

LA PERSECUCIÓN DE LOS CRIMINALES DE GUERRA EN CANADÁ: DE RAUCA A MUNYANEZA (*)

Antoni Pigrau Solé
Catedrático de Derecho internacional público
Universidad Rovira i Virgili (Tarragona)

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN. 2. LA ETAPA DE LA INACTIVIDAD (1949-1980). 3. EL CASO RAUCA, LA COMISIÓN DESCHÊNES, LAS REFORMAS LEGISLATIVAS DE 1987 Y EL BLOQUEO DE LA REPRESIÓN PENAL (1980-1994). 3.1. El informe de la Comisión Deschênes. 3.2. Las reformas legislativas de 1987. 3.3. La vía de la persecución penal: el caso Finta. 3.4. La vía de la desnaturalización y la deportación: el caso Luitjens. 4. LA OPCIÓN PREFERENCIAL POR LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS (1995-2000). 4.1. La consolidación del programa canadiense de crímenes de guerra. 4.2. Los problemas de la vía administrativa de expulsión: el caso Mugesera. 4.3. Deportación de refugiados y *non refoulement*: el caso Suresh. 5. LA LEY SOBRE LOS CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD Y LOS CRÍMENES DE GUERRA DE 2000 Y LA REVITALIZACIÓN DE LA ACCIÓN PENAL 5.1. El nuevo marco jurídico y, en particular, la Ley sobre los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra. 5.2. Un balance de las medidas administrativas. 5.3. Problemas de constitucionalidad en relación con los procedimientos de revocación de la ciudadanía: el caso Oberlander. 5.4. La persecución penal en aplicación de la nueva ley: el caso Munyaneza. 6. CONSIDERACIONES FINALES

(*) «El presente trabajo se ha realizado durante dos estancias en Montreal. La primera, en 2006, en la Universidad de Montreal, financiada por el Gobierno de Canadá, en el marco del Programa de Estudios Canadienses (convocatoria 2005). La segunda, en 2007, en la Universidad de Quebec en Montreal (UQAM), financiada por el Ministerio de Educación y Ciencia, en el marco del Programa Nacional de ayudas para la movilidad de profesores de universidad e investigadores españoles y extranjeros (convocatoria 2006, Ref. PR2007-0309).»

1. INTRODUCCIÓN

El ciudadano de origen ruandés Désirée Munyaneza está siendo juzgado en Canadá por genocidio, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad, en lo que constituye el primer caso de aplicación de la ley canadiense sobre crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra del año 2000.

El objeto de este trabajo es el análisis de la evolución que ha experimentado la acción de las autoridades canadienses contra las personas sospechosas de haber participado en la comisión de crímenes de guerra desde la segunda guerra mundial, atendiendo a los instrumentos legales de que dicho país se ha dotado y a la interpretación que los distintos órganos judiciales les han dado. En este sentido, los casos Rauca, Finta, Mugesera y Munyaneza pueden considerarse representativos de las cuatro etapas que vamos a considerar: la etapa de la inactividad (1949-1980)¹, la etapa de la *Comisión Deschênes*, las reformas legislativas de 1987 y el bloqueo de la represión penal (1980-1994), la etapa de la opción preferencial por las sanciones administrativas (1995-2000), y por último, la que cabe denominar como etapa de la complementariedad con la Corte Penal Internacional, a partir del año 2000.

Como se verá, el proceso refleja una lenta evolución tendente a dar cumplimiento a la política de que el Canadá no sea un refugio seguro para los criminales de guerra y los criminales contra la humanidad² a través de sucesivas reformas legislativas, de la creación de instrumentos institucionales específicos, como el Programa de crímenes de guerra, y de estrategias que han tratado de compatibilizar la acción penal con la acción administrativa. La ratificación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional –un proyecto en que la implicación canadiense ha sido determinante– y su posterior entrada en vigor han ofrecido el contexto adecuado para el impulso a

¹ Alain Joffe la denomina «política de la indiferencia» y la sitúa entre 1946 y 1979; «Les crimes contre l'humanité dans le Code criminel: Une contribution canadienne au droit international», *Revue Québécoise de Droit International*, Vol. 9, 1995-1996, pp. 52-55.

