

Terrorismo e intercambio de información entre los servicios de inteligencia y las autoridades de investigación judicial en los Estados Unidos y en los Países Bajos: ¿Derecho penal de emergencia?*

JOHN A. E. VERVAELE**

I. INTRODUCCIÓN***

Los ataques del 11-S en Nueva York y del 11-M en Madrid y el asesinato de Theo van Gogh en Ámsterdam han planteado muchas cuestiones relativas a la información de la que disponen los servicios de inteligencia y al posible uso por ellos de medidas coercitivas para la prevención y represión de los delitos de terrorismo. En muchos países los acontecimientos han provocado una marea de legislación penal para reprimir el terrorismo. No sólo es este el caso de los EE.UU., con su USA Patriot Act¹, sino también de los Países Bajos². En el año

* La versión en inglés ha sido publicada en *Utrecht Law Review*, 2005, Issue I, 1-27. Esta versión en español es una versión actualizada hasta 28.02.2007.

** Profesor de Derecho penal económico 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, España.

¹ J.A.E. Vervaele, *The anti-terrorist legislation in the US; inter arma silent leges?*, en *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2005/2, en prensa.

² Ver un reciente estudio de E. Prakken, *Naar een cyclopisch (straf)recht*, *Nederlands Juristenblad*, 2004, 2338-2344.

2004 fue modificado el Derecho penal sustantivo de los Países Bajos por medio de la Ley sobre delitos terroristas [Wet Terroristische Misdrijven³], para incorporar en parte la Decisión marco UE sobre lucha contra el terrorismo. A finales de 2004, se presentó una propuesta legislativa para ampliar las posibilidades de investigación y enjuiciamiento de los delitos terroristas⁴.

La persecución penal del terrorismo y la garantía de la seguridad en un Estado de Derecho plantean cuestiones fundamentales relativas a las libertades constitucionales y a las garantías del Derecho penal en tiempos de crisis. En esta contribución nos concentramos en un aspecto especial, que es, sin embargo, totalmente ilustrativo de estas cuestiones fundamentales. Un tema de actualidad es el del papel que juega y puede jugar en los procedimientos penales la información recopilada por los servicios de inteligencia cuando se trata de la investigación, persecución y enjuiciamiento de sospechosos y acusados de delitos de terrorismo. Después del 11-M se creó un grupo especial contra el terrorismo en Europol⁵ con el objetivo de recopilar, analizar y difundir la información de los servicios de inteligencia y de policía. A finales de marzo de 2004 la Comisión Europea presentó una propuesta del tercer pilar relativa al intercambio de información y a la cooperación sobre delitos de terrorismo⁶. Es importante para nuestro estudio la Comunicación de la Comisión sobre la mejora del acceso a la información por parte de las autoridades encargadas de garantizar el cumplimiento de la ley⁷ y la iniciativa sueca de decisión marco **sobre la simplificación del intercambio de información e inteligencia entre los cuerpos de seguridad de los Estados miembros**⁸. La Comunicación de la Comisión tiene como punto de partida el reconocimiento mutuo y la libre circulación de la información entre las autoridades competentes de los Estados miembros. El trabajo policial y la actividad judicial deben basarse más en inteligencia. Por señalar algo, sin ninguna explicación adi-

³ Wet Terroristische Misdrijven van 24 juni 2004, Staatsblad 2004, 290, que entró en vigor el 10 de agosto de 2004.

⁴ TK, 2004-2005, 29754.

⁵ También se intentó esto después del 11-S, pero sin mucho éxito.

⁶ COM (2004) 221 final, 29 March 2004.

⁷ Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, de 16 de junio de 2004, titulada «Sobre la mejora del acceso a la información por parte de las autoridades encargadas de garantizar el cumplimiento de la ley» COM (2004) 429 final.

⁸ Proyecto de Decisión marco sobre la simplificación del intercambio de información e inteligencia entre los cuerpos de seguridad de los Estados miembros de la Unión Europea, en particular en relación con delitos graves, incluidos los actos de terrorismo. Consejo de la UE, 10215/04, 4 junio 2004.

cional, se comenta que los servicios de inteligencia podrían desempeñar un papel importante. La iniciativa sueca logra entender con mayor detalle qué se dice en la Comunicación de la Comisión, pero en lo que concierne al asunto sometido a discusión mantiene todas las opciones abiertas. La idea básica es la libre circulación de la información entre las autoridades encargadas de garantizar el cumplimiento de la ley. Un cuerpo de seguridad competente es: "la autoridad policial, aduanera u otra, autorizada según el Derecho interno a prevenir, localizar o investigar delitos y actividades delictivas y a ejercer la autoridad y adoptar medidas coercitivas en el contexto de esas actividades". Una definición tan amplia no excluye a los servicios de inteligencia nacionales. La definición de "información e inteligencia" es también extremadamente amplia: "todo tipo de información o datos existentes (...) que puedan ser utilizados en una investigación penal o en una operación de información criminal para prevenir, localizar o investigar un delito o una actividad delictiva". Esto significa que también entra dentro de su alcance la inteligencia de los servicios de inteligencia. Con unas definiciones tan amplias -se dice en la explicación del proyecto- se pretende garantizar que la libre circulación no se vea obstaculizada por diferencias en la organización nacional. En lo que concierne a nuestra materia, el artículo 1 (objetivo y ámbito de aplicación) se apresura a determinar expresamente que la decisión marco no implica ninguna obligación de intercambiar información para presentarla como prueba en procedimientos penales. En caso de que el Estado receptor desee utilizar la información como prueba en una acción penal se exige que obtenga el consentimiento del Estado que haya facilitado la información o inteligencia, y puede ser necesario utilizar los instrumentos de cooperación judicial. Por otra parte, la decisión marco no prohíbe el uso como prueba, ni lo restringe fijando ciertas condiciones en cuanto a la selección o la protección legal. La utilidad se determina exclusivamente por quien haya facilitado la información. De acuerdo con el artículo 9(4), el cuerpo de seguridad que facilite información e inteligencia puede imponer ciertas condiciones para su uso. No se contienen las condiciones, aunque el artículo 9(3) deja claro que los fines de utilización están determinados de forma bastante amplia, extendiéndose de la prevención al procesamiento, y para las tentativas de delito, pero también por ejemplo para aplicar las normas sobre inmigración. Es notable que varias iniciativas hacen referencia al Convenio europeo de derechos humanos (CEDH) y a la tutela jurídica del sospechoso, pero estas cuestiones no se materializan en términos concretos.

La discusión en los Estados miembros de la UE sobre el uso en procedimientos penales de la información recogida por los servicios de inteligencia es anterior al 11-S. Apenas se discute que tal información se puede utilizar como una pista para iniciar investigaciones penales. Sin embargo, mucho más proble-

mático es si esta información por sí misma puede dar lugar a una sospecha razonable o servir de base suficiente para el uso de medidas coercitivas de acuerdo con el Derecho (procesal) penal. También se discute si dicha información se puede utilizar como prueba legal en procedimientos penales. Igualmente, en cuanto a su eventual uso, se cuestiona cuáles son las consecuencias para el carácter público del proceso y para la posición de la defensa durante el juicio.

En la mayoría de los países hay poca jurisprudencia sobre esta cuestión y la discusión, tanto académica como práctica, aún tiene que coger ritmo. En Italia es conocida la decisión del juez de instrucción C. Forleo del Tribunale di Milano⁹ (24 de enero de 2005), que declara que no se pueden utilizar en el proceso penal italiano algunas fuentes de inteligencia extranjera y algunas "fuentes abiertas". Por otro lado, el juez de instrucción R. Spano del Tribunale di Brescia¹⁰, mediante sentencia de 31 de enero de 2005, ha sido muy crítico con la "sentencia Forleo", ya que no explica en qué aportaciones cognoscitivas se ha apoyado el órgano enjuiciador para basar sus propios juicios, ni cómo estos han sido filtrados a través de las reglas del proceso.

En todo caso, el art. 203 del Código procesal penal dispone textualmente que el juez no puede obligar a los funcionarios y agentes de policía judicial ni al personal dependiente de los servicios de información y seguridad militar o democrática a revelar los nombres de los informadores. Si éstos no son examinados como testigos, las informaciones que proporcionen no pueden ser admitidas ni utilizadas. Esta norma excluye el uso de informes de servicios de inteligencia nacional o extranjera, si los funcionarios de esos servicios no pueden ser examinados como testigos. Una norma de este tipo es excepcional en el contexto europeo: no existe, por ejemplo, en Alemania, donde el Oberlandsgericht de Hamburgo ha decidido utilizar los informes de los servicios secretos de los Estados Unidos de América sin la presencia de sus representantes en calidad de testigos¹¹.

Sin embargo, por lo que se refiere a la Unión Europea la situación está destinada a cambiar pronto. El Programa de Tampere¹² ha sido sustituido por el de la Haya¹³. Este último ha sido elaborado por los Ministros de Justicia, Interior e Inmigración y ha sido aprobado por el Consejo de Ministros de la Unión el 5 de

⁹ N 28491/04 R.G., G.I.P.; N5774/04 R.G. G.I.P.

¹⁰ N. 13805/2002 RGNR; N. 17692/2003 RG GIP.

¹¹ OLG Hamburg, sentencia 14 junio 2005, IV-1/04.

¹² Conclusiones de Tampere, 15 e 16 ottobre 1999, <http://ue.eu.int>.

¹³ <http://www.libertysecurity.org/article264.html>.

noviembre de 2004. Este programa - titulado **consolidación de la libertad, la seguridad y la justicia en la Unión Europea** - se ocupa del intercambio de información entre los Estados en materia de aplicación legislativa (el principio de la disponibilidad). Se ha invitado a la Comisión de las Comunidades Europeas a que presente el proyecto para hacer efectivo el principio de disponibilidad antes de finales de 2005. Ha elaborado posteriormente un plan de acción del programa de la Haya¹⁴, que prevé diez prioridades para los próximos cinco años (2005-2010). Dentro de estas diez prioridades, así como dentro de los otros numerosos puntos de acción enumerados en este documento, el principio de "puesta a disposición" ocupa una posición preeminente y se vienen elaborando planes eficaces en el campo del libre flujo de la información. La prioridad 7 establece el objetivo de alcanzar un equilibrio adecuado entre el derecho a la intimidad y la seguridad en el intercambio de información entre las autoridades policiales y judiciales, apoyando y fomentando un diálogo constructivo entre todas las partes interesadas con objeto de identificar soluciones equilibradas, respetando plenamente los derechos fundamentales (tales como el derecho a la intimidad y a la protección de datos), así como el principio de disponibilidad de la información previsto en el Programa de la Haya. Este programa produce el efecto de transformar el principio de disponibilidad en un derecho de los Estados, que debe ser contrapesado con los Derechos humanos.

La prioridad de la lucha contra el terrorismo requiere de un enfoque integrado y coherente. Se trata de un área vital que exige la atención de la Unión y la cooperación entre las autoridades competentes de los Estados miembros en el intercambio de la información importante para la investigación de las actividades terroristas. En el marco de la prioridad relativa a la lucha contra la delincuencia organizada, se ha encomendado a Europol y Eurojust la tarea de desarrollar lo que se viene denominando modelo europeo de investigación criminal. Este encuentra precisiones ulteriores en la lista detallada de los puntos de acción.

Según el punto 3 -sobre el refuerzo de la seguridad- el principio de disponibilidad se desarrolla posteriormente con proyectos concretos, como por ejemplo la propuesta de instauración de un principio de disponibilidad de la información pertinente a efectos policiales en materia de terrorismo; la Propuesta de garantías adecuadas para la transferencia de datos personales a efectos de cooperación policial y judicial en asuntos penales y el Documento de trabajo de los servicios de la Comisión sobre un sistema represivo eficaz basado en la inte-

¹⁴ http://66.102.9.104/search?q=cache:p3xguZ_EN3YJ:www.libertysecurity.org/article257.html+Hague+Programme++ten+priorities&hl=en.

ligencia. Todas estas medidas habrían tenido que ser adoptadas en 2005.

Según del punto relativo 4 relativo al refuerzo del sistema judicial, la línea de acción –a realizar antes de 2008– hace referencia a un Estudio de la utilización transfronteriza de la investigación como elemento de prueba.

La Comisión no ha permanecido inactiva y en octubre de 2005 ha publicado una propuesta de Decisión marco sobre el intercambio de información en virtud del principio de disponibilidad¹⁵ y una propuesta de Decisión marco relativa a la protección de datos personales tratados en el marco de la cooperación policial y judicial en materia penal¹⁶. Ambas propuestas se basan parcialmente en el recientemente publicado estudio AGIS del Instituto de investigación internacional sobre la política criminal de la Universidad de Gante¹⁷.

Este artículo pretende contribuir a esta discusión haciendo un análisis jurídico del problema en los EE.UU. y en los Países Bajos. En los EE.UU. se ha adquirido mucha experiencia en el campo del intercambio de inteligencia entre los servicios policiales. También existe alguna jurisprudencia interesante, que incluye decisiones del Tribunal Supremo. Los Países Bajos son uno de los pocos países de la UE donde el asunto se ha convertido en foco de examen político por el gobierno y el parlamento desde principios de los años 90¹⁸, y también ha dado lugar a jurisprudencia y a nueva legislación. ¿Tienen los servicios de inteligencia¹⁹ un poder discrecional para determinar qué inteligencia se va a proporcionar? ¿Cuál es la relación entre esta discrecionalidad de los servicios de inteligencia y el correspondiente deber legal del secreto, de un lado, y los derechos de la defensa y la revisión judicial de la legitimidad de esa información? ¿Pueden los fiscales confiar ciegamente en el juicio discrecional de los servicios de inteligencia y en la legitimidad de los medios a través de los que se ha obtenido la información? ¿Corresponde a la fiscalía decidir si la inteligencia es utilizada como prueba secreta? Después del

¹⁵ COM (2005) 490 final.

