-terror legislation. Under the Terrorism Act 2006, preparatory hearings became mandatory in many terrorist cases. In principle, witnesses may be heard, and nothing precludes intelligence officers from being heard as witnesses at pre-trial hearings. However, cross-examination is presumably mandatory, also during these preparatory hearings. The cross-examination is conducted by Special Advocates handling cases involving security-classified materials. They are specially appointed lawyers (typically, barristers) who are instructed to represent a person's interests in relation to material that is kept secret from that person and his ordinary lawyers. When intelligence officers operate as witnesses in these preparatory hearings, their testimony and the

³⁴ OLG Hamburg, decision of 14 June 2005, IV-1/04.

information upon which they rely will presumably be classified as (highly) sensitive material. Under the CPIA, intelligence may be classified as sensitive, or even highly sensitive, when it consists of covert human intelligence source material. The police disclosure officer places this information on a schedule that is not disclosed to the defence. Only the prosecution has access to both the evidence and the schedule. Although the general 'golden rule' of disclosure, which was only laid down in the current law 92 in 1996 and exists in the case law, demands that the prosecution must in principle disclose all information to the defence, it will make a Public Interest Immunity claim when it seeks to use the intelligence in the criminal proceedings. Exclusion under Public Interest Immunity is a decision to be taken by the court, not by the intelligence officer. Where the statement was prepared for the purpose of a criminal investigation, or for criminal proceedings, the statement is only admissible if the court decides that it is in the interests of justice to admit it. The judge will have to examine the reliability of the evidence, the credibility of the witness and the probative value of the evidence.

The Dutch legislature has adopted a new bill on the use of intelligence in criminal proceedings, including as evidence in criminal trials. A separate *ex parte* procedure is introduced for the interrogation of secret agents as anonymous shielded witnesses. Like the threatened witness, also the shielded witness no longer has to appear at the hearing. The decision is taken by the examining magistrate at the request of the Public Prosecutions Department, the suspect, the trial judge or *ex officio*. The examining magistrate must be aware of the witness' identity. The examining magistrate organizes the *ex parte* interrogation. The trial judges only receive the written transcript of the intelligence officer's testimony, and only after his consent. Reports by Dutch and foreign intelligence services may from now on serve as legal evidence in criminal proceedings and not just as documents which may only serve as evidence in connection with the contents of other evidence.

In some countries, like Belgium, we can see an interesting new, mid-way solution. The Belgian criminal procedure (see *supra*) has increased intelligence-led investigation and cooperation between the IC and LEC. The Belgian criminal procedure provides for a double file, a classified file with the *modus operandi* (the mandate, identity, etc.) of the proactive and/or special investigation methods (like observation and infiltration) and a non-classified file with the substance and the results of the proactive and/or special investigation methods. Interesting is also the fact that there is complete judicial control of the classified file by the Belgian pre-trial chamber. The hearing at the pre-trial chamber is *ex parte*, but the chamber can hear the PPO, the investigating magistrate, the police officers involved, the intelligence agents, and the defence lawyer. Each party is heard separately. The pre-trial chamber decides on the legality of the pre-trial proceedings, including the evidence gathering. The trial judges do not have

access to this file, as the classified file is shielded from the trial judges. They do not decide on the elements that are excluded for the parties. The second file (*procès-verbal*) is part of the adversarial proceedings at trial. The content thereof can also be used as evidence, but never as exclusive or determining evidence. The Supreme Court has excluded intelligence as evidence, but it can be additional information, in this case anonymous declarations, to analyze the evidence (corroborating information).

Changes in the basic rules of criminal procedure: coercive measures, evidence and disclosure

Q15. Were the rules in your legal system changed on

- the conditions to approve coercive measures (warrants) of the judiciary? If yes, how and to what extent? Has there been a redefinition of the probable cause for warrants?

- the compilation of the investigative dossier or on the disclosure of evidence in order to keep part of it *ex parte*, thus not available for the defence?

- evidence in order to include the defendant as a source of evidence?