² En palabras de un cualificado experto del Ministerio de Justicia canadiense: «The policy of the Canadian Government is unequivocal that Canada is not and will not become a safe haven for persons who have committed war crimes, crimes against humanity or other reprehensible acts regardless of when or where they were committed.», Rikhof, J., «Canada and War Criminals: The Policy, the Program, and the Results», *18th International Conference of the International Society for the Reform of Criminal Law held at Montreal, Canada from August 8, 12, 2004*. Disponible en <http://www.isrc.org>.

la reapertura de la vía de la represión penal en Canadá de crímenes de guerra cometidos fuera del país.

Por todo ello, y con razón, Canadá ha sido considerado «the most comprehensive post-Nuremberg juridical laboratory for the study of national prosecutorial remedies for the enforcement of international criminal law»³.

2. LA ETAPA DE LA INACTIVIDAD (1949-1980)

Al terminar la segunda guerra mundial Canadá llevó a cabo algunos juicios contra ciudadanos alemanes por crímenes de guerra de acuerdo con las *War Crimes Regulations* de agosto de 1945 y la *War Crimes Act*, de 1946⁴. El más conocido de ellos fue el de Kurt Meyer.

El antiguo Mayor de las *SchutzStaffel* (SS) Kurt Meyer, ampliamente condecorado durante la guerra, fue juzgado por un tribunal canadiense por su responsabilidad directa o indirecta en la ejecución de varias decenas de prisioneros de guerra canadienses. Aunque fue condenado a muerte en diciembre de 1945, su condena fue revisada, fue liberado en 1954 y murió en la República Federal de Alemania en 1961⁵. Canadá tuvo también una discreta participación en el juicio contra los altos responsables japoneses que llevó a cabo el Tribunal Penal Militar Internacional para el Lejano Oriente, entre 1946 y 1948⁶.

No obstante, al final de la segunda guerra mundial y en los años siguientes un gran número de personas con distinto grado de implicación en crímenes de guerra auspiciados por el régimen nazi consiguieron esca-

³ Cotler, I., «Bringing Nazi War Criminals in Canada to Justice: A Case Study», 91 *American Society of International Law Annual Meeting Proceedings* 1997, p.262. Irwin Cotler ha actuado como defensor de derechos humanos en muy diversos lugares del mundo y fue también Presidente (1980-1983) y después asesor jurídico del Congreso Judío Canadiense. En 1999 fue elegido diputado y después nombrado Ministro de Justicia y, por tanto, Fiscal General de Canadá entre 2003 y hasta las elecciones de 2006, en que fue nombrado para ocupar el puesto en el nuevo Gobierno Robert Douglas Nicholson.

⁴ *War Crimes Regulations*, P. C. 5831. *War Crimes Act* – R.S.C. 1946, c. 73.

⁵ Sobre este caso y otros, véanse Fenrick, W.J., «The Prosecution of War Criminals in Canada», 12 *Dalhousie Law Journal (Dalhousie L.J.)* 1989-1990, pp. 289-291; Green, L.C. «Canada's Role in the Development of the Law of Armed Conflict», 18 *The Canadian Yearbook of International Law (Can. Y.B. Int'l L.)*. 1980, pp. 98 ss.; Green, L.C., «Superior Orders and Command Responsibility», 27 *Can. Y.B. Int'l L.* 1989, pp. 196-198; Rouillard, L-P.F., «Canada's Prevention and Repression of War Crimes», *Miskolc Journal of International Law*, Vol. 2 (2005) No. 1, pp. 43-58.