¹⁶ COM (2005) 475 final.

¹⁷ VERMEULEN G. ET. AL., *Availability of law enforcement information in the UE. Between mutual recognition and equivalent right of access*, Maklu, Antwerp/ Apeldoorn, 2005.

¹⁸ Ver L. van Wifferen, *het gebruik van AIDV-informatie in het strafproces*, Justitiële Verkenningen, no. 3, 2004, 139-140 y L. van Wifferen, *Intelligence in het strafproces*, NJB, 2003/ 12. Ya en 1992, el Ministro de Justicia envió una Nota al Parlamento relativa a si la inteligencia BVD podría ser prueba legal, TK, 1991-92, 22 463, no. 4.

¹⁹ Hasta la nueva Ley de Servicios de Inteligencia y Seguridad [*Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten (Wiv)*] de 2002, el BVD ha cambiado de nombre y se denomina Servicio General de Inteligencia y Seguridad [*Algemene Inlichtingen- en Veiligheidsdienst (AIVD)*].

11-5 se han planteado estas preguntas en algunos casos penales neerlandeses. Ha sido duramente criticada en los Estados Unidos la decisión del Tribunal de distrito de Róterdam de finales de 2002²⁰, en la que se señaló que la inteligencia puede servir como pista en investigaciones penales, pero no como fundamento exclusivo para determinar la sospecha razonable²¹. Mediante un procedimiento apresurado, el ministro Donner ha presentado una iniciativa legislativa relativa a los testigos protegidos²². La propuesta ha sido aprobada recientemente por el parlamento²³. ¿Significa esto que el paradigma de la doctrina de la seguridad ha erosionado el fundamento clásico del Derecho penal en un Estado de Derecho? ¿Es el uso como prueba secreta de la inteligencia un ejemplo de la americanización del Derecho (procesal) penal neerlandés? Es interesante la comparación con los EE.UU., pues allí se ha adquirido mucha experiencia durante los últimos 20 años en la gestión del movimiento de la información entre la inteligencia y los servicios de policía. Especialmente los EE.UU. urgen a las autoridades europeas a mejorar el flujo de información en Europa. Sin embargo, la comparación entre los EE.UU. y Europa requiere cierta explicación sobre el contexto histórico de la cooperación entre la inteligencia y los servicios de policía.

II. INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN ENTRE LOS SERVICIOS DE INTELIGENCIA (SI) Y LAS AUTORIDADES DE INVESTIGACIÓN JUDICIAL (AIJ): EL FUNDAMENTO HISTÓRICO

Corresponde a los servicios de inteligencia la tarea de reconocer, con base en una posición fuerte de información, amenazas futuras o presentes para el

²⁰ Ver un análisis en el punto 5.2.

²¹ L. Vidino & E. Stakelbeck, Dutch Lessons, The Wall Street Journal Europe, 7 July 2003: "Este es un penoso ejemplo de las limitaciones puestas a las autoridades holandesas para luchar y prevenir el terrorismo, pues los esfuerzos de las agencias de inteligencia resultan demasiado a menudo frustrados por tribunales liberales y leyes inadecuadas."

²² Wijziging van het Wetboek van Strafvordering in verband met het treffen van een regeling inzake het verhoor van afgeschermd getuigen en enkele andere onderwerpen (afgeschermd getuigen), Tweede Kamer der Staten-Generaal, 2003-2004, 29743, no. 2.

²³ <http://www.eerstekamer.nl/9324000/1/j9vvgh5ihkk7kof/vhfifl1fmyx9/f=y.pdf>.

El texto original en inglés emplea la expresión *Intelligence Community*, que traducimos como servicios de inteligencia, porque entiendo que es la que mejor se ajusta al sistema jurídico español. Igualmente emplea la expresión *Law Enforcement Community*, que traducimos como autoridades de investigación judicial, y que incluiría a todos los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado con funciones judiciales y a las autoridades judiciales, como los fiscales y los jueces [Nota el traductor].

orden jurídico democrático y alertar de ellas a las autoridades competentes. La policía, en el marco de su función judicial, tiene la tarea de recopilar la información relativa a los delitos con objeto de una eventual presentación ante un Tribunal penal. Los servicios de inteligencia no tienen como objetivo investigar delitos, y la policía no tiene como objetivo la recopilación de información para asegurar una posición fuerte de información. Son absolutamente diferentes las tareas que se asignan a los diversos servicios y la manera en la que las llevan a cabo y entre ambos se ha levantado un muro divisor. La información de los servicios de inteligencia es esencialmente secreta. La información de la policía está sometida al control judicial como prueba penal en una Audiencia pública ante un tribunal accesible.

Sin embargo, esta distinción histórica tiene que verse en perspectiva, pues ni los servicios de inteligencia ni los servicios de policía son instituciones antiguas, y además su existencia relativamente corta ha estado marcada por los avatares políticos. Los acontecimientos políticos turbulentos en los EE.UU. y en Europa explican las diferencias en la relación entre los servicios de inteligencia y la policía. En Europa, la experiencia con los regímenes totalitarios y sus fuerzas de policía política en la Alemania nazi, en Rusia, etc. ha influido mucho en su organización tras la Segunda Guerra Mundial. Los servicios de inteligencia volvieron a ser organizaciones separadas con su propio estatuto. La policía fue apartada del control político directo y convertida en una agencia, y se separaron formalmente los deberes operativos de la policía y el trabajo de inteligencia. En principio, ya no se podía compartir la información. Los intentos posteriores al 11-S de revisar este flujo de información, por ejemplo en el marco del grupo de Europol contra el terrorismo, han terminado en fiasco. En los EE.UU., la amenaza política en el país y en el extranjero fue exactamente el argumento que indujo al presidente Roosevelt a ampliar el FBI, que pasó de ser un servicio federal clásico de policía a una organización con una doble función: actuar como un servicio federal de policía y como un servicio de inteligencia federal, inicialmente limitado a la seguridad nacional, pero posteriormente también dotado de tareas en el exterior, a pesar del establecimiento de la CIA que estaba especializada en este área. En los EE.UU. no es extraño que la policía federal regular se ocupe no sólo de la investigación, sino también del trabajo de inteligencia, incluidas operaciones de contrainteligencia. Por esta razón, los SI en los EE.UU. están integrados no sólo por la CIA, la Agencia de Seguridad Nacional, la Agencia de Inteligencia de la Defensa y la Oficina Nacional de Reconocimiento, sino también por unidades de inteligencia del Departamento de Estado, del FBI, del Departamento del Tesoro, del Ministerio de Energía y de las fuerzas armadas. El hecho de que no haya división organizativa entre los SI y las AIJ -la CIA y

partes del FBI pertenecen a los SI- no significa que no haya distinciones estrictas en cuanto a los objetivos, métodos y control. Evidentemente ambas tienen que actuar de acuerdo con la Constitución y las leyes federales, pero es obvio que los SI están mucho más regulados por las órdenes ejecutivas del presidente y están sometidos sólo al control político parlamentario. Debido a los escándalos de espionaje político que ocurrieron en los años 70, la relación entre los SI y las AIJ permaneció congelada de facto durante una década, pero a principios de la década de 1980 se reanudó la cooperación, debido a que los presidentes Ford y Reagan asignaron mediante orden ejecutiva tareas especiales a los SI en la lucha contra las drogas y el terrorismo. Ciertamente después del 11-S y el aumento de las críticas acumuladas por los servicios de inteligencia se ha intensificado considerablemente la cooperación contra el terrorismo.

III. ANÁLISIS DEL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN ENTRE LOS SI Y LAS AIJ HASTA EL 11-S EN EE.UU.

3.1. La evolución hacia un Derecho penal orientado a la seguridad

Desde el principio del siglo veinte, las operaciones de escucha, grabación y vigilancia se llevaban a cabo sin autorización judicial, incluso con el fin de investigar y perseguir infracciones penales. Desde los años 60, el control judicial sobre el uso de los poderes de investigación ha sido un tema recurrente en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, especialmente en lo que concierne a la Cuarta Enmienda (cláusula de autorización judicial). La Cuarta Enmienda expresamente dispone que sólo puede concederse una autorización cuando existan indicios racionales de criminalidad (*probable cause*). En el caso *Katz vs. US*²⁴, el Tribunal Supremo sentenció que es necesaria una autorización para las interceptaciones, a menos que se encuentre implicada una cuestión de seguridad nacional. En el caso *Berger vs. New York*²⁵, el Tribunal Supremo indicó que la autorización para la interceptación telefónica debe ser suficientemente concreta con respecto al objetivo, el método y la duración. En 1986 el legislador

* La expresión *probable cause* que se utiliza en el Derecho de los Estados Unidos es de difícil traducción textual, ya que significa "causa probable". En otros textos se encuentran traducciones de esta expresión tales como "probabilidad razonable" o "elementos probatorios suficientes". La Ley de enjuiciamiento criminal española utiliza la expresión, más adecuada a nuestro idioma, de "indicio racional de criminalidad" (art. 384). Es esta la que utilizaremos en el texto [Nota el traductor].

²⁴ *Katz vs. US*, 389 U.S. 347 (1967).

²⁵ *Berger vs. New York*, 388 US 41 (1967).

reguló esta materia en el Título III de la Omnibus Crime Control and Safe Street Act. Las condiciones para obtener una autorización se contienen en la ley. Los servicios policiales deben poder acreditar la existencia de inicios racionales de criminalidad²⁶ en una declaración jurada (affidavit)²⁷. Por lo tanto, con carácter general, se requiere una autorización, pero hay numerosas excepciones²⁸. En caso de grabación sin autorización, la acción adoptada no puede ser irracional (unreasonable) y deben existir indicios racionales de criminalidad en la mente del oficial que investiga. La Ley también dispone expresamente que “el estatuto no limita el poder constitucional del presidente para tomar las medidas que juzgue necesarias para proteger la Nación de ataques reales o potenciales u otros actos hostiles de potencias extranjeras, para obtener información de los servicios extranjeros de inteligencia considerada esencial para la seguridad de los EE.UU., o para proteger la información sobre la seguridad nacional de actividades de los servicios extranjeros de inteligencia”²⁹. En definitiva, la interceptación sin autorización es siempre posible en investigaciones nacionales o internacionales llevadas a cabo con el fin de proteger la seguridad nacional. En 1972, el Tribunal Supremo decidió en el caso Keith³⁰ que la Constitución obliga a disponer de autorización cuando la investigación se refiere a ‘individuos nacionales’ y no tiene ‘ninguna conexión significativa con una potencia extranjera’. El legislador captó el mensaje y en 1978 se aprobó la hoy día infame vigilancia FISA³¹, que permite intervenir y grabar sin autorización a potencias extranjeras y sus agentes, redes o personas extranjeras o actividades terroristas³². Para intervenir o grabar a los ciudadanos americanos o a los residentes en los EE.UU. se debe conceder una autorización por un tribunal secreto FISA. Los actos de investigación practicados son siempre secretos y las personas afectadas no son informadas de ellos ni antes ni después

²⁶ Las agencias encargadas de la aplicación de la ley deben tener motivos razonables para creer que la información a obtener es relevante para la investigación.

²⁷ El affidavit puede basarse en información de un informador cuya identidad no se revela, a condición de que el agente de policía haya sido interrogado y oído en juicio.

²⁸ Ver T.P. Metzler, et al., Warrantless searches and seizures, 89 Geo L. J. 1084, 2001 y S.M. Beck, Overview of the Fourth Amendment, 89 Geo. L. J. 1055, 2001.

²⁹ 18 U.S.C. para. 2511 (3).

³⁰ US vs. US District Court (Keith), 407 US 297 (1972).

³¹ Foreign Intelligence Surveillance Act, <http://www4.law.cornell.edu/uscode/50/ch36sch1.html>.

³² FISA (50 U.S.C. para. 401(a)). No se debe probar con el criterio de la “probable cause” que estas personas o actividades están involucradas.

3.2. Intercambio de información entre los SI y las AIJ antes del 11-S

En los EE.UU. la discusión relativa a la transferencia de la inteligencia para su uso como prueba en un proceso penal se centra principalmente en la inteligencia FISA. Sin embargo, los principios son los mismos para la información obtenida en operaciones clásicas de la inteligencia. En primer lugar, se precisa de notificación obligatoria por los SI. Por ejemplo, si el FBI se implica en la inteligencia extranjera (IE) o en la contrainteligencia extranjera (CIE), debe informar inmediatamente a la Division of the Attorney General's Office (AG) cuando los "hechos o las circunstancias se desarrollan en una investigación de la IE o de la CIE que indican que se ha cometido, se está cometiendo o se puede cometer un crimen federal grave". Este umbral está por debajo del requisito de indicios racionales de criminalidad (probable cause) que se exige en asuntos penales. Se alude a los delitos graves que incluyen el terrorismo y el auxilio material al terrorismo. Cuando FISA está implicada, se ha de consultar previamente a la Office of Intelligence Policy and Review of the Department of Justice. En caso de duda o de desacuerdo la decisión final será tomada por el AG³³. A diferencia de esto, se regula terminantemente el procedimiento para el acceso de los acusados a la información de los SI en investigaciones penales en curso. La fiscalía debe indicar de forma absolutamente exacta la información relacionada con los hechos y los individuos a la que desea tener acceso y porqué. Se requiere la autorización de la Internal Security Section of the Criminal Division of the Attorney General's Office. Además, los funcionarios del Ministerio público que van a examinar los documentos tienen que ser investigados de antemano a los efectos de su fiabilidad.