- the conditions for arrest and detention? Does your legal system provide for possibilities of secret arrest and detention, deportation, and extraordinary rendition without *habeas corpus*? See Q11

Most reporting countries seem to adhere to the principles of a prior *judicial warrant* and reasonable suspicion requirements. Most countries also arrange for duties of notification *apriori* or *aposteriori*. However, many reports demonstrate problems with the need for and the reach of judicial warrants. This is certainly, but not only, the case with many digital surveillance techniques. For many electronic surveillance measures they are considered in some countries as equivalent to a search; others, however, can be used without a warrant for confirming indications or for bugging (placing technical listening devices). The increase in the proactive use of and the overlap between the IC and LEC further undermines the judicial warrant requirements. In the UK the Regulation of Investigatory Powers Act 2000 provides for the interception and production of communications and billing data on the basis of a warrant produced by the Secretary of State. In some reporting countries the higher Courts impose mandatory judicial warrants for special investigation techniques, as the French *Conseil Constitutionnel*, insisting on the fact that restrictions on public liberties must be necessary for finding the truth, and must be proportional and non-discriminatory. In Belgium in 1994 the *Cour d'Arbitrage* (today called the Constitutional Court) considered several parts of the reform on special and proactive investigation techniques to be unconstitutional. In 2005 a new reform Act on proactive enforcement was adopted, but in 2007 the Constitutional Court still declared some parts of it to be unconstitutional. The Belgian Constitutional Court did touch upon very essential elements of the rule of

law. The basic presumption of the Court was that investigative methods that consist of interference with HR do need effective judicial control. The absence of such control on investigative methods, by which the PPO and judicial authorities collect incriminating evidence, affects the notion of fair trial and fair justice. The result is that observation and bugging in private homes cannot be realized without a mandatory judicial warrant, as these competences can be compared to searches and tapping and recording of private communications. The Court did not accept the circumventing of judicial guarantees through a preliminary or proactive investigation, at least when the interference with HR does affect the private sphere. Access to bank accounts and freezing orders cannot be compared to searching a private home, which is the reason why it can be executed by the PPO without a judicial warrant. In the case of an *a priori* or *a posteriori* judicial review through the warrant procedure, there is in some reporting countries, like in the US, a great deal of discussion on the standard of the review by the courts. In some countries, like in Britain, the procedures by which judicial approval is sought for coercive measures has not recently changed although the conditions for detaining those suspected of terrorist-related crimes (NB this definition is very broad covering not just “terrorists;” the inclusion of substantive offences relating to the disclosure of information also spreads the net much wider) have changed dramatically because other measures outside the criminal justice system have been developed with special procedures attached – see e.g. control orders and asset recovery.

In many reporting countries the *disclosure* rules have not changed as such. In some reporting countries, like in Britain, they are circumvented by alternative proceedings relating to the proscription of organisations (and thus the criminal offence of membership of such organizations), and Special Immigration Appeals involve classified information which cannot be disclosed although the use of Special Advocates on behalf of the “accused,” who are granted full access, is an attempt to find a balance. In criminal procedures, full disclosure at the start of the trial should be the rule and is also the rule in many reporting countries. However, we also see in some reporting countries limited disclosure in case of terrorist offences, by which certain information and evidence is shielded in *ex parte* proceedings from the defence lawyers (like in the Netherlands with anonymous witnesses). The limitations on full disclosure are possible on various grounds (mostly to protect the lives of witnesses, sometimes in the interest of an ongoing investigation or national security). Many questions do remain: who decides on the composition of the case file; what type of supervision exists; what possibilities are there for the defence to add information and to test evidence; what limitations on what grounds and until when?

Some reporting countries underline the difficulty for the defence lawyer in having access to the file.

Turkey reports real problems in having access to the file, certainly when the file is with the police. At this stage, access is impossible without the authorisation of the PPO. In the Netherlands the same occurs when the special pre-trial detention period of 2 years is applied for serious offences.