⁶ Sobre la misma, véase Stanton, J., «Canada and War Crimes. Judgement at Tokyo», 55 *International Journal*, 376 1999-2000.

par al castigo penal. Muchos de ellos, que ni siquiera eran alemanes sino nacionales de otros países ocupados que colaboraron desde posiciones más o menos subalternas con los ocupantes, pasaron relativamente desapercibidos y pudieron emigrar a otros países e incluso obtener en algunos casos el estatuto de refugiado. En ese proceso algunos países cuya población tenía un alto porcentaje de inmigrantes fueron elegidos como lugares preferidos de refugio de los criminales. Canadá era uno de estos países.

Durante el proceso de cambio de alianzas políticas internacionales que acompañó a la denominada guerra fría, desde 1948, los aliados occidentales empezaron a considerar la necesidad de integrar a la parte de la Alemania ocupada por ellos en su nueva alianza, con lo que empezaron a negarse a cooperar con los países de la órbita soviética en la persecución de los crímenes de guerra⁷. Un proceso no exento de dificultades que tendría su concreción en los Acuerdos de París de octubre de 1954 que comportó la enmienda del Tratado de Bruselas de 1948 y en definitiva la incorporación de la República Federal de Alemania a la nueva Unión Europea Occidental.

En este contexto, el gobierno británico se dirigió a los demás gobiernos de la *Commonwealth*, mediante un telegrama de 13 de julio de 1948, desclasificado en los años ochenta, en que el anunciaba su posición de que «la represión de los criminales de guerra se dirige más a disuadir a las generaciones futuras que a imponer sanciones a todos los culpables; es por tanto necesario acabar con el pasado, lo más rápidamente posible» y llamaba a los demás socios a hacer lo mismo. Todo parece indicar que esa fue también la opción adoptada por las autoridades canadienses⁸. De esta manera la percepción de la gravedad de la nueva amenaza soviética contribuyó decididamente a terminar con las persecuciones de criminales de guerra nazis en los países occidentales⁹.

No obstante, desde 1949 Canadá introdujo ciertas prohibiciones a la inmigración de quienes, entre otros, hubieran formado parte del partido nazi, de la policía política (SchutzStaffel, SS y Waffen SS) y del ejército

⁷ Green, L. C., «Canadian Law, War Crimes and Crimes against Humanity», *British Year Book of International Law*, vol. 59, 1988, p. 218.

⁸ Sobre esta etapa Cotler, I., «Bringing Nazi War Criminals in Canada to Justice: A Case Study», op.cit., pp. 263-264.

⁹ «The political motivation of the Western Allied powers was based on their belief that the prosecution of Nazi war criminals might make it harder to keep West Germany onside in the Cold War.» Matas, D., «The Struggle for Justice: Nazi War Criminals in Canada», en *From immigration to integration*, The Canadian Jewish Experience: A Millennium Edition, Edited by Ruth Klein and Frank Dimant; On-line: <http://www.bnaibrith.ca/institute/millennium/millennium00.htmlp.2.>, p.2.

alemán (Wehrmacht). Pero tales prohibiciones fueron suavizadas progresivamente desde 1950 hasta desaparecer por completo en 1962, salvo para las personas que hubieran participado en ejecuciones o en actividades vinculadas al trabajo forzado y a los campos de concentración. Todo ello consolidó en buena medida la inmunidad para los antiguos criminales de guerra nazis, a los que se añadirían después nuevos criminales de guerra de diversas procedencias, proceso favorecido por la realidad plurilingüística y pluricultural del Canadá¹⁰.

Fue la presión social y, en primer lugar, de la comunidad judía en Canadá¹¹ la que acabaría generando un cambio de actitud en las autoridades canadienses.

3. EL CASO RAUCA, LA COMISIÓN DESCHNES, LAS REFORMAS LEGISLATIVAS DE 1987 Y EL BLOQUEO DE LA REPRESIÓN PENAL (1980-1994)

En 1978, Robert Kaplan, parlamentario por York, presentó un proyecto de Ley (C-215) que preveía modificar la Ley de Ciudadanía, en el sentido de establecer la pérdida de la ciudadanía canadiense para los condenados por la comisión de infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949¹². Posteriormente, en tanto que *Solicitor General* durante el Gobierno de Pierre Elliott Trudeau, entre 1980 y 1984, dio un nuevo impulso a la lucha contra la impunidad de los criminales nazis en Canadá, tratando de que diversos países europeos solicitaran extradiciones a Canadá, lo que se concretaría en un solo caso (Luitjens)¹³. Durante ese período

¹⁰ «Over time, in large measure because of the immunity that Canada gave Nazi mass murderers, Canada became a destination of choice for all mass murderers. Because the Nazis were so successful, each new wave of war crimes brought a new wave of war criminals to Canada.»; Matas, D., «The Struggle for Justice: Nazi War Criminals in Canada», cit. p. 11.