Las Secciones 1806 y 1825 de la Ley FISA incluyen disposiciones específicas relativas al uso de la inteligencia FISA como prueba en casos penales. No se requiere la autorización de la persona afectada, pero tiene que ser informada. Siempre es necesaria la autorización del AG, lo que implica que la información no se puede compartir directamente entre los SI y las AIJ. La persona afectada puede solicitar al Tribunal en la fase preliminar o en la audiencia que declare inadmisibles la prueba por haber sido obtenida ilegalmente o porque no se han cumplido los requisitos procesales aplicables en las investigaciones FISA. El AG puede solicitar al Tribunal por medio de una declaración (*affidavit*) bajo juramento que oiga el caso a puerta cerrada y ex parte si el acceso a la prueba puede menoscabar la seguridad nacional³⁴.

³³ Ver http://www.epic.org/privacy/terrorism/FISA/08_2002_mem.html.

³⁴ Ver el punto 3.3. en el que se contiene un análisis de CIPA.

En la transferencia de la información de los SI a las AIJ se debe hacerse uso obligatorio de lo que se denomina procedimiento de minimización³⁵. La minimización pretende limitar en lo posible la adquisición, retención y difusión de la información relativa a ciudadanos de los EE.UU. Solamente puede ser almacenada y utilizada cuando dicha información sea crucial para la valoración de la inteligencia extranjera. También se dispone que esté exenta de minimización la prueba de delitos que han sido cometidos, se van a cometer o pueden ser cometidos. Un componente clásico de la minimización es el muro del examen de la información (the information-screening wall), que significa que un funcionario del Ministerio de Justicia, que no esté directamente implicado en los SI o en las AIJ, examina la inteligencia FISA y selecciona solamente las partes que son relevantes como prueba. El punto de partida del memorándum de 1995 del AG Janet Reno³⁶ es la prohibición de todo intercambio directo de información entre los SI y las AIJ. Toda la información tiene que pasar primero por la División Criminal para su examen. La transferencia de la información es posible siempre que haya "una preocupación legítima y significativa en la aplicación del Derecho penal". La División Criminal puede también asistir al FBI para preservar la opción de la persecución penal, aunque "la División Criminal, sin embargo, no debe instruir al FBI sobre la operativa, continuación o extensión de la vigilancia electrónica FISA o de las investigaciones físicas. Además, el FBI y la División Criminal deben asegurarse de que el asesoramiento previsto para preservar la opción de la persecución penal no genere inadvertidamente la apariencia de que la División Criminal dirige o controla la investigación de la IE o de la CIE hacia objetivos de la aplicación de la ley"³⁷. Resumiendo, el memorándum de 1995 permite el uso de la inteligencia FISA en casos penales. Los Tribunales de los EE.UU. también permiten el uso de la inteligencia FISA como prueba en casos penales, siempre y cuando, evidentemente, se hayan satisfecho los requisitos de FISA y la información no se haya lavado (laundered). En muchos procedimientos se ha intentado declarar los frutos de la vigilancia FISA como prueba ilegal, pero no han triunfado porque la opinión mayoritaria en la jurisprudencia es que las reglas FISA mantienen un equilibrio constitucional entre los derechos de la defensa y los intereses de la seguridad nacional, que hace legal el uso de la inteligencia FISA como prueba legítima en asuntos penales³⁸.

³⁵ Ver 50 U.S.C. Sec. 1801(h), Sec. 1806(a) and Sec. 1825(a) of the FISA Act.

³⁶ Ver http://www.epic.org/privacy/terrorism/fisa/ag_1995_mem.html.

³⁷ Ver http://www.epic.org/privacy/terrorism/fisa/ag_1995_mem.html, under 7.

³⁸ Ver *US vs. Megahey*, 553 f. Supp 1180, 1189-90 (E.D.N.Y. 1982); *US vs. Falvey*, 540 F. supp 1306, 1310-11 (E.D.N.Y/ 1982); *US vs. Duggan*, 743 F. 2d 59, 75-78 (2d Cir. 1984);

Además, el memorándum de 1995 restringe el contacto entre los SI y las AIJ disponiendo la dirección por el Ministerio de Justicia y el AG (también conocido como el requisito de la supervisión (chaperone)) y los deberes de información que tienen que ser accesibles para ser controlados por el tribunal FISA. Especialmente en casos complejos, como por ejemplo los bombardeos de las embajadas de los EE.UU. en África, el tribunal FISA realizó tal control. La tarea del tribunal FISA es: "garantizar que las vigilancias y las investigaciones FISA no están siendo utilizadas sub rosa para investigaciones penales" y ha "aprobado rutinariamente el uso de los "muros" de examen de la información propuestos por el gobierno en su aplicación"³⁹. Sin embargo, una reciente opinión del memorándum del Tribunal FISA ha evidenciado que en 75 casos la información presentada por el FBI o el Ministerio de Justicia en las solicitudes de ampliación de la autorización judicial secreta para las operaciones secretas de registros e interceptaciones era errónea, con omisiones o falsa, sin que esto haya sido suficientemente explicado por tales instituciones⁴⁰. Por eso, el tribunal FISA reconoce que el muro del examen de la investigación fue evitado deliberadamente.

3.3. Equilibrio entre la seguridad nacional y los derechos fundamentales del proceso debido de las personas implicadas en procedimientos penales

En 1980 se aprobó la Ley de Procedimientos de Información Clasificada (Classified Information Procedures Act - CIPA) en el marco de la ley procesal penal federal ordinaria. Esencialmente, se decide en una vista previa al juicio, a puerta cerrada, qué información será utilizada durante la audiencia, a la vez que se impone una orden de protección (secreta) a la defensa que tiene acceso a la información. El gobierno puede también solicitar al Tribunal que no haga accesible la prueba secreta, y que se remplace por resúmenes o extractos de los informes. Con este fin, el gobierno debe convencer al Tribunal de que esto no mina la posición de la defensa. En caso de que el Tribunal lo rechace, el AG puede recurrir el levantamiento del secreto por medio de una declaración jurada (affidavit). Si pese a todo el Tribunal persiste en el levantamiento del secreto y el gobierno no puede responder al requerimiento del Tribunal, este puede excluir la prueba o tener en cuenta estas circunstancias en la sentencia. La CIPA pretende sobre todo evitar que la información secreta se difunda en el juicio o que se ponga al gobierno en el compromiso de dar a conocer la información o retirar la

³⁹ US vs. Pelton, 835 F 2d 1067 (4th Cir. 1987) and Bin Laden, 126 f. Supp 2d at 278.

⁴⁰ Ver http://www.epic.org/privacy/terrorism/fisa/fisc_opinion.html.

⁴¹ Ver http://www.epic.org/privacy/terrorism/fisa/fisc_opinion.html.

prueba. Hay mucho debate en los EE.UU. en cuanto a la relación entre la CIPA y las libertades constitucionales.

No hay mucha jurisprudencia en los EE.UU. relativa a la prueba ilegalmente obtenida cuando ésta se basa en la información derivada de inteligencia. Se hace rutinariamente referencia al caso *Truong*⁴¹, pero este data de antes de la Ley FISA. *Truong* era sospechoso de espiar para Vietnam y, pendientes las investigaciones criminales, fue sometido a escuchas por el FBI y la CIA sin autorización judicial. Se excluyó la prueba resultante de las escuchas. Sin embargo, *Truong* fue condenado, porque se presentaron también pruebas que se basaban en la inteligencia recolectada contra agentes de una potencia extranjera en un momento en que no existía todavía una sospecha o una investigación criminal. Este caso evidencia que los Tribunales tienen que mantenerse vigilantes para evitar que se eludan las garantías legales mediante el despliegue de la vigilancia de la inteligencia por otra ruta.

IV. INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN ENTRE LOS SI Y LAS AIJ Y EL NUEVO ENFOQUE DE LA PATRIOT ACT

4.1. Las disposiciones de la Patriot Act⁴²

Tras el 11-S se elaboró una nueva legislación antiterrorista en los EE.UU., que desembocó en la USA Patriot Act⁴³. En primer lugar, se debe acentuar que la Patriot Act ha ampliado considerablemente los poderes ordinarios de investigación, especialmente en el campo de la vigilancia electrónica y digital, y al mismo tiempo ha debilitado el control judicial. En segundo lugar, la Patriot Act ha afirmado que el Derecho penal de la seguridad de FISA se puede utilizar a una es-

⁴¹ *United States vs. Truong Ding Hung*, 629 F. 2d 908.(4th Cir. 1980).

⁴² Ver J. W. Whitehead & S. H. Aden, *Forfeiting "Enduring Freedom" for "Homeland Security": A constitutional analysis of the USA Patriot Act and the Justice Departments anti-terrorism initiatives*, *American University Law Review*, August 2002, 51 *Am. U. L. Rev.* 1081; A. A. Bradley, *Extremism in the defense of liberty?: The Foreign Intelligence Surveillance Act and the significance of the USA Patriot Act*, *Tulane Law Review*, December, 2002, 77 *Tul. L. Rev.* 465 and J. C. Evans, *Hijacking Civil Liberties: the USA Patriot Act of 2001*, *Loyola University of Chicago Law Journal*, Summer 2002, 33 *Loy. U. Chi. L. J.* 953.

⁴³ <http://www.evergreen.edu/library/govdocs/hotopics/usapatriotact/patriot-act.pdf>. J.A.E. Vervaele, *La legislación antiterrorista en Estados Unidos: Inter Arma Silent Leges*, *Revista de Derecho y Proceso Penal*, número 14, Año 2005-2, editorial Aranzadi, 109-146.

cala mucho mayor. Antes de la Patriot Act tenía que concretarse el criterio del fin principal, lo que significaba que en el caso de un interés de investigación el uso de los poderes FISA se permitía solamente para los fines principales de la inteligencia extranjera. La Patriot Act considera suficiente que el fin sea significativo. Se permite perseguir objetivos de investigación en la medida en que exista un fin significativo de vigilancia para obtener información de inteligencia extranjera⁴⁴. En tercer lugar, la Patriot Act ha abierto el flujo de la información de las AIJ a los SI y viceversa, echando abajo el muro de división legal existente. La Sec. 203 de la Patriot Act enmienda las Normas Federales del Procedimiento Criminal (Federal Rules of Criminal Procedure)⁴⁵. La Sec. 203(a) autoriza a las AIJ a compartir con otras agencias federales (tales como el Servicio de Inmigración) y con los servicios de inteligencia y de seguridad la información de las investigaciones penales derivada de las materias de las que conoce el Gran Jurado, en caso de que dicha información sea de carácter IE o CIE. La Sec 203 (b) también autoriza a las AIJ a intercambiar información de investigación penal electrónica, telefónica y oral con otras agencias federales y los servicios de inteligencia y de seguridad, en caso de que la información tenga un carácter IE o CIE. Ni uno ni otro requiere la autorización judicial. De esta manera, la CIA está ganando cada vez más el control sobre el uso de FISA. La Patriot Act dispone que el director de la CIA puede elaborar regulaciones sobre la recolección de información de acuerdo con FISA y que puede asistir al AG para asegurarse de que la información FISA se utiliza eficientemente y con eficacia para el trabajo de la inteligencia extranjera⁴⁶. En septiembre de 2002 se especificaron reglas adicionales en los memorándums de la Oficina del AG con base en las Sec. 905(a) y Sec. 905(b) de la Patriot Act⁴⁷. También se ha negociado entre los servicios implicados un Memorando de Entendimiento específico, que no ha sido publicado.

A la inversa, la Sec. 504. reguló el flujo de la información de los SI a las AIJ. Se autoriza a los servicios de inteligencia del FBI que pueden utilizar los poderes de escucha secretos FISA a consultar con las AIJ para coordinar esfuerzos en orden a investigar o proteger contra ataques, actos hostiles, sabotaje, terrorismo internacional o actividades clandestinas de inteligencia de una potencia extran-

⁴⁴ 50 U.S.C. paras. 1804 (a) (7)(B), 1823 (a) (7)(B).

⁴⁵ Ver también en <http://www.usdoj.gov/olp/section203.pdf> el memorandum de la Oficina del AG.

⁴⁶ 50 U.S.C.A. para. 403-3(d)(1) (Supp. 2002).

⁴⁷ Ver <http://www.usdoj.gov/olp/section905a.pdf> en <http://www.usdoj.gov/olp/section905b.pdf>.

jera, agente, red o persona. Esto significa que la Patriot Act ni prohíbe ni condiciona este flujo de información. Además se han elaborado aspectos sobre las investigaciones de seguridad nacional del FBI y de recolección de inteligencia extranjera en las directrices recientes del NSI del AG⁴⁸. Éstas no dejan ninguna duda de que la IE o la CIE, e incluso la obtenida mediante FISA o no, puede ser utilizada en la investigación y el enjuiciamiento de delitos graves, por ejemplo el terrorismo. Queda claro en las directrices que el FBI tiene el deber de informar a otros componentes de la IE y la competencia para informar a las AIJ. Si la información no es personal, puede ser proporcionada siempre. Si es personal, la información tiene que ser necesaria para garantizar la seguridad de las personas o la propiedad, para prevenir el crimen o para "obtener información para llevar a cabo una investigación legal por el FBI". Los SI y las AIJ pueden también consultarse con objeto de coordinar sus diversas tareas.