Concerning the *evidentiary standards*, there is no doubt that adversarial reforms have strengthened the rules on evidence. However, many reporting countries illustrate that not only the semi-inquisitorial criminal procedure, but also the adversarial procedure has many exceptions to the rules on oral evidence and the immediacy and prohibition of hearsay or *de auditu* evidence. In Britain the hearsay rules which applied to exclude unsubstantiated statements in criminal proceedings were softened by the Criminal Justice Act 2003, provided that certain standards are attained and statements are admissible particularly if they were made by someone who is outside the UK. Courts must decide whether to admit out-of-court statements and documentary evidence for which they must centrally decide whether it is in the interests of justice to declare it admissible. Evidentiary standards have, however, been stringent. Intelligence coming, in particular, from foreign secret services is thus likely to be subject to intense scrutiny. Some reporting countries do exclude certain evidence obtained in proactive settings. Croatia, thanks to its case law, excluded conversations between defendants and undercover agents as evidence until 2005. Since 2005 the legislator permitted the use of this conversations as evidence for offences of organised crime and corruption. Italy excludes all information as a result of proactive or preventive measures as evidence in a criminal court. The Belgian Supreme Court has excluded intelligence as evidence, but it can serve as corroborating information, in this case anonymous declarations, to analyze the evidence.

Production orders

Q16. *Were specific production orders (subpoena or not) introduced in your country for stored information at disposal of the service providers (internet providers, travel agencies, air companies, credit card companies)?*

In many reporting countries, but not in all, powers to demand information from public and private companies during an exploratory inquiry have been broadened if it concerns the preparation of a criminal investigation into terrorist offences. It is obvious that real-time information (communication) or information on transactions (credit cards) or sensitive information (race, religion), combined with data retention obligations and a decryption obligation, are becoming increasingly part of judicial investigations. The national security letters in the US are the clearest example in that sense. All this gathered information can be processed and compared in preparing criminal investigations into terrorism. However, it is difficult to say if there is an increased duty to cooperate by investigated persons. In general, the standard on *nemo tenetur*, especially the duty for suspects, to produce incriminating documents and information has not been lowered. Third

persons and organisations, however, have become by and large the target of cooperation duties. Reporting countries have not informed us about transnational production orders, such as, for instance, in the *Swift* case.

Judicial control of pre-trial evidence?

Q17. Is pre-trial evidence, gathered by police and judicial authorities, subject to judicial control (admissibility of pre-trial evidence) in your country? Are there special measures in the field of serious offences?

Most reporting countries do have procedural mechanisms or special pre-trial courts by which there is inter-party control on the evidence (disclosure) or a judicial review of the regularity and legality of the evidence obtained. These filtering mechanisms have not really changed as such for serious offences such as terrorism. However, illegal evidence does not automatically mean that that evidence is excluded, as there is always a balancing between the interests involved. In the case of serious offences, the security interest or public interest has its proper weight. In most reporting countries illegal evidence is only excluded if it consists of a serious incursion on the rights of the accused.

Foreign evidence

Q18. Does your country allow for the use of evidence obtained abroad (extraterritorial use of evidence)? If yes, under which conditions?

The reporting countries have not submitted any information on specific legislation on this subject. Most reporting countries do use the *lex loci* rule, by which the legality of the evidence gathering is regulated by the law of the country where the evidence was obtained. Of course problems can arise with regard to the admissibility of foreign evidence (the following are sources of conflict: the rule of non-inquiry, the locus rule and the immediacy principle). A further complication lies in the use of foreign intelligence.³⁵ Finding a legal remedy in cases of transnational cooperation sometimes proves difficult, especially for aliens, as is the case in the US. All reports are silent on possibilities for the defence to gather foreign intelligence in *bonam partem*.

Coercive measures and fair trial

Q19. Have coercive measures been introduced in such a way that they could definitely preclude fair trial norms?

The reporting countries, with the exception of the US, offer a clear negative answer. However, in the case law we can see some very interesting conflicting situations concerning this point. The increase in special and proactive investigation techniques have led to secrecy as to the identity of the investigators,

³⁵ The US has experience with this [which resulted in infringements of due process - *Salah*].