¹¹ Véanse los argumentos de David Matas, en «Prosecution in Canada for Crimes Against Humanity», *New York Law School Journal of International & Comparative Law*, Vol.11, 1990, pp. 347-355.

¹² Los Convenios de Ginebra que definen las infracciones graves se incorporaron al Derecho canadiense mediante la *Geneva Conventions Act*, 1964-1965, c.44, R.S.C. 1970; c. G-3. La propuesta de modificación no prosperó y fue retirada.

¹³ La extradición, solicitada por los Países Bajos, de Jacob Luitjens, fue rechazada por Canadá en 1983 aduciendo que el crimen de colaboración con el enemigo, por el que se pedía la extradición, no estaba incluido en el tratado bilateral de extradición. En todo caso Luitjens fue deportado a los Países Bajos y se modificó el tratado de extradición; Matas, D. «Remedies for Victims Abroad», *Remarks to the Seminar on the International Criminal Court for Victims of Human Rights Violations in Asia* February 27, 2004, Manila, Philippines; On-line, enero 2007, <http://www.lrwc.org/pub2.php?sid=35>.

se reactivó una anterior solicitud de extradición por parte de la República Federal de Alemania en la persona de Albert Helmut Rauca.

Se volverá sobre este caso inmediatamente, pero antes es oportuno mencionar que también en esa misma etapa se aprobó la Carta canadiense de derechos y libertades¹⁴, que constituye la parte primera de la Ley Constitucional de 1982, adoptada durante el período de gobierno de Trudeau, y viene a dotar de mayor rango legal y por tanto a uniformizar a nivel federal el catálogo de derechos y libertades reconocidos anteriormente por la Declaración canadiense de derechos, contenida en una Ley federal de 1960¹⁵.

Regresemos, pues, al caso Rauca. Canadá había respondido ya en 1964 a una petición de información de la República Federal de Alemania negando que estuviera viviendo en Canadá, a pesar de que residía con su propio nombre en Toronto como ciudadano canadiense. La República Federal de Alemania solicitó a Canadá la extradición de Albert Helmut Rauca, de origen alemán, en el marco del tratado de extradición concluido por ambos países en 1979. Se le atribuía la participación en el asesinato de más de diez mil personas en Kaunas, en la Lituania ocupada por Alemania, en unos pocos días entre 1941 y 1943. Rauca había emigrado a Canadá en 1950 y había obtenido la ciudadanía canadiense. La Ley de extradición vigente en Canadá¹⁶ no impedía la extradición de los ciudadanos canadienses, aunque requería la existencia de un acuerdo bilateral de extradición con el país solicitante. En este caso el acuerdo dejaba un margen de discrecionalidad al gobierno para autorizar o no la extradición de los nacionales.

Rauca fue detenido en junio de 1982¹⁷ y sometido al procedimiento judicial de extradición. Rauca perdió el juicio en primera instancia en la *High Court of Justice* de Ontario¹⁸ y también la apelación ante la *Ontario*

¹⁴ *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Part I of the *Constitution Act*, 1982, being Schedule B of the *Canada Act 1982* (U.K.), 1982, c. 11. Entró en vigor el 17 de abril de 1982. Sobre la misma, veáanse los trabajos publicados en Mitjans, E. (ed.), Castellá, J.M. (coord.), *Derechos y libertades en Canadá*, Atelier, Barcelona, 2005; en particular los de J. Woehrling «Las consecuencias de la aplicación de la Carta de derechos y libertades en la vida política y democrática y en el federalismo en Canadá», pp. 93-121; y Oliveras Jané, N., «La constitucionalización de los derechos y libertades: de la supremacía parlamentaria a la supremacía de la Constitución», pp. 43-68. En relación con el Derecho internacional, véase Green, L.C., «The Canadian Charter of Rights and International Law», 20 *Can. Y.B. Int'l L.* 1982, pp. 3 ss.; y Schabas, W., *International Human Rights Law and the Canadian Charter*, 2.^a ed., Carswell, Toronto, 1996.