4.2 Regulación adicional por el AG relativa al intercambio de inteligencia

En la estela de la Patriot Act, el AG Ashcroft publicó un nuevo memorando en marzo de 2002 relativo a los procedimientos de intercambio de inteligencia entre la inteligencia extranjera y las investigaciones de la contrainteligencia extranjera llevadas a cabo por el FBI⁴⁹, que ha de remplazar el memorando de 1995. En el campo de los poderes para intercambiar información el memorando distingue entre la difusión de la información y el suministro de asesoramiento. De acuerdo con la cláusula sobre la difusión de la información⁵⁰ se concede acceso a las AIJ a toda la información de la IE y la CIE, a menos que el Tribunal FISA o el AG impongan restricciones. Este acceso también se refiere a la información personal y al modus operandi. El FBI tiene el deber de informar a la División Criminal de la Oficina del Abogado General sobre la información de IE y CIE "que es necesaria para que los EE.UU. puedan investigar o protegerse contra ataques, sabotajes, terrorismo, y actividades clandestinas de la inteligencia". El texto se ha ampliado así con respecto al memorando de 1995. El uso como prueba en procedimientos penales de la información de IE o de CIE requiere el permiso del AG. En la cláusula de asesoramiento se establecen procedimientos de cooperación de gran alcance relativos a la coordinación entre los SI y las AIJ en áreas tales como la estrategia de la investigación, el uso de medidas coactivas

⁴⁸ Ver <http://www.usdoj.gov/olp/nsifactsheet.pdf> en <http://www.usdoj.gov/olp/nsi-guidelines.pdf>.

⁴⁹ Ver http://www.epic.org/privacy/terrorism/FISA/ag_mem_03_2002.html.

⁵⁰ Con base en el 50.U.S.C. paras. 1801 (h), 1806(a) y 1825(a).

por los SI y las AIJ, la interacción entre los SI y las AIJ y "el inicio, operativa, continuación o ampliación de las investigaciones o vigilancia FISA". Esto último estaba expresamente excluido en el memorando de 1995. Finalmente, se realizan considerablemente las posibilidades de remitir información de los SI y de las AIJ directamente a niveles más bajos dentro de la Oficina del Fiscal (Public Prosecutions Office), aunque la División Criminal de la Oficina del Abogado General tiene que ser notificada y el AG tiene que aprobar el uso de la información como prueba en procedimientos penales. El resultado de estas disposiciones es que la fiscalía está dotada de un papel importante en la gestión de la vigilancia electrónica secreta y de las investigaciones FISA, desde el principio hasta la aportación de los resultados al sumario penal. Debido a la considerable amplitud del ámbito de aplicación de FISA y así de los actos de investigación secretos, poco queda de las garantías clásicas del Derecho penal contra medidas coactivas.

Estos hechos no han escapado al interés del Tribunal FISA que tiene que aprobar formalmente el memorando³¹. Debido a sus años de experiencia con autorizaciones FISA, el Tribunal es completamente consciente de que las investigaciones de los SI y las AIJ pueden solaparse o que la IE/CIE y los intereses de investigación pueden solaparse dentro de la misma vigilancia FISA o de las investigaciones penales ordinarias. Según el Tribunal FISA, la interpretación amplia de las disposiciones de la Patriot Act que hace el AG Ashcroft no constituye un equilibrio razonable entre los propósitos de la inteligencia FISA y los derechos y libertades del ciudadano. FISA por lo tanto rechaza la competencia de los fiscales para dar directrices a la inteligencia del FBI en lo relativo "al inicio, operativa, continuación o ampliación de las investigaciones y de la vigilancia FISA" y también rechaza así el acceso directo de los fiscales a la información de los SI: "una lectura justa de esas disposiciones deja solamente una conclusión - de acuerdo con las secciones II y III de los procedimientos de minimización de 2002, los fiscales van a tener un papel significativo de inicio a fin en la dirección de las vigilancias e investigaciones FISA en los casos de contrainteligencia en los que se solapan inteligencia e investigaciones o intereses criminales, dirigiéndolas al procesamiento criminal (...) Si los fiscales dirigen la inteligencia y las investigaciones criminales, o una sola investigación que combina intereses, la coordinación se convierte en subordinación de investigaciones o de intereses a los objetivos de la aplicación de ley". El Tribunal FISA teme que los estrictos requisitos y las amplias garantías legales de la ley procesal criminal ordinaria sean evitados por medio de FISA, razón por la que ha suprimido estos pasajes y

³¹ Ver http://www.epic.org/privacy/terrorism/fisa/FISC_opinion.html.

los ha sustituido por una redacción que está en línea con el memorando de 1995. El Tribunal FISA, sin embargo, aprueba la cláusula relativa al movimiento de la información y aplica el procedimiento de la minimización para evitar que la información relativa a los ciudadanos de los EE.UU. termine en las autoridades encargadas de la investigación. Esta decisión es muy importante. El Tribunal FISA es conocido como un aliado leal del gobierno y por esta razón a veces se le llama lacónicamente la "estampilla de goma". Esta vez, sin embargo, regañó al gobierno y además publicó su opinión.

El AG ha apelado⁵² a la US Foreign Intelligence Surveillance Court of Review, que es única en la historia. Es interesante observar los argumentos del AG en la defensa del memorando. El punto de partida es que la Patriot Act permite un intercambio completo de información entre los SI y las AIJ. Se echan abajo los muros del examen de la información. La vigilancia FISA se puede utilizar para obtener pruebas penales de delitos graves, incluido el terrorismo: el "procesamiento de espías y de terroristas no es simplemente un subproducto incidental de una investigación o vigilancia FISA; más bien, la obtención de la prueba para el enjuiciamiento puede ser el propósito de la vigilancia; el uso de FISA dentro de esas investigaciones puede ser 'diseñado' para un propósito de aplicación de la ley". El AG no vacila en dejar claro que de acuerdo con la Patriot Act ya no es necesario un propósito primario de la inteligencia sino que es suficiente un propósito significativo de la inteligencia. La vigilancia FISA significa que FISA se puede utilizar para un propósito de aplicación penal. La dicotomía anterior entre los SI y las AIJ es historia, según el AG, quien agrega que otra consecuencia es que ya no se diferencia entre los intereses de los SI y los de las AIJ y que por lo tanto ya no se necesita determinar si desempeñan algún papel las garantías jurídicas del Derecho penal. En otras palabras: termina con el test de Truong (no cabe la vigilancia de los SI después de la sospecha). Ésta es también la razón por la que se pueden suprimir los muros a la investigación y los requisitos de la supervisión (chaperone). En su primera decisión en sus 23 años de existencia, el Tribunal de revisión (Court of Review) ha rechazado la decisión del Tribunal FISA y se ha aprobado el memorando 2002 de Ashcroft⁵³. El Tribunal es de la opinión de que la legislación FISA nunca fue pensada para limitar el uso de la inteligencia de los SI en procedimientos criminales y que el memorando de 1995 suponía una interpretación mucho más restrictiva de lo que era legalmente necesario. El Tribunal opina que el test de Truong está basado en

⁵² Ver http://www.epic.org/privacy/terrorism/fisa/doj_fisc_appeal.html.

⁵³ Ver <http://www.cadc.uscourts.gov/common/newsroom/02-001.pdf>.

un punto de partida erróneo. El hecho de que haya una sospecha criminal y una investigación criminal, no significa que deje de existir un interés de la policía en la inteligencia extranjera. La construcción en Truong se basó en la división orgánica dentro del Departamento de Justicia y erigió un muro de división entre los organismos. Según el Tribunal, esta interpretación contradice el hecho de que la contrainteligencia eficaz consiste en una combinación entre los SI y las AIJ y por lo tanto requiere su cooperación: "un criterio que castigue tal cooperación podría ser peligroso para la seguridad nacional (...) De hecho, se sugirió que los requisitos del Tribunal FISA basados en Truong pueden haber contribuido, estén bien entendidos o no, a la desaparición de posibilidades del FBI de anticipar los ataques del 11 de septiembre de 2001". Por otra parte, el Tribunal rechaza la opinión del AG de que ha dejado de existir la dicotomía entre los SI y las AIJ y que se puede utilizar FISA para fines principales de aplicación penal. Sin embargo, esto no da lugar a un resultado diferente, dado que el Tribunal alude a una finalidad principal, lo que significa que debe haber un fin principal de la IE o de la CIE; para esto, es indiferente lo principal que es el fin investigador, ni requiere ninguna comparación. Solamente en casos donde no hay finalidad principal de la IE o de la CIE, habría argumentos escasos para la vigilancia FISA. Las ONG y la National Association of Criminal Defense Lawyers han presentado escritos amicus curiae en los que se argumenta que el memorando de 2002 constituye una violación de varias garantías constitucionales, entre ellas la cláusula de la autorización de la Cuarta Enmienda. A la cuestión de si el abandono del requisito primario del propósito para la vigilancia de FISA constituye una violación de la Constitución el Tribunal responde lacónicamente que, después de un examen cuidadoso de la jurisprudencia: "reconocemos, sin embargo, que la cuestión de constitucionalidad presentada en este caso no tiene una respuesta jurisprudencial definitiva (...) Incluso sin tener en cuenta la autoridad constitucional inherente al presidente de llevar a cabo la vigilancia sin autorización de la inteligencia extranjera, pensamos que los procedimientos y las demostraciones del gobierno requeridos de acuerdo con FISA, si bien no llegan a los estándares mínimos de la autorización de la Cuarta enmienda, ciertamente están cerca. Nosotros, por lo tanto, creemos firmemente, aplicando el control equilibrado indicado en el caso Keith, que tal y como se ha aprobado FISA es constitucional porque las vigilancias que autoriza son razonables".

4.3. ¿Igualdad de armas después del 11-S?

Las posibilidades de gran envergadura de que los fiscales utilicen la inteligencia como prueba en procedimientos penales y también dirijan el proceso de obtención de la inteligencia plantean naturalmente cuestiones relativas a la po-

sición de la defensa. Muchas de estas cuestiones fueron repasadas en el epígrafe 3.3. Una cuestión que llegó a ser de gran actualidad después de que 11-S era si el sospechoso/acusado puede también utilizar la IE o CIE como prueba en procedimientos penales para probar su inocencia. Uno de los problemas planteados es que el gobierno utiliza sus prerrogativas constitucionales para blindar la información⁵⁴. Que esta cuestión puede conducir a situaciones extremadamente complejas en los EE.UU. se puede ilustrar mediante el caso de Zacarias Moussaoui⁵⁵, un nacional francés nacido en Marruecos que fue detenido en agosto de 2001, es decir, antes de los ataques, como sospechoso de haber infringido la ley de inmigración. En aquella época recibía lecciones del vuelo. Después de los ataques, fue conectado con al-Qaeda y los actos del terrorista del 11-S. Moussaoui fue acusado de ser el vigésimo secuestrador cuya detención le impidió subir y ser también culpable de la muerte de 3.000 personas. Él ha alegado que no es culpable, y se arriesga a la pena de muerte en cuatro de los seis cargos que existen contra él⁵⁶. Por esta razón, quiere presentar a Bin Al-Shibh como testigo. El problema es, sin embargo, que Bin Al-Shibh, que fue detenido en Paquistán, es sospechoso de ser el intermediario entre Moussaoui y el comando del 11-S y está siendo tratado en ultramar como combatiente enemigo, probablemente en Guantánamo. Sus declaraciones están clasificadas y por lo tanto no pueden ser cuestionadas. Tanto el Tribunal de Distrito como el Tribunal de Apelación del Cuarto Circuito de los EE.UU. han reconocido a Moussaoui el derecho previsto en la Sexta Enmienda de interrogar al testigo Bin Al-Shibh, como uno de los derechos fundamentales de un juicio justo⁵⁷. En este caso, en enero 2003 el juez Brinkema del Tribunal de Distrito ordenó que el testimonio fuese grabado en video y que el video fuese puesto a disposición del jurado o que el testigo fuese oído por videoconferencia. El AG Ashcroft continuó subrayando el hecho de que esto daría lugar "al acceso no autorizado a información clasificada". El AG rechazó ejecutar la decisión del Tribunal, lo cual fue confirmado formalmente en un affidavit secreto a mediados de julio de 2003⁵⁸. El Tribunal podía considerar que el gobierno le desobedecía, pero también podía declarar inadmisibile el caso de Moussaoui, excluyendo parte de la prueba o instruyendo al jurado de forma desfavorable sobre el gobierno, impidiendo la imposición de la pena de muerte. El juez Brinkema optó por ex-

⁵⁴ Executive Order 13292, Classified National Security Information, 68 FR 15315.

⁵⁵ Ver toda la información relevante en <http://news.findlaw.com/legalnews/us/terrorism/cases/index.html#moussaoui>.

⁵⁶ Ver <http://www.usdoj.gov/ag/moussaouiindictment.htm> for the charges.

⁵⁷ Ver *Brady vs. Maryland*, 373 US 83 (1963).

⁵⁸ US will defy court's Order in Terror Case, *New York Times*, 15 July 2003.

cluir la pena de muerte y atacar la parte de la acusación relacionada con el 11-S, pues a su juicio en esas circunstancias podría no haber un juicio justo. Seguía intacta la parte de la acusación relativa a la conspiración para cometer las acciones de al-Qaeda. El gobierno presentó una súplica contra la decisión ante el Tribunal de Apelación del Cuarto Circuito de los EE.UU.⁵⁹, que es conocido por ser conservador, y que el 22 de abril de 2004⁶⁰ decidió desestimar la exclusión de la prueba y de la posibilidad de imponer la pena a muerte. Por otra parte, una sección de tres jueces también decidió que Moussaoui no podía ser privado del derecho a preguntar a los miembros detenidos de al-Qaeda como testigos y se le autorizó a presentar su testimonio al jurado. Se ordenó al juez Brinkema que elaborara un compromiso que permitiera que los testigos fueran preguntados de una manera que no perjudicara su cuestionamiento por el gobierno en el marco de la guerra contra el terrorismo⁶¹. En marzo de 2005 el Tribunal Supremo⁶² rechazó el intento de Moussaoui de preguntar directamente a presos de al-Qaeda y despejó la vía para el juicio al único acusado en los EE.UU. a quien se le imputaba una conexión con los ataques del 11 de septiembre. La decisión permite al gobierno seguir con sus planes de solicitar la pena de muerte si Moussaoui es condenado por participar en una conspiración de al-Qaeda, que incluye los secuestros de los aviones de 2001. En abril de 2005 decidió repentinamente confesarse culpable de los seis cargos de conspiración de estar implicado en el terrorismo⁶³. En marzo de 2006 el caso dio un vuelco, cuando se descubrió que los testigos habían sido guiados por el Ministerio fiscal en sus declaraciones. Algunos testigos fueron excluidos por decisión del juez Brinkema. Moussaoui fue condenado por el jurado a la pena de cadena perpetua.