secrecy about their modus operandi and in some reporting countries even to the secrecy of the information obtained and secret evidence in the pre-trial and trial setting. It is obvious that these in camera and/or ex parte proceedings and other protective measures are limiting defence rights and put the notion of fair trial in jeopardy. Several reporting countries have been working on special procedural arrangements to combine fair trial notions and the protection of specific interests (witness protection, public security or public interest protection, etc.). Some have done so after rulings by the higher courts or supranational HR courts, also in the light of the *Doorson, van Mechelen, Kostowski* cases at the ECtHR concerning anonymous witnesses. Some reporting countries have introduced arrangements at the trial phase by protecting the identity of a witness or agent, giving the court and the defence lawyers some possibility to interrogate behind a shield, but without revealing the identity of the witness in question. However, many reporting countries are using the pre-trial judge or the investigating judges as a filter and a long arm to shield information. The solutions do differ a great deal and some of them are certainly on the edge of conforming to HR standards, and the question remains whether these solutions, substantially limiting the rights of the defence, can be sufficiently compensated at the trial stage in order to realize a fair trial, based on equality of arms, during the criminal proceedings as a whole. In 1990 the ECtHR³⁶ blamed France for violating art. 6 because of the impossibility to interrogate infiltration agents either in the pre-trial procedure or in the main procedure. The French legislation was thereby amended making it possible under French law to interrogate infiltration agents, but without revealing their identity. Under Belgian law the trial judge can ask the investigating judge to investigate and interrogate the anonymous witness and make a report. The President of the court can be present at the interrogation.

In Germany exceptions have been admitted to the golden rule of the oral and adversarial proceedings to protect undercover agents, informants and collaborators and also if interrogation would endanger high state interests. The CCP provides for special interrogation by a judge, in camera, but not ex parte. However, this procedure is not much used. In practice the police or the Minister of the Interior submit a declaration (*Sperrerklärung*), by which, for the protection of the witness, the interrogation is held in camera and the results are used as de auditu evidence in court.

The Belgian criminal procedure provides for a double file, a classified file with the modus operandi (the mandate, identity, etc.) of the proactive and/or special investigation methods (like observation and infiltration) and a non-classified file with the substance and the results of the proactive and/or special investigation methods. Interesting is also the fact that there is full judicial control of the

³⁶ ECHR 19 December 1990, *Delta c. France*, A191-A, Rn. 37.

classified file by the Belgian pre-trial chamber. The trial judges do not have access to this file, as the classified file is shielded from the trial judges. They do not decide on elements that are excluded for the parties. The second file (*process-verbal*) is part of the adversarial proceedings at trial. The content thereof can also be used as evidence, but never as substantive evidence.

Also in France there is a double file, like in Belgium. But the CPP gives the defence lawyer the right to interrogate anonymous witnesses at a distance, using a mechanism that changes the witness' voice (a witness without a face and a distorted voice). The witness can also be interrogated by the investigating judge or by a trial judge, using the same mechanism.

In the Netherlands, the defence lawyer only has an indirect possibility to interrogate the anonymous witness through the investigating magistrate, and the trial judges only receive the written transcript of the intelligence officer's testimony, or they can call the investigation magistrate as a 'witness'.

In Italy generally, anonymous witnesses are impossible because of the adversarial trial and the oral nature of the proceedings as well as the need to cross-examine at the trial. The CPP provides for the interdiction of *de auditu* declarations. Exceptions are provided to protect witnesses because of a serious danger to them. However, they are part of the adversarial questioning, but without having to reveal their identity.

Witness protection

Q20. Were special measures introduced in your country for the protection of the secrecy of witnesses, victims, judges, etc.?

The reporting countries show a real tendency towards protecting the functioning of the criminal justice system itself. Witness and victim protection becomes functional for the security of the system. This is also why there appear to be various grounds for protective measures: protecting the safety of witnesses; protecting the means of (criminal) investigations; protecting national security. The last-mentioned has recently been introduced in the Netherlands. Several reporting countries have introduced, in the last decade, special measures to protect witnesses, including the status of anonymous witnesses. A good example is the Belgian legislation of 2002, under which anonymous witnesses are accepted, partially or completely, by the investigating judge in the case of serious offences and a serious threat to witnesses. These witnesses include police officers who have infiltrated criminal organizations. In the Netherlands they even include intelligence agents. Thanks to ECHR case law, their evidence in European countries can never be used as the only substantive evidence. In some countries, like Italy, evidence thus obtained can only be used as corroborating evidence.

The reporting countries have not reported any special protection for judges, with exception of Colombia under the former CPP.