¹⁵ *Canadian Bill of Rights*, R.S.C. 1960, c. 44).

¹⁶ *Extradition Act*, R.S.C. 1970, c. E-21.

¹⁷ *Her Majesty The Queen and The Federal Republic of Germany v. Albert Helmut Rauca*, 1982, 30 C.R. (3d) 97 (Ont.H.C.J.).

¹⁸ 1983, 38 O.R. (2d) 705 (Ont.H.C.J.).

*Court of Appeal*¹⁹. Los dos principales argumentos de la defensa de Rauca fueron que la Ley de extradición era incompatible con la Carta Canadiense de Derechos y Libertades de 1982, en la medida en que contradecía el derecho reconocido en el artículo 6 de la Carta a todos los ciudadanos a entrar, permanecer y salir de Canadá, y que la República Federal de Alemania carecía de jurisdicción sobre los hechos sucedidos en Lituania durante la segunda guerra mundial y por tanto fuera del territorio alemán²⁰.

En relación con el primer aspecto ambos tribunales apreciaron que efectivamente no se había respetado el derecho de movilidad reconocido, pero entendieron que, de acuerdo con el artículo primero de la Carta cabía someter a los derechos y libertades reconocidos a restricciones razonables, previstas por la ley y que estuvieran justificadas en una sociedad libre y democrática²¹, requisitos que se reunían en el caso concreto.

En relación con el segundo aspecto, ambos tribunales reconocieron como suficiente la jurisdicción que Alemania ejerció *de facto* sobre Lituania durante la segunda guerra mundial, entre junio de 1941 y agosto de 1944, territorio en el que se aplicó plenamente la legislación alemana, sin entrar en detalles sobre la continuidad entre la Alemania nazi y la República Federal de Alemania y sin recurrir en su argumentación al principio de jurisdicción universal²².

Rauca fue pues extraditado el 20 de mayo de 1983 a la República Federal de Alemania, donde falleció en prisión en octubre de ese mismo año, a la espera de juicio. Fue el primer, y único hasta ahora, caso de extradición de un criminal de guerra de la segunda guerra mundial en Canadá.

En los años siguientes y en parte por la polémica pública relativa a la posible implicación de quien fuera Secretario General de la ONU entre 1972 y 1981 y Presidente de Austria entre 1986 y 1992, Kurt Waldheim, hubo cierta revitalización del interés de algunos Estados occidentales, como Estados Unidos, Australia o el Reino Unido, en torno a la persecución de antiguos criminales de guerra²³.

¹⁹ 1983, 4 C.C.C. (3d) 385 (Ont.C.A.).

²⁰ Sobre el caso vid. Laforest, A.W. – Maragh, K., «Her Majesty The Queen and The Federal Republic of German v. Albert Helmut Rauca», 33 *University of New Brunswick Law Journal (U.N.B.L.J.)* 1984, 333-341.

²¹ Según el artículo 1 de la Carta: «Guarantee of Rights and Freedoms. 1. The Canadian Charter of Rights and Freedoms guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.»; *Canada Act 1982* (U.K.), 1982, c. 11.

²² A diferencia, por ejemplo, del proceso coetáneo de extradición que tuvo lugar en Estados Unidos en relación con la solicitud de extradición por Israel de John Demjanjuk.