4.4. Conclusión provisional

Ya antes del 11-S existían amplias posibilidades en los EE.UU. de dejar fluir la inteligencia a los procedimientos penales. El Derecho penal de la seguridad de

⁵⁹ Ver <http://news.findlaw.com/hdocs/docs/moussaoui/usmouss102403gbrf.pdf> sobre la petición del gobierno en la que las referencias a los hechos concretos o documentos se han tachado, pues éstos, según el gobierno, contienen información confidencial para la protección de la seguridad nacional.

⁶⁰ Ver Westlaw, 2004 WI 868261 (4th Cir. (Va.)).

⁶¹ Ver una lista de todas las súplicas (*pleadings*), órdenes y opiniones archivadas en el caso, en <http://notablecases.vaed.uscourts.gov/1:01-cr-00455/DocketSheet.html>

⁶² <http://news.findlaw.com/hdocs/docs/moussaoui/usmouss21005cert.pdf>

⁶³ N.A. Lewis, Surprise Terror Leaves Unresolved Issues, *The New York Times*, April 24, 2005.

FISA ha promovido este proceso. Antes del 11-S el procedimiento de la minimización y el requisito de la supervisión (chaperone) garantizaban que la información personal relativa a los ciudadanos de los EE.UU. fuera utilizada solamente en procedimientos penales si era relevante como prueba para su enjuiciamiento. Además de los muros de la investigación, también se garantizó que las autoridades encargadas de la investigación no dirigirían la vigilancia secreta en su propio interés. Estaba claro, sin embargo, que la información secreta de inteligencia de las investigaciones penales podía ser interesante, no solo como pista en investigaciones penales, sino también como prueba. Todo esto ha llevado a estructuras jurídicas complejas relativas a la prueba secreta y a la aportación secreta de la prueba en procedimientos ex parte y a puerta cerrada, y en algunos casos incluso a juicios secretos y a sentencias secretas. Después del 11-S el paradigma de la seguridad ha erosionado adicionalmente las garantías del Derecho penal clásico. Son posibles las investigaciones secretas y el flujo libre de la información derivada de ellas hacia procedimientos penales. La administración de la justicia penal es cada vez menos pública y la decisión relativa a la obtención y uso de la prueba se adopta con un amplio margen de discrecionalidad. La seguridad nacional es el argumento del gobierno para no aplicar las garantías legales, que son percibidas como obstáculos. Esto ha motivado acciones legales en principio relativas a la aplicabilidad de las garantías constitucionales en la lucha contra el terrorismo. ¿En qué medida los Países Bajos están preparados para aprender de las experiencias de los EE.UU.?

V. ANÁLISIS DEL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN DE INTELIGENCIA Y DE INVESTIGACIÓN EN LOS PAÍSES BAJOS

5.1. Marco jurídico

Los Países Bajos tienen una larga tradición de obtención, almacenamiento y procesado de inteligencia criminal⁶⁴. Los Servicios de Inteligencia Criminal [Criminele inlichtingendiensten (CID)], que ahora se llaman Unidades de Inteligencia Criminal [Criminele inlichtingen eenheden (CIE)], tienen la función de proporcionar información en el contexto del cumplimiento de las funciones de policía respecto de los delitos graves y/o el crimen organizado. Mucha inteligencia es suministrada por informadores, infiltrados civiles y soplones y se almacena en los archivos de las CIE. En 2003, por ejemplo, se creó una CIE adicional en la agencia de ingresos fiscales (agency of the Internal Reve-

⁶⁴ M. van Stratum, *Criminele inlichtingen en het recht op kennisneming, Delikt en Delinkwent*, 2001, 174-191.

nue FIOD-ECD)⁶⁵. Por supuesto, la inteligencia también se puede proporcionar por el Servicio General de Inteligencia y Seguridad [Algemene Inlichtingen- en Veiligheidsdienst (AIVD)] o por el Servicio Militar de Inteligencia y Seguridad [Militaire Inlichtingen- en Veiligheidsdienst (MIVD)], que obtienen la información mediante la recopilación y procesamiento de la información y recurriendo al empleo de poderes especiales. De acuerdo con la Ley de Servicios de Inteligencia y Seguridad [Wet op de Inlichtingen- en Veiligheidsdiensten (Wiv 2000)] el poder del AIVD de espiar se ha ampliado considerablemente, también en el campo de la integridad de la administración pública y de las amenazas para las redes informáticas. Los artículos 19 a 33 Wiv prevén amplios poderes de interceptación e investigación, infiltración, etc., que deben ser tan eficaces como las medidas especiales de investigación dispuestas en el Código de procedimiento penal. A pesar de que el AIVD no es competente para realizar una investigación judicial (artículo 9(1) Wiv) y que no se permite a los oficiales de policía que desempeñan tareas para el AIVD ejercer sus competencias de investigación criminal en esa capacidad (artículo 9(2) Wiv), el AIVD desde un punto de vista de la recopilación de la información puede competir ciertamente con la policía y las autoridades judiciales. El artículo 14 Wiv dispone que el almacenamiento de la información del AIVD se debe separar terminantemente de las CIE. Cuanto más fuerte es la posición de la información del AIVD, más interesante es para el Ministerio Público que se permita que esta información fluya y quizás también que pueda dirigir la adquisición de tal información. De acuerdo con el artículo 62 Wiv, la policía tiene el deber de proporcionar la información que es relevante para los servicios de inteligencia. La policía, a petición del AIVD, puede también proporcionar información de acuerdo con el artículo 17 Wiv y el artículo 15(2) de la Ley de Archivos de la Policía [Wet op de politieregisters]. El suministro de la información por el AIVD a los canales internos y externos se expresa en la Wiv como competencia y tiene lugar en el marco de un régimen cerrado de suministro. Si el AIVD dispone de información que puede ser relevante para la investigación o enjuiciamiento de delitos, puede revelarla al Ministerio Público (artículo 38 Wiv). El AIVD, a diferencia de la policía, no está obligado a hacerlo, y solamente lo hará para prevenir amenazas a intereses nacionales vitales⁶⁶.

⁶⁵ Decisión de 28 de Julio de 2003 que establece la unidad de inteligencia criminal en la agencia de ingresos fiscales del Ministerio de Finanzas y sus funciones [*Instellingsbesluit van 28 juli 2003, houdende de inrichting van de criminele inlichtingen eenheid bij de Belastingdienst/ FIOD-ECD van het Ministerie van Financiën en de vaststelling van de werkzaamheden*], Decreto de 28 de julio de 2003, no. DGB2003/3877M, Staatscourant no. 151.

⁶⁶ Este término es interpretado ampliamente, como lo demuestra el hecho de que el AIVD

Es notable la ausencia de alguna disposición que haga referencia a la información que la policía o el Ministerio Público por propia iniciativa pueda solicitar a los servicios de inteligencia y seguridad. La transferencia de la información del AIVD tiene lugar a través de dos funcionarios nacionales de la oficina nacional del fiscal mediante un informe oficial. El informe no revela las fuentes ni describe el modus operandi. De acuerdo con el artículo 38(3) Wiv, el funcionario es competente para examinar los documentos subyacentes en orden a verificar la corrección y la legalidad de los hechos que se informan. El decide si la información se suministra al fiscal que lleva el caso en cuestión con un informe ex officio de la policía nacional (KLPD), posiblemente después de consultar con el Consejo de Fiscales Generales (artículo 61(2) Wiv). Los funcionarios del AIVD y el fiscal que lleva el caso están obligados a guardar secreto (artículos 85-86 Wiv), que se extiende al juicio.

El 6 de enero de 2003 el grupo de trabajo interdepartamental sobre la legislación relacionada con el intercambio de información publicó un informe relativo al Intercambio de Información y a la Lucha contra el Terrorismo⁶⁷ para aplicar el punto 43 del Plan de Acción sobre Seguridad y Lucha contra el Terrorismo⁶⁸. El informe es favorable a los ficheros temáticos para complementar el fichero de delitos graves (archivo de las CIE) y los ficheros preliminares y temporales. La información en los ficheros temáticos se podría almacenar por cinco años y su uso sería menos limitado. El informe no presta ninguna atención al uso de esta información en procedimientos penales. En la práctica, se institucionaliza esta transferencia de la información. El Consejo de Fiscales Generales ha elaborado las Directrices para el suministro de la información entre el AIVD y el MIVD [Handleiding informatieverstrekking aan en door de AIVD en MIVD]. La inteligencia y la información de investigaciones criminales se someten a la Comisión de Evaluación Técnica, ahora llamada Consulta evaluación (Evaluation Consultation) [Evaluatie Overleg], que es un comité de representantes de los ministerios (el ministerio del interior, el ministerio de justicia y el ministerio de defensa) y de los servicios operativos (KLPD, AIVD y MIVD)⁶⁹. La Unidad

ha concluido un acuerdo con el Servicio de Inmigración y Naturalización, ver *Staatscourant*, 19 June 2003, no. 115, p. 13.

⁶⁷ Kamerstukken II, 2002-03, 27925, no. 82.

⁶⁸ Kamerstukken II 2001-02, 27 925, no. 10.

⁶⁹ En los Países Bajos el intercambio de información se ha experimentado mucho, como por ejemplo entre las autoridades de supervisión financiera, el Ministerio Público, la policía, las autoridades de Hacienda y el AIVD, entre otros en el campo de la lucha contra la financiación del terrorismo. Ver Nota Integriteit financiële Sector en terrorisme-

de Lucha contra el Terrorismo y de Tareas Especiales [Unit Terrorismebestrijding en Bijzondere Taken] del Servicio de Investigaciones Criminales del KLPD [Dienst Recherche Onderzoeken] realiza análisis de amenazas y el AIVD realiza análisis. Sin embargo, la información suministrada por el AIVD para estos análisis no se puede utilizar por la policía para fines operativos o de investigación. Los resultados de los análisis se discuten en el Evaluatie Overleg y las recomendaciones se hacen al Triángulo de la Evaluación [Evaluatie Driehoek] integrado por la Dirección General para el Orden y la Seguridad Pública [DG Openbare Orde en Veiligheid] del Ministerio del Interior, la Dirección General de la Aplicación de la Ley [DG Rechtshandhaving] y la Dirección Especial General para la Gestión de la Seguridad y de Crisis [Project DG Beveiliging en Crisisbeheersing], ambas del Ministerio de Justicia. La responsabilidad última reside en el Consejo de Seguridad [Raad voor Veiligheid], que se ha creado como un subconsejo del Consejo de Ministros. Es asistido por el Comité Conjunto para la Lucha contra el Terrorismo [Gezamenlijk Comité Terrorismebestrijding], integrado por representantes del servicio civil y del Ministerio Público. El flujo de la información es por lo tanto mucho más directo que lo que aparece en la legislación y la información de análisis y operativa se mezcla fácilmente. Entretanto la investigación del Tribunal de Cuentas de los Países Bajos ha demostrado que la organización de la información del KLPD referente al terrorismo deja mucho que desear⁷⁰. ¿Cómo interpretan los tribunales neerlandeses el equilibrio entre la protección de la seguridad nacional y la correspondiente confidencialidad de las fuentes, identidades, modus operandi, de un lado, y, de otro lado, la administración pública de la justicia penal y la protección legal del sospechoso?

5.2. El uso de la inteligencia del AIVD en la administración de justicia penal: ¿Quid juris?

El 18 de Diciembre de 2002, la sección penal integrada por tres jueces del Tribunal del Distrito de Róterdam pronunció una importante sentencia⁷¹ en un caso en el que las personas a las que la prensa calificaba como la rama neerlandesa de Al Qaeda eran sospechosas de falsificación de acuerdo con el Derecho

mebestrijding, Kamerstukken II 2001-02, 28 106, no. and M.J.J.P. Luchtman, e.a., Informatie-uitwisseling in het kader van het Financieel Expertise Centrum, Utrecht, 2002, ISBN 90-73272-32-7.

⁷⁰ Rekenkamer, Uitwisseling van opsporings- en terrorisme-informatie, Tk 2002-2003 28 845, nos. 1-2. En la práctica la información del AIVD es utilizada como pista para iniciar investigaciones penales o como parte del expediente penal y así como prueba.