I would like to include here the issue of crown witnesses or justice witnesses. Several reporting countries, like the Netherlands and France, have introduced forms of premium cooperation with suspects (*pentiti*, *repentis*, *kroongetuige*, *Kronzeuge*, *supergrass*) as crown witnesses, justice witnesses or justice collaborators. Other countries, like Italy, did have long-standing practice in this respect, but in the last decade have introduced some more stringent conditions (for fewer crimes and with no longer a total waiver of the penalty). In some countries, like the Netherlands, the *pentiti* can only obtain a penalty reduction. In Italy, however, they can strike a deal concerning prosecution, adjudication and/or the execution of a penalty. Germany used *pentiti* after 1982, but it expired in 1999 and was not renewed due to its irrelevance in praxis. Who is the appropriate authority to authorize these special forms of cooperation with justice? Reporting countries reflect very different options. In France this must be done by a trial judge, while in Belgium and the Netherlands by an investigating judge, in Germany and Italy a PPO decision is sufficient.

PART V. TRIAL SETTING (CRIMINAL PROCEEDINGS, SPECIAL PROCEEDINGS)

Q21 *When dealing with serious offences, does your legal system foresee special rules concerning*

- *jurisdiction? If yes, what is the jurisdiction rationae materiae? See Q14.*
- *the organization of the trial, including the setting up of special tribunals? See Q14*
- *the protection of the secrecy of witnesses, victims, judges, etc.? See Q20*
- *evidence and proof at trial? Can shielded or secret evidence be used in ex parte proceedings? Is there a public interest exception to disclosure of evidence and cross-examination? Can evidence in favour of the suspect be deleted in special circumstances? See Q19*
- *the evaluation of evidence?*

Just a remark about classic interrogation and the evaluation of the evidence at trial. All reporting countries have not indicated any substantial changes in this respect, with the exception of the US. The *Moussaoui* case clearly shows how difficult it can be for judges to combine fair trial with classified information, edited summaries and the exclusion of cross-examination. In one case a District Court Judge opted to strike out a part of the indictment related to 9/11, as, in her view, there could be no fair trial under these circumstances, but she was overruled on appeal.

In the reporting countries we did not find any indication of fundamental changes in the evaluation of the evidence by the courts. Of course in some HR decisions of

international courts some evidence must be excluded or cannot be used as the only substantive evidence (see supra).

Q22 *When dealing with serious offences, does your legal system fully provide for*
 - *the right of the suspect/accused/detained person to an independent and impartial tribunal?*

- *the presumption of innocence at the trial or does it foresee special rules (presumption of liability or accountability, reverse of the burden of proof)? See Q4*

- *the right to be tried without undue delay and the right to have the lawfulness of detention determined as soon as possible (habeas corpus)? See Q11*

- *the maxim in dubio pro reo?*

- *the procedural rights of parties (equality of arms, fair trial)?*

• *the right to a public trial with an audience?;*

• *the right to an oral, fair hearing and adversarial proceedings?*

• *the right to be present at the trial?*

• *the right of the counsel to have access to all criminal case records?*

• *the right to be informed without delay of the offence charged?*

• *the right to full disclosure of the state's case and to adequate time to prepare a defence?*

• *the right to internal (between parties involved) and external publicity of the proceedings?*

• *the right to examine the witnesses against him and to obtain the attendance and examination of witness on his behalf under the same conditions as the witness against him; special measures for new cyber techniques (videoconferencing, etc.); special measures concerning shielded or protected witnesses (undercover agents, agents of intelligence forces)?*

• *the right to have free assistance of an interpreter?*

• *the right not to be a witness in proceedings against oneself?*

• *the right to counsel (mandatory or not?), changes to legal privilege? Free choice or screened or assigned by the state?*

• *the right to remain silent (are there any limitations to the obligation to inform the accused of this right; are there limitations to the right to remain silent)? See Q4*

• *Is it permissible to draw prejudicial conclusions from the fact that the accused refused to testify? See Q4*

Many aspects were already mentioned supra. The most striking thing is that in some reporting countries there are reversed burdens of proof for some procedures, such as confiscation procedures, but also, as in Hungary, for

participation in criminal organizations. The legal presumption of guilt is clearly increasing, but is compensated by the reversed burden of proof.