⁷¹ LJN-no. AF2141, case no. 10/150080/01.

ordinario y de actos de preparación o ayuda a la actividad terrorista (ataques contra la embajada americana en París y/o una base del ejército americano en Bélgica). Las acusaciones se basaban en dos informes oficiales del BVD, el predecesor del AIVD, el cual había obtenido la información a través de vigilancia continuada y mediante el uso de un informador/infiltrado. Las fuentes y el modus operandi no se divulgaron, por lo que fue imposible verificar si la información procedía del propio BVD o si había sido suministrada por una organización extranjera hermana. Por lo tanto, en este caso la pregunta que se planteó era si el Ministerio Público podría considerar al sujeto como sospechoso de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 27(1) del Código del procedimiento criminal con base sólo en la información suministrada por el BVD al Ministerio Público. El Tribunal de Distrito contesta a esta pregunta de forma negativa, ya que la recopilación de la inteligencia por el servicio de seguridad no tuvo lugar en el contexto de investigaciones penales - que como tal está sujeta a las garantías del Derecho penal - con el fin de recolectar pruebas que incriminan al sospechoso, sino que por el contrario tuvo lugar en el marco de los deberes asignados al servicio de acuerdo con la Wiv, que son la recopilación de inteligencia para garantizar la seguridad nacional. El Tribunal de Distrito consideró que el legislador perseguía la separación estricta de la recopilación de inteligencia para garantizar la seguridad nacional y la investigación y el enjuiciamiento de delitos. Por lo tanto, sostuvo que aunque la inteligencia se podría utilizar como una pista para iniciar investigaciones penales, no podría servir como base exclusiva para cumplir con los requisitos del concepto de sospechoso de acuerdo con el artículo 27(1) del Código de procedimiento criminal. El Tribunal de Distrito no decidió declarar el caso inadmisibile, sino excluir la prueba y después absolver al acusado debido a la falta de pruebas. El Tribunal añadió que incluso sin la exclusión de la prueba el caso habría dado lugar a una absolución, ya que las pruebas aportadas eran escasas para imputar la preparación de un atentado.

En un caso similar de 31 de diciembre de 2002 relativo a una solicitud para la terminación de la prisión provisional, el Tribunal del Distrito de Róterdam reunido en pleno llegó a una conclusión diferente⁷². El Tribunal consideró que el control de los informes oficiales por el fiscal, aunque sea solamente marginal, es una garantía suficiente para acusar a un sospechoso de acuerdo con el artículo 27(1) del Código del procedimiento criminal con base en la inteligencia del AIVD. La decisión no fue razonada más allá de eso. Esta sentencia fue confirmada en apelación el 17 de enero de 2003 por el Tribunal de Apelación de la

⁷² LfN-no. AF2579, case no. 10/000109-02.

Haya que se reunió en pleno⁷³. Los informes oficiales fueron considerados suficientes para fundamentar una sospecha razonable de culpabilidad de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 27 del Código del procedimiento criminal o para una sospecha razonable de que los delitos organizados están siendo cometidos o preparados de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 132a del Código del procedimiento criminal, ya que la fuente de la información puede ser cualquier tercero, incluido el AIVD, y la información por lo tanto no necesariamente ha de tener su origen en el marco de investigaciones criminales en las cuales las garantías del Derecho penal se aplican automáticamente. La información, sin embargo, tiene que evidenciar suficientes hechos o circunstancias concretas para justificar la acusación.

El 25 de abril de 2003, el Tribunal de Apelación de La Haya pronunció un auto que sienta precedente como resultado de la solicitud de la defensa consistente en la audiencia de testigos, la inclusión de archivos en el expediente del caso y la puesta a disposición de un CD-rom con la grabación de las conversaciones telefónicas⁷⁴. Todo el caso giró alrededor de los informes oficiales del BVD y de la manera en la que había sido obtenida la información. ¿En qué medida se puede someter a un control judicial la adquisición y el suministro por el BVD de la inteligencia? El Tribunal acentuó que el deber de secreto de acuerdo con la Wiv es un deber legal que también se aplica al suministro de la información a las autoridades judiciales. Sólo es posible renunciar al deber de secreto mediante una decisión conjunta por escrito de los ministros del interior y de justicia. Dado el control político del Comité parlamentario permanente sobre inteligencia y servicios de seguridad y del Comité de supervisión establecido de acuerdo con la Wiv 2002, y la separación estricta perseguida por el legislador de los deberes de supervisión de la inteligencia de un lado y de los deberes de la justicia penal de otro, el Tribunal consideró que el control de la legalidad podría limitarse a la recopilación de la información suministrada a las autoridades judiciales por el AIVD: "tendrá que limitarse a los casos en los cuales haya indicaciones fuertes de que la información se ha obtenido mediante violaciones (graves) de los derechos fundamentales. A tal efecto el Tribunal opina que debe existir un principio de la buena fe en la relación entre el (ahora) AIVD y las autoridades judiciales al igual que ocurre en el Derecho de extradición y en la asistencia judicial en materia penal basada en tratados, lo que implica que las autoridades judiciales pueden asumir que la información suministrada por el BVD/AIVD se ha

⁷³ LfN-no. AF3039, case no. 1000013402.

⁷⁴ LfN-no. AF7798, case no. 2200076103.

obtenido legalmente"⁷⁵. Sin embargo, el Tribunal también añadió que además de determinar la legalidad, la valoración de la información debe también tener cuenta su contenido, especialmente cuando esta información se pueda utilizar como prueba en los tribunales: "si el juicio tiene que ser justo, (...) el Tribunal (...) en un cierto punto tendrá que considerar cuidadosamente en qué medida esta información se puede considerar como prueba legal"⁷⁶.

El 5 de junio 2003 la sección integrada por tres jueces del Tribunal de Distrito de Róterdam decidía un interesante caso similar, inspirado claramente por el auto del Tribunal de Apelación de la Haya. Se iniciaron investigaciones penales con base en informes oficiales BVD, se hicieron investigaciones y en dos casos fueron arrestadas personas. Más tarde, la información fue compilada negligentemente, de modo que ya no pudo verificarse qué actos habían sido realizados en qué caso. La sección de tres jueces opinó que las autoridades judiciales pueden en principio asumir que la información suministrada por el AIVD se ha obtenido legalmente. Solamente cuando parezcan haberse cometido violaciones (graves) de los derechos fundamentales debe ceder el principio de buena fe entre las autoridades judiciales y el AIVD. En el caso en cuestión, había habido descuido, pero ninguna violación grave. El Tribunal de Distrito también opinó que la inteligencia podría dar lugar a una sospecha razonable de culpabilidad de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 27 del Código del procedimiento criminal y así llegó a la conclusión opuesta a la manifestada en la decisión del Tribunal de Distrito de 18 de diciembre de 2002. Sin embargo, el Tribunal de Distrito tuvo algunas dificultades para valorar la prueba en el marco de un juicio justo, por razón del deber de secreto del AIVD y del fiscal, que hizo imposible hacer declaraciones relativas a la fuente de la información. Según el Tribunal, esto imposibilita a la defensa el control del origen y de la corrección fáctica de los informes oficiales y el Tribunal añade: "el Tribunal no puede encontrar ningún apoyo en la ley para razonar de una manera distinta, según la cual a medida que aumenta la gravedad del delito por el que el sospechoso ha sido acusado, menores son los requisitos que necesita reunir la prueba recolectada para probar el delito". Esto condujo a la exclusión de la prueba y a la absolución.

El 21 de junio de 2004, la sección integrada por tres jueces del Tribunal de Apelación de La Haya pronunció una sentencia en apelación contra la sentencia de la sección integrada por tres jueces del Tribunal del Distrito de

⁷⁵ En el punto 2.4.

⁷⁶ En el punto 2.6.

Róterdam de 18 de diciembre de 2002⁷⁷. El Tribunal siguió en gran parte el razonamiento del auto de 25 de abril de 2003. El punto de partida es el principio de buena fe. A menos que haya una duda manifiesta (respecto a violaciones (graves) de los derechos humanos) el Tribunal no tiene ningún deber de ejercer un control. El legislador ha dividido en compartimientos los poderes del AIVD de un lado y de las autoridades judiciales de otro. Esta estricta separación, sin embargo, no significa que el AIVD y las autoridades judiciales deben continuar ejerciendo sus competencias exclusivamente con vistas a llevar a cabo sus propias funciones “y no se aprecia, por ejemplo, que las autoridades judiciales evitan los límites que han sido impuestos a sus propias competencias de investigación dejando al BVD el ejercicio de sus poderes con el fin de la investigación criminal y posteriormente que tenga como resultado su inclusión en los procedimientos penales a través del fiscal para el terrorismo”⁷⁸. La conclusión es que la inteligencia del AIVD no puede apenas servir como pista, pero puede contener los hechos o las circunstancias que producen una sospecha razonable de la culpabilidad según lo mencionado en el artículo 27 del Código de procedimiento criminal, o una sospecha razonable según lo mencionado en el artículo 132a del Código de procedimiento criminal. El Tribunal de Apelación no discute la cuestión de las circunstancias bajo las cuales esta información se podría utilizar como prueba, porque la prueba estaba apoyada en otra prueba. Entretanto se ha presentado una apelación en casación contra esta decisión.

De este análisis de la jurisprudencia se deriva que no se ha mantenido la opinión inicial del Tribunal del Distrito de Róterdam. Ahora se acepta en la jurisprudencia que la inteligencia del AIVD se puede utilizar no como una pista para iniciar investigaciones penales, sino que los hechos y las circunstancias que contiene pueden generar una sospecha razonable de culpabilidad. Asimismo se deriva de la jurisprudencia que los Tribunales son extremadamente cautelosos a la hora de decidir sobre la información del AIVD como prueba legal, tanto más porque hay dudas graves sobre las posibilidades de la defensa de probar la corrección de esta información. El deber del secreto de la Wiv y el control marginal por los Tribunales conducirán frecuentemente en la práctica a juicios injustos. Por lo tanto no sorprende que, a pesar de la jurisprudencia, se haya decidido ya intervenir legislativamente.

⁷⁷ LJN-no. AP2058, case no. 2200071403.

⁷⁸ Under 4.3.8.

5.3. El Proyecto Donner sobre el uso de la información del AIVD en procedimientos penales

El ministro de justicia Donner había defendido constantemente que no eran necesarias enmiendas a la legislación para solucionar el problema y había prometido al parlamento una nota extensa sobre la materia. Sin embargo, en parte por presión del parlamento, el ministro revisó su posición y el 29 de abril de 2004 el gabinete aprobó una propuesta legislativa.

El Proyecto se centra en tres temas: la no revelación por el juez de instrucción de cierta información en interés de la seguridad nacional; el examen de testigos como testigos blindados y una enmienda a la ley relativa la prueba penal. El gobierno ha rechazado y ha razonado su rechazo al dictamen del Consejo de Estado en algunas de cuestiones esenciales.

A. Impedir la revelación de cierta información (Art. 187d del Código de procedimiento criminal)

En los Países Bajos los testigos en casos penales tienen un deber de comparecer y prestar testimonio (Art. 342 del Código del procedimiento criminal). Sin embargo, hay excepciones a esta regla general. De acuerdo con el artículo 293 del Código de procedimiento criminal, el Tribunal puede permitir que los testigos no contesten a las preguntas que no son relevantes para el caso o que pueden ir en contra del testigo y el juez de instrucción tiene competencia para excluir las respuestas a las cuestiones en el informe oral (véase los arts. 187 et seq. y las reglas relativas a testigos amenazados). Es también posible que no se divulguen ciertos detalles personales relativos al testigo en conexión con molestias u obstáculos a su profesión, previendo así un anonimato limitado. Se propone extender las disposiciones del artículo 187 en relación con la audiencia de testigos cuando está en juego el interés de la seguridad nacional. En este sentido, se pueden mantener secretos los detalles del modus operandi. El no hacer pública la información determina que posteriormente sea mantenida fuera del expediente del caso y no se divulgue al Ministerio Público, al sospechoso/acusado, a la defensa o al juez sentenciador. Esto también significa que ciertas respuestas a las preguntas de la defensa no serán reveladas a ninguna de las partes.

B. Testigo blindado (anónimo) (arts. 226g-226m del Código de procedimiento criminal)

Se introduce para el testigo blindado un procedimiento separado, ex parte y a puerta cerrada. Al igual que el testigo amenazado, el testigo blindado tam-

poco tiene que comparecer en el juicio. La decisión es tomada por el juez de instrucción a petición del Fiscal, del sospechoso, del juez sentenciador o ex officio. También se ha previsto la posibilidad de oír al testigo anónimamente en caso de que el acceso de la identidad del testigo pueda poner en peligro al propio testigo o a la seguridad nacional. El juez de instrucción, sin embargo, debe conocer la identidad del testigo. Si es posible, la audiencia tendrá lugar a puerta cerrada, pero no ex parte. Esto significa que las partes en el procedimiento pueden estar presentes y que el testigo está disfrazado o blindado. Como regla se asume en la propuesta legislativa que tales audiencias se llevarán a cabo no solamente a puerta cerrada, sino también ex parte, lo que significa que sólo se permite a las partes hacer preguntas y no pueden estar presentes. El informe de la audiencia sólo se somete a las partes con el consentimiento del testigo. Con referencia al informe, las partes pueden hacer preguntas adicionales. El informe sólo se puede adjuntar al expediente del caso con el consentimiento del testigo blindado. Esto implica una ruptura del monopolio del juez instructor para elaborar el sumario del caso.

C. La ley sobre la prueba penal (Art. código 344 del Código de procedimiento criminal)

A partir de este momento los informes oficiales del AIVD pueden servir como prueba legal en procedimientos penales y no sólo como documentos que puedan ser utilizados como prueba en conexión con los contenidos de otra prueba. Esta regla también se extiende a los documentos de oficiales extranjeros de investigación y funcionarios al servicio de instituciones internacionales. La nueva regla no altera la carga de la prueba ante los Tribunales. Además, se mantiene el principio según el cual un sospechoso/acusado no puede ser condenado exclusivamente con base en su propio testimonio (Art. 341(4) del Código de procedimiento penal) y la regla de que las condenas no se pueden basar exclusivamente en el testimonio de un testigo. Además, se requieren pruebas adicionales para apoyar las declaraciones de los testigos anónimos, blindados.

D. Dictamen del Consejo de Estado y posición del gobierno

En su apresurado dictamen el Consejo de Estado enumera algunos puntos críticos esenciales. El Consejo indica que esta regulación no hace necesariamente una distinción entre información 'dura', esto es, la utilizable en procedimientos penales, y la información 'blanda'. El gobierno sostiene que las reglas pretenden precisamente probar la información dura sin poner en peligro la seguridad nacional. El Consejo también es favorable a una organización del procedimiento en

la que se pueda interrogar a los testigos blindados en principio a puerta cerrada, y no ex parte, para cumplir así con el principio de inmediación. El gobierno está de acuerdo, pero subraya que en la mayoría de los casos esta situación será la excepción más que la regla. Los intereses de la seguridad nacional conducirán en la práctica casi siempre a procedimientos ex parte. Además el Consejo critica la cancelación parcial de la competencia exclusiva del juez de instrucción en la elaboración del sumario del caso. El Consejo está en contra de conceder al testigo el derecho a consentir. El gobierno no está de acuerdo y argumenta que "con respecto a la toma de decisión de oír a un testigo como testigo blindado, no se puede solicitar al juez de instrucción que haga una valoración de los méritos de si lo requiere el interés de la seguridad nacional. Él no está en situación de hacerlo"⁷⁹. El Consejo también tiene dudas sobre las enmiendas a la ley relativa a la prueba en cuanto a qué constituye prueba legal. Según el Consejo, el estándar mínimo actual de la prueba, especialmente con respecto a informes oficiales del AIVD, puede realmente servir como garantía, dadas las posibilidades limitadas de control. El propio gobierno se distancia de este punto de vista. Finalmente, el Consejo opina que el control de la legitimidad no recibe la suficiente atención. Sobre ello, el gobierno subraya la importancia del principio de buena fe.

Debido al hecho de que el procedimiento fue apresurado el Ministerio público neerlandés no fue consultado. Sin embargo, recientemente durante la discusión del Proyecto en el parlamento, se ha evidenciado que el Ministerio Público ha criticado severamente la propuesta en una carta al Ministro⁸⁰. Entretanto se ha aprobado la ley en las dos cámaras del Parlamento⁸¹.

VI. EL TEDH Y EL USO DE LA INTELIGENCIA EN PROCEDIMIENTOS PENALES

A primera vista, en esta materia el CEDH tiene una importancia limitada, en la medida en que es jurisprudencia establecida que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) no decide sobre la admisibilidad de la prueba y sobre si la información constituye prueba legal, pues esto se considera una cuestión de Derecho nacional; se ocupa exclusivamente de si el procedimiento en su totalidad, incluida por lo tanto la colección y el uso de la prueba, satisface

⁷⁹ TK, 2003-2004, 29743, no. 5 p. 4.

⁸⁰ Over gebruik van informatie AIVD. OM botst met Donner over nieuwe wet, NRC Handelsblad, 22 april 2005.

⁸¹ <http://www.eerstekamer.nl/9324000/1/i9vygh5ihkk7kot/vhffif1fmyx9/f=y.pdf>.

los requisitos de un juicio justo⁸². Por supuesto, en alguna ocasión el TEDH ha examinado el uso de la prueba en juicio, por ejemplo, con respecto al testigo anónimo como fuente exclusiva de la prueba⁸³. El Tribunal también se ha pronunciado sobre el uso de ciertas técnicas de investigación y la posible vulneración, por ejemplo, del artículo 8 CEDH. De esto se sigue que el control judicial puede ser ex parte, pero "(...) que es esencial que los procedimientos establecidos dispongan por sí mismos de las garantías adecuadas y equivalentes para salvaguardar los derechos individuales (...) El Estado de derecho implica, entre otras cosas, que toda interferencia del ejecutivo en un derecho individual debe estar sometida a un control efectivo que debería efectuarse normalmente por los jueces, o por lo menos en última instancia el control judicial ofrece las mejores garantías de independencia, imparcialidad y limpieza del procedimiento"⁸⁴. En lo que concierne a nuestro tema de discusión, la jurisprudencia del TEDH se ha ocupado de dos aspectos interesantes: 1. la legalidad de la inteligencia como que sirve de base para la sospecha razonable, y 2. el uso de la prueba secreta en procedimientos ex parte.

El fundamento para la sospecha y la detención y su control judicial han constituido el objeto de varios casos relativos al IRA. En el caso *Fox, Campbell and Hartley*⁸⁵ v. UK la cuestión que se plantea es qué información tienen que revelar las autoridades para posibilitar un control de la legitimidad de la detención en caso de que esté basada en inteligencia confidencial. En el Reino Unido ya no se requiere sospecha razonable para los delitos de terrorismo, sino que ahora se aplica un umbral más bajo, el de la sospecha genuina y de buena fe u honesta. Además, tampoco es necesario aportar indicios concretos del delito que se sospecha ha sido cometido. El TEDH es consciente de que en el caso del terrorismo se utiliza a menudo inteligencia que no se puede hacer pública sin poner en peligro la fuente, ni siquiera en un tribunal. El Tribunal también entiende la opinión del Reino Unido de que la definición práctica de la expresión sospecha razonable puede depender del tipo de delito, pero agrega inmediatamente: "Sin embargo, la exigencia de que se trate de un delito de terrorismo no puede

⁸² Ver Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 23 de abril de 1997, recurso n. 21363/93 e.a., *Van Mechelen e altri v. Países Bajos*.

⁸³ Ver Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 20 de noviembre de 1989, recurso n. 11454/85, *Kostovski v. Países Bajos*.

⁸⁴ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 6 de septiembre de 1978, recurso n. 5029/71, *Klass v. Alemania*.

⁸⁵ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 30 de agosto de 1990, recurso n. 12244/86 e.a., *Fox, Campbell e Hartley v. UK*.

justificar la ampliación de la noción del "carácter razonable" (reasonableness) hasta el punto de menoscabar la esencia de la garantía prevista en el artículo 5(1)(c) (...). Con todo, se debe permitir al Tribunal comprobar si se ha respetado la esencia de la garantía prevista en el artículo 5(1)(c). Por lo tanto, el gobierno tiene que proporcionar por lo menos ciertos hechos o informaciones capaces de convencer al Tribunal de que la persona arrestada es razonablemente sospechosa de haber cometido el delito imputado. Esto es más necesario donde, como en el actual caso, el Derecho nacional no requiere la sospecha razonable, sino que fija un umbral más bajo y requiere simplemente la sospecha honesta (honest suspicion)". En este caso, el Reino Unido no suministró los datos por lo que el Tribunal decidió que había habido una violación del artículo 5(1)(c). Sin embargo, en una última decisión en el caso *Murray v. UK*⁸⁶ el Tribunal acepta que, a pesar del umbral más bajo para la sospecha existente en la legislación de Irlanda del Norte sobre el terrorismo, se cumplió con el requisito de la sospecha razonable, como se apreció en hechos y circunstancias adicionales. Los hechos y las circunstancias en cuestión se derivaron de las decisiones del Tribunal en la demanda civil que Murray había presentado contra su detención. En el caso *O'Hara v. UK*⁸⁷ se había detenido al demandante como sospechoso de terrorismo con base en declaraciones de cuatro informadores, y el TEDH también sostuvo que se había cumplido con el requisito de la sospecha razonable. En este caso la sospecha razonable (no la sospecha honesta) estaba basada en declaraciones de cuatro informadores distintos. La sospecha razonable fue acreditada ante tres Tribunales británicos distintos, lo que en sí mismo es una garantía contra la detención arbitraria. El sospechoso en estos juicios no hizo uso de su derecho a apelar la cuestión de la buena fe de los oficiales de policía que procedieron a la detención. El carácter razonable de una sospecha depende de las circunstancias de cada caso individual. En este caso, las circunstancias conducen al resultado de la sospecha razonable. En su opinión disidente, el juez Loucaides señala que debe existir una sospecha razonable en las mentes de las autoridades en el momento de la detención y tienen que poder someter la prueba de ello al control judicial. Estos criterios no fueron resueltos en este caso. En el caso *Chahal v. UK*⁸⁸ el TEDH indica claramente que la protección de la seguridad nacional mediante

⁸⁶ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 28 de octubre de 1994, recurso n. 14310/88, *Murray v. UK*.

⁸⁷ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 16 de octubre de 2001, recurso n. 37555/97, *O'Hara v. UK*.

⁸⁸ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 15 de noviembre de 1996, recurso n. 22414/93, *Chahal v. UK*.

el uso de la prueba secreta no hace inoperante el control judicial: "el Tribunal reconoce que el uso del material confidencial puede ser inevitable cuando está en juego la seguridad nacional. Esto no significa, sin embargo, que las autoridades nacionales pueden estar libres del control eficaz por los Tribunales nacionales siempre que opten por afirmar que la seguridad nacional y el terrorismo están implicados"⁸⁹. Paneles o comisiones que no pertenecen a la autoridad jurisdiccional son una garantía escasa.

En el Reino Unido, el uso de la inteligencia como prueba en casos penales está sometido principalmente a las reglas clásicas de la prueba. Según el Common law, la fiscalía tiene el deber de revelar a la defensa toda prueba que apoye la posición del acusado. Sin embargo, las Attorney General's Guidelines de 1981 sometieron el deber de revelar a un poder discrecional del Crown Prosecution Service para retener la información sensible (seguridad nacional, identidad de un informador, etc.). En esto, el Crown Prosecution Service debe buscar un equilibrio entre el grado de sensibilidad y la importancia de la prueba para la defensa. Si el resultado es una violación muy grave de los derechos de la defensa, el caso tendrá que ser sobreseído. Los tribunales de apelación británicos han emitido muchas decisiones sobre esta cuestión. En el caso *R. v. Ward* (1992)⁹⁰ se sostuvo que le corresponde al Tribunal, no a la fiscalía, ponderar los intereses. En el caso *R. v. Davis, Johnson and Rowe* (1993)⁹¹ el Tribunal de apelación señaló tres opciones para el procedimiento de control: 1. el control tiene lugar en los procedimientos penales adversariales ordinarios donde solamente se indica el tipo de material, o 2. el control se produce en un procedimiento *ex parte*, donde el tipo de material no se divulga (información secreta), o 3. el control se produce en un procedimiento *ex parte*, el cuál no se divulga a la defensa pues su acceso revelaría la naturaleza de la prueba (información secreta y procedimiento secreto). En el caso *R. v. Turner* (1994)⁹² el tribunal de apelación advierte que en el caso *R. v. Ward* se han exigido demasiados requisitos para la revelación de la prueba confidencial: "deseamos alertar a los jueces de la necesidad de examinar con mucho cuidado las solicitudes de revelación de detalles sobre informadores

⁸⁹ Sobre ello ver E. Myjer, *Rechten van de mens en bestrijding van terrorisme; enige opmerkingen over de Europese aanpak en over de rol van de officier van justitie*, *Trema*, 2003, 336-342 y C. Warbrick, *The Principles of the European Convention on Human Rights and the Response of States to Terrorism*, *European Human Rights Law Review*, 2002, 287-314.

⁹⁰ *The Weekly Law Reports* 1993 (1) p. 619-692.

⁹¹ *The Weekly Law Reports* 1993 (1) p. 613-618.

⁹² *All England Law Reports* 1995 (3) p. 432-436.

(...) Incluso cuando ha participado el informador, el juez necesitará considerar si su papel afecta tanto a una cuestión de interés para la defensa, presente o potencial, como para hacer necesaria su revelación". Los procedimientos ex parte han dado lugar a varios casos ante el TEDH. En el caso *Jasper v. UK*⁹³ la persona implicada fue sometida a vigilancia, sus conversaciones grabadas y posteriormente arrestada acusada de delitos relacionados con las drogas con base en inteligencia. La fiscalía solicitó la no revelación de la prueba alegando la inmunidad del interés público. La defensa fue informada de la solicitud y de la audiencia ex parte, pero no se le dio ninguna información relativa a las fuentes y a los medios de prueba y no fue tampoco informada del razonamiento del Tribunal. El TEDH acentuó la importancia del intercambio libre de la prueba entre las partes, pero también reconoció que el derecho al acceso a la prueba no es un derecho absoluto y puede estar en conflicto con otros intereses, por ejemplo la seguridad nacional, la protección de testigos y de fuentes de prueba, el *modus operandi*, etc. El Tribunal acepta la prueba secreta a condición de que esta limitación de los derechos de la defensa "sea compensada por procedimientos seguidos ante las autoridades judiciales (igualdad de armas)". En el caso en cuestión, el Tribunal opinó que este balance había sido acertado, puesto que la compensación de la prueba había sido controlada por el juez sentenciador y porque la información secreta no formaba parte del sumario del caso, sino una pista obtenida de escuchas telefónicas⁹⁴. En una opinión disidente colectiva, seis magistrados protestaron airadamente contra esta decisión y advirtieron que el hecho de que la defensa no fuera informada sobre el tipo de prueba y el material y el hecho de que el resultado del procedimiento ex parte no estuviese razonado eran contrarios a la naturaleza de los procedimientos adversariales hasta tal punto de que ello no se podría rectificar por el juez sentenciador. En el caso *Edwards and Lewis v. UK*⁹⁵, un caso de drogas en el que se utilizaron *agents provocateurs*, se aplicó un procedimiento similar ex parte en el que la defensa no fue informada del tipo de prueba. Sin embargo, en este caso el material en cuestión fue utilizado como prueba en el juicio. Por otra parte, el policía encubierto, que fue el único testigo llamado durante la audiencia, fue interrogado de forma anónima. Era crucial que la defensa pudiera verificar si había existido una trampa por parte de la policía. También se planteó en el juicio que la inteligencia había sido presentada en el procedimiento ex parte relativo a la implicación del acusado en delitos

⁹³ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 16 febrero de 2000, recurso n. 27052/95, *Jasper v. UK*.