Many reporting countries indicate exceptions to the notion of a public hearing. In camera proceedings are increasing to protect witnesses, national security, public interest etc. In some reporting countries we even see increasing ex parte proceedings, or in camera proceedings with only pre-selected defence lawyers, screened by the intelligence forces.

PART VI. POST-TRIAL SETTING (CRIMINAL, SPECIAL PROCEEDINGS)

Q23 When dealing with terrorism and serious offences, did your legal system modify

- the right of a higher court to review the sentence (appeal, cassation, constitutional review)?

- the prohibition of double jeopardy, following either an acquittal or finding of guilt and punishment?

As a rule, reporting countries do not indicate special review procedures for special rules on double jeopardy for serious offences. However, we do see an exception in the US, where a right to appeal is limited in the case of special military commission decisions, both in scope (only testing the consistency of standards and procedures, no determination of the merits) and in application (only for capital cases or where an alien is sentenced to over 10 years' imprisonment).

Sección III – Proceso penal

MEDIDAS PROCESALES ESPECIALES Y RESPETO DE LOS DERECHOS HUMANOS

RELACIÓN GENERAL

John A.E. VERVAELE*

Índice

- Parte I. Transformaciones en el marco jurídico de las medidas procesales especiales 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

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

* 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. Traducción del inglés de Isidoro Blanco Cordero. Profesor Titular de Derecho Penal. Universidad de Vigo.

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

SOCA: UK Serious Organised Crime Agency

UN CTC: Comité de las Naciones Unidas contra el Terrorismo

OBJETIVO DEL INFORME GENERAL

Este es el Informe general de la Sección Tercera del XVIII Congreso Internacional de Derecho Penal, que tendrá 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 es 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 secciones⁴. 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 países⁵: Alemania, Argentina, Austria, Bélgica, Brasil, Colombia, Croacia, Finlandia, Hungría, Italia, Países Bajos, Polonia, Rumania, España, Turquía, Reino Unido (Inglaterra y País de Gales), Estados Unidos⁶ y dos informes en

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 los coloquios preparatorios de las Secciones Primera (Coruña, España), Segunda (Cleveland, EE.UU.) y Cuarta (Xian, China) y se presentarán al XVIIIº Congreso Internacional de Derecho Penal, que tendrá 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

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 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).

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 (Hungria), Renzo Orlandi & Roberto Kostoris (Italia), Peter Bal & Martin Kuijer & Karin Veegens (Países Bajos), Paweł Wiliński (Polonia), Gheorghită Mateut & Ion Neagu & Mircea Damaschin (Rumanía), Juan-Luis Gómez Colomer (España), Gülşah Kurt Yücekul & Güçlü Akyürek (Turquía) y Marianne Wade (Reino Unido, Irlanda & 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.

⁹ P. Pfützner, *Organisierte Kriminalität im französischen Strafverfahren. Zur Einführung eines besonderen Strafverfahrens durch die Loi Perben II*, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Band S 110, Duncker & Humblot, Berlin, 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), Bruylant, Brussels, 2007.

¹⁰ Vogler & Huber (eds.), *Criminal Procedure in Europe*, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Band S 112, Duncker & Humblot, Berlin, 2008; M. Delmas-Marty & J.R. Spencer (eds.), *European Criminal Procedures*, Cambridge Studies in International and Comparative Law, Cambridge University Press, 2002; J. Pradel, *Droit Pénal Comparé*, Dalloz, 2002.

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 804^a 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.

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 (CFR-CDF), 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 organizado¹¹, celebrado en Budapest en 1999, especialmente el informe general de Jean Pradel sobre el proceso penal¹².

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 convenios¹³. 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

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

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

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

debería leer cada informe nacional para obtener una información más detallada y precisa. Los informes nacionales recibidos se publicarán en formato CD-ROM como anexo al informe general, los informes especiales de fondo y las resoluciones.