⁹⁴ A lo largo de las mismas líneas *P.G. and J. H. v. UK*, ECHR, 25 Septiembre 2001.

⁹⁵ *Edwards and Lewis v. UK*, ECHR, 22 July 2003, 39647/98 and 40461/98.

relativos a las drogas en el pasado, sin que la defensa hubiese sido notificada de ello para que pudiera haber contestado estos hechos. En este caso el Tribunal estableció que existía una violación del artículo 6(1). Éste fue también el resultado en el caso *Dowsett v. UK*⁶⁶, pues el juez sentenciador no había podido realizar el control judicial necesario y ello no se puede remediar en apelación⁶⁷. La importancia de este control judicial queda también clara en el caso *Tinnelly & Sons and others and McElduff and others v. UK*⁶⁸, un caso en el cual se decidió, con base en inteligencia, rechazar una oferta en un proyecto de contratación pública en Irlanda del Norte. Los demandantes fueron rechazados del contrato de trabajo público o de la necesaria acreditación pública para obtener esos contratos a causa de sus creencias religiosas u opiniones políticas. La denegación se basó en un certificado, que era prueba concluyente, de la Secretaría de Estado basado en inteligencia. El TEDH sostiene que la falta de examen independiente y completo por una autoridad judicial viola el art. 6 CEDH.

VII. CONCLUSIÓN

Del análisis del Derecho comparado (EE.UU., Países Bajos, Reino Unido y CEDH) emerge claramente que el uso de la inteligencia en la Administración de justicia penal roza los fundamentos del juicio justo y por eso no se puede reducir a un detalle del proceso penal. La administración pública de la justicia penal⁶⁹ es esencial para la legalidad de la impartición de la justicia como cuestión pública. La naturaleza pública interna de los procesos penales requiere que los intervinientes en ellos puedan estar presentes en la realización de los actos del procedimiento o que sean informados de que tienen acceso a la prueba y que pueden ver controlada esta prueba en un juicio justo. La naturaleza pública externa de los procesos requiere que los casos no sean ex parte y a puerta cerrada. Son por supuesto concebibles excepciones a esta naturaleza pública, interna y externa, no solo en interés del sospechoso/acusado o de los testigos, sino también en interés de la seguridad nacional. El TEDH acepta que la información de los servicios de inteligencia se puede utilizar no solamente como pista secreta en las investigaciones penales, sino también que esta inteligencia puede producir una

⁶⁶ *Dowsett v. UK*, ECHR, 24 June 2003, 39482/98.

⁶⁷ En *G.M.R and A.K.P. v. UK*, decision of 19 September 2000, el Tribunal consideró que el procedimiento de apelación ofreció suficientes garantías.

⁶⁸ *Tinnelly & Sons and others and McElduff and others v. UK*, ECHR, 10 July 1998, Reports 1998-IV.

⁶⁹ A. Beijer, e.a. (ed.), *Openbare rechtspleging*, Kluwer, 2002.

sospecha razonable de la culpabilidad. Sin embargo, esta excepción debe definirse de manera que no quede a discreción de los servicios de inteligencia y/o las autoridades de investigación judicial la decisión sobre el uso de la prueba secreta en Derecho penal. La experiencia de los EE.UU. ha demostrado que los muros de la investigación y el requisito de la supervisión (chaperone) son filtros necesarios en el movimiento de la información entre los servicios de inteligencia y las autoridades encargadas de la investigación. Según el TEDH, la decisión relativa al uso de la información secreta como base para la sospecha o como prueba en casos penales debe estar sometida a un control judicial independiente, mediante el que un Tribunal es competente para determinar la legitimidad y la fiabilidad de la información y de las fuentes. En mi opinión, el punto de partida no puede ser una asunción de la legitimidad y fiabilidad y que el control judicial sea marginal. No es apropiado hablar de la libre circulación de la información en este contexto. El principio de la buena fe entre el AIVD y las autoridades encargadas de la investigación al que alude el Tribunal de apelación de la Haya -ausencia de control a menos de que existan indicios de violaciones (graves) de los Derechos humanos- debe también considerarse un razonamiento peligroso. Creer en la fiabilidad del AIVD como socio (como existe entre las naciones en el caso de la extradición) no es el factor esencial, sino la función de garantía de los Tribunales con respecto a la prueba secreta que el sospechoso/acusado es por definición incapaz de valorar. Esto es, en un juicio justo, el control judicial es un contrapeso fundamental a la restricción de los derechos de la defensa. Es insostenible la idea de que el Tribunal no puede realizar ningún control o solamente un control marginal debido al hecho de que el legislador deseó la compartimentalización de la relación entre el AIVD y las autoridades judiciales penales. El flujo de información tiene que ir acompañado del control judicial de la información. La importancia del control queda clara en la Classified Information Procedures Act que se ha elaborado como parte de la ley federal del procedimiento criminal en los EE.UU. y en la jurisprudencia del TEDH. El control de la legitimidad de la inteligencia también se refiere evidentemente a la posible dirección de la recopilación de la información por el AIVD. Se debe evitar la posibilidad de que el AIVD, sea o no en cooperación con la policía y las autoridades judiciales, emplee sus amplios poderes secretos de investigación con fines principales propios del Derecho penal y haciéndolo así evite las garantías de la justicia penal. Las investigaciones paralelas son concebibles, pero el lavado de la información -por el que la información se produce por un organismo distinto del que la recolectó- envuelve a las fuentes en el velo de la confidencialidad y de acuerdo con la Wiv no se admite el deber del secreto. Hasta ahora, los poderes de la Wiv solo se han utilizado en los Países Bajos para reforzar la posición de la información y de los

posibles rendimientos o productos adicionales de la vigilancia, por ejemplo la información que podría también ser de interés para las autoridades judiciales penales. La discusión en los EE.UU. relativa a la diferencia entre el propósito primario y significativo de la inteligencia indica que el uso de los poderes de la Wiv también para los propósitos de la justicia penal no se puede reducir a las meras producciones adicionales. El Tribunal que ejerce el control judicial debe también tener la potestad de ordenar la revelación de la prueba. Si se rechaza esto, la fiscalía puede retirar la prueba o sobreseer el caso. Esto significa que la ley Donner todavía deja algunas cuestiones por regular. El deber de secreto según la Wiv tiene que ser revisado con respecto a la aportación de la información a las autoridades judiciales y el control ante el Tribunal. Tienen que estar formalizados los filtros entre el AIVD y las autoridades judiciales. Además, es preciso que se regulen las condiciones en las que la defensa puede obligar a la fiscalía y al AIVD a que presenten la prueba secreta en procedimientos penales.

Un segundo punto de interés es la organización del procedimiento para el control judicial. En muchos casos el control judicial no se puede llevar a cabo en una audiencia pública, sino que a menudo se realiza a puerta cerrada e incluso inter partes. Por lo tanto, está limitada o no existe la posibilidad de que el acusado y su abogado examinen documentos o pregunten directamente a los testigos de la acusación. En interés de la seguridad nacional se puede limitar el derecho a la defensa, a condición de que se adopten medidas compensatorias suficientes. La ley Donner formula las reglas según las cuales el juez de instrucción es informado de todos los hechos relevantes y realiza una valoración razonada de la fiabilidad de la información aportada. El juez de instrucción tiene el deber de investigar la fiabilidad de la declaración (persona, circunstancias, etc.) y el deber de razonar su decisión. Sin embargo, la cuestión es si el juez de instrucción puede ser calificado como un tribunal independiente e imparcial. La ley restringe las investigaciones sobre la legalidad de la información a los casos excepcionales de violaciones graves de Derechos humanos en la obtención de la información. Como punto de partida, se aplica el principio de la buena fe. Las investigaciones sobre la fiabilidad de la información son también de carácter marginal, a juicio del Explanatory Memorandum: "con respecto a la decisión de escuchar a un testigo como testigo oculto, no se puede pedir al juez de instrucción que haga una valoración sobre si existen motivos basados en el interés de la seguridad nacional. No está en situación de hacerlo"¹⁰⁰. También se elimina el recurso contra la decisión del juez de instrucción de aplicar el procedimiento para el

¹⁰⁰ TK, 2003-2004, 29743, no. 5 p. 4.

testigo oculto, pues "esto está conectado con el carácter marginal del marco de la valoración: la decisión de conceder el estatus de testigo oculto a menudo dependerá solamente de criterios de valoración bastante objetivos (de si la persona en cuestión está al servicio del AIVD, cuál es su función, etc.)"¹⁰¹. El hecho de que el testigo protegido determine si el informe oral es presentado a las partes o si se añade al sumario del caso (doble consentimiento del testigo oculto) mina la independencia y la imparcialidad del juez de instrucción. También importante en la dirección de un juicio justo es el grado en el que el juez de enjuiciamiento ha razonado el uso y la fiabilidad de la prueba. El Explanatory Memorandum indica que el juez de enjuiciamiento puede valorar siempre libremente las decisiones del juez de instrucción, pero realmente la información a su disposición necesaria para ello es bastante limitada. Las reglas propuestas hacen depender demasiado al juez de enjuiciamiento del juez de instrucción. En comparación con las reglas generales para la protección de testigos, el juez de enjuiciamiento no puede ordenar al testigo oculto que comparezca a la vista oral. La fiscalía puede impedir la declaración en la vista oral. El juez de enjuiciamiento no tiene acceso a todas las fuentes utilizadas por el juez de instrucción. No tiene acceso al material no público. Para valorar la fiabilidad y legalidad, el juez de enjuiciamiento tiene que confiar totalmente en la valoración marginal del juez de instrucción.

El tercer y último punto se refiere a la calidad probatoria y hasta qué punto la inteligencia del AIVD puede servir como prueba legal. En este punto no existe jurisprudencia decisiva del TEDH. El procedimiento y las reglas propuestas en la ley Donner relativas a la prueba legal funcionan paralelamente a la regulación del procedimiento que implica al testigo anónimo en el Código de procedimiento penal¹⁰². Está claro en la jurisprudencia del TEDH relativa al testigo anónimo¹⁰³ que las condenas no pueden estar basadas de forma decisiva en la información anónima. El grado en el que la prueba de apoyo es necesaria depende del grado en el que se limita el derecho a preguntar. En el caso de la inteligencia del AIVD, estas limitaciones serán bastante considerables, lo que implica un papel por definición limitado para esta prueba en los procedimientos penales. Las disposiciones de que la prueba del AIVD no puede ser prueba exclusiva no cumplen con los criterios del TEDH. De importancia adicional aquí son los artículos 344(a) y 344(3) del Código de procedimiento penal. El artículo 344(3) dispone que una

¹⁰¹ TK, 2003-2004, 29743, no. 3, p. 13.

¹⁰² Ver sobre ello también J.W. Fokkens, *Strafrecht en terrorisme*, NJB, 2004, 1347-1351.

¹⁰³ *Unterpertinger v. Austria*, EHRM, 24 November 1986, NJ 1988, 745; *Kostovski v. Netherlands*, EHRM, 20 November 1989, A 141, NJ 1990, 245; y *Lüdi v. Switzerland*, EHRM 15 June 1992, A 238, NJCM-bulletin 1992, 810.

declaración escrita anónima no se puede utilizar como prueba, a menos que la decisión sobre la prueba esté respaldada en un grado importante por otra prueba y el acusado no haya solicitado el derecho a escuchar al testigo. Sin embargo, si el acusado ha solicitado este derecho, la declaración se puede considerar como testimonio de acuerdo con el artículo 295 del Código de procedimiento penal, pero las reglas mínimas del artículo 344a se deben respetar siempre. Ello significa que esto es solamente posible para las violaciones graves del orden legal y a condición de que el testigo haya sido oído por el juez de instrucción, de acuerdo con las reglas relativas al testigo amenazado de los artículos 266(c) a 266(f) del Código de procedimiento penal.

Queda por ver si la ley Donner, que estaba inspirada por las reglas relativas al testigo anónimo, va a pasar el control del TEDH. El Explanatory Memorandum es evasivo a este respecto: "El seguir el procedimiento para el testigo oculto no garantiza que se cumplan adecuadamente los requisitos del artículo 6 CEDH en todas las circunstancias. Cada caso penal tramitado de acuerdo con las reglas propuestas además tendrá que ser confrontado (por el tribunal) con la disposición del tratado aludida"¹⁰⁴. También es cuestionable si estas reglas no menoscaban la separación urgentemente deseada entre las funciones de los servicios de inteligencia y aquellas de las autoridades encargadas de la investigación. Existe un riesgo de que a partir de ahora, en casos que afecten a la seguridad nacional, se fijen criterios marginales con respecto al uso de la información obtenida por el AIVD por medio de las competencias de investigación que son comparables a las competencias de las autoridades encargadas de la investigación. Es también importante que sean examinadas críticamente las propuestas europeas que asumen la libre circulación de la información entre los servicios de inteligencia y las autoridades encargadas de la investigación. La comparación con el Derecho de los EE.UU. demuestra la importancia de los filtros en el movimiento de la información y del control judicial. Nadie en Europa ni en los Países Bajos parece haber aprendido suficientemente la lección. En cualquier caso, la lucha contra el terrorismo no puede servir como argumento para minar sub rosa los fundamentos del Estado de derecho y de la administración pública de la justicia penal. Sub lege libertas.

¹⁰⁴ TK 2003-2004, 29743, p.12.