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. Transformaciones en el marco jurídico de las medidas procesales especiales 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

Título VI. Transformaciones en la fase posterior al juicio

Este informe general seguirá el cuestionario (véase el anexo I) 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 TRANSFORMACIONES EN EL MARCO JURÍDICO DE LAS MEDIDAS PROCESALES ESPECIALES 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,

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.

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 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. 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 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, supergrass*) 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-constitucionalis* 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 integrado¹⁵, pero especial para

¹⁵ Con la integración en el CPP no quiero decir que se haya hecho de una forma muy

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

coherente. En Italia, por ejemplo, existe un mosaico de leyes especiales que modifican las normas del CPP.

combatientes enemigos. En los EE.UU. 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 politica*, 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 politica*], 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 politica*). 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 Estado¹⁶, 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.

¹⁶ J. Simon, *Governing through Crime*, Oxford University Press, 2007.

- 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 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 politica*). 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 CEDH¹⁷.

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.

¹⁷ 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 y ha dado un gran margen de apreciación a los Estados en relación con la lucha contra el terrorismo.

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 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 clasificada¹⁸. 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 FISA¹⁹, que permite interceptar y grabar sin autorización judicial a las potencias extranjeras y sus agentes, redes extranjeras o personas o actividades terroristas²⁰. 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

¹⁸ El Reino Unido cuenta con un procedimiento secreto en casos de expulsión de los inmigrantes ilegales.

¹⁹ Foreign Intelligence Surveillance Act.

²⁰ No tiene que demostrarse una causa probable de que estas personas o actividades están involucradas.

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 ella²¹. 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 América²².

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

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.)?*

²¹ 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.

²² El más famoso es el caso Milan Abu Omar, que actualmente se desarrolla en Milán.

- *¿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 preparatorios²³. 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 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 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

²³ Ver el informe general de Lorenzo Picotti, La expansión de las formas de preparación y de participación. Sección I.

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 organizado²⁴, 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 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 sospechoso²⁵. 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

²⁴ Ver N. Keijzer, J.F. Nijboer, H. Sanders, A. Sennef and P.J.P. Tak, *Organized Crime & Criminal Procedure in the Netherlands*, en *Revista Internacional de Derecho Penal*, 1994, vol 69, 957-986.

²⁵ 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).

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*)²⁶. 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, 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 medidas necesitan una orden judicial. El CPP se ha

²⁶ J. Kinzig, *Die rechtliche Bewältigung von Erscheinungsformen organisierter Kriminalität*, Berlin, Duncker & Humblot, 2004.

modificado recientemente para incluir la utilización de técnicas especiales de investigación, tales como la conservación secreta de los datos.

En Rumanía, 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 juicio²⁷.

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. 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

²⁷ Ver la Parte IV.

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.

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 procesales²⁸. Países como Rumanía, 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.

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.)?

²⁸ Ver la Parte IV.

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 inconstitucionales²⁹ 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 Federal³⁰ 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.

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

²⁹ BVerfG, 1 BVR 370/07 of 27.02.2008, Absatz-Nr. (1-333).

³⁰ Bundesgerichtshof, Beschluss of 31.01.2007, StB 18/06.

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 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 días³¹. 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 periodo 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

³¹ En el momento de elaborar este informe, la Cámara de los Lores ha rechazado el proyecto del gobierno.

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 juicio³².

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?

- 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 P2 y P9 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

³² M. Nino, The Abu Omar Case in Italy and the effects of CIA extraordinary renditions in Europe on Law Enforcement and Intelligence Activities, 78 (1 & 2), Revista Internacional de Derecho Penal, 113 (2007).

- 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 juicio³³. 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.

³³ OLG Hamburg, decision of 14 June 2005, IV-1/04.

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 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.

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?*

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 extranjera³⁴. 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

³⁴ Los Estados Unidos de América tienen experiencia con esto [lo que ha dado lugar a la violación del proceso debido - *Salah*].

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 TEDH³⁵ 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 enjuiciamiento puede solicitar al juez de instrucción que investigue e interrogue 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.

³⁵ TEDH, 19 de diciembre de 1990, Delta c. France, A191-A, Rn. 37.

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 11-S, 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. 14

• ¿Se permite obtener conclusiones perjudiciales del hecho de que el acusado se niegue a declarar?

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. 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).