²³ Green, L. C., «Canadian Law, War Crimes and Crimes against Humanity», cit., pp. 218-221. Sobre el Reino Unido, véase Richardson, A.T., «War Crimes Act 1991», *The*

En particular, la denuncia, en 1985, de que Josef Mengele, uno de los médicos asignados al campo de concentración de Auschwitz, habría solicitado la residencia en Canadá en 1962 con el conocimiento de las autoridades canadienses, e incluso de que podía haber estado residiendo efectivamente en Canadá, junto con otras denuncias similares, además del impacto del caso Rauca, generó un clima de preocupación entre la opinión pública que llevó al nuevo gobierno, presidido por Brian Mulroney a anunciar, en febrero de 1985, la creación de una Comisión independiente de investigación, presidida por el juez de la Corte de Apelación de Québec, Jules Deschênes²⁴, con objeto de comprobar si efectivamente Canadá se había convertido en lugar de refugio para un número significativo de criminales de guerra nazis y, en su caso, cuando y cómo habían entrado en el país y de proponer los mecanismos jurídicos necesarios para llevarlos ante la justicia²⁵.

3.1. EL INFORME DE LA COMISIÓN DESCHÊNES

Tras una ardua investigación, no exenta de tensiones en el plano de la opinión pública, la Comisión presentó su informe a finales de 1986 conteniendo dos partes, una con un contenido general y de carácter público²⁶, y otra confidencial, relativa a la investigación de casos concretos. En relación con 29 personas, la Comisión había encontrado pruebas que parecían

Modern Law Review, 55:1 January 1992, pp. 73-87; Torroja, H., «Accountability for Crimes Against International Law in Canada: An overview and a comparison with UK practices», en Ch.P.M. Waters (Ed.), *British and Canadian Perspectives on International Law*, Koninklijke Brill NV, Leiden, 2006, pp. 74-75. Para los Estados Unidos, véase Paust, J.J., «Universality and the Responsibility to Enforce International Criminal Law: No U.S. Sanctuary for Alleged Nazi War Criminals», 11 *Houston Journal of International Law* 337, 1988-1989; Reiss, R.H., «The Extradition of John Demjanjuk: War Crimes, Universality Jurisdiction, and the Political Offense Doctrine», 20 *Cornell International Law Journal*, 1987 (*Cornell Int'l L. J.*), pp. 284-290; Rutledge, K.D., «Giving the Devil is Due: The Pursuit & Capture of Nazi War Criminals – A Call for Retributive Justice in International Criminal Law», 3 *Regent Journal of International Law*, 27, 2005. Para el caso de Australia, Greenwood R., «Our Failure on Nazi War Criminals in Australia», *Australia/Israel Review*, Vol. 20, No. 1, 1-31 January, 1995; Zuroff, E., «Not too late for justice. Nazi war criminals face their accusers» *Australia/Israel Review*, Vol.26, No. 5; May 2001.

²⁴ Más tarde elegido entre los primeros Magistrados del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia (1993-1997). Falleció en mayo de 2000.

²⁵ Sobre los límites de la legislación anterior basada en la *War Crimes Act* de 1946, véase Green, L. C., «Canadian Law, War Crimes and Crimes against Humanity», cit., pp. 221 ss.

²⁶ *Commission of Inquiry on War Criminals Report. Part I.Public* (1986).

indicar la comisión de crímenes de guerra y había recomendado las medidas a adoptar en cada caso.²⁷

La Comisión constató la presencia de criminales de guerra en Canadá así como las facilidades que habían tenido para establecerse en el país y recomendó que se encargara a la Real Policía Montada del Canadá y al Ministerio de Justicia la investigación de los casos estudiados y que se actuará combinando distintas respuestas en función de la realidad y las posibilidades de cada caso: acciones de policía de inmigración, persecución penal o extradición.

En relación con la vía penal la Comisión propuso reformar el Código Penal²⁸. Por una parte, para respetar los procedimientos ordinarios así como la aplicabilidad de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades, en la medida en que se consideraba la *War Crimes Act* de 1946 como superada e inadecuada a los parámetros de trato exigidos por la Carta²⁹. Por otra parte, ante la constatación de que tampoco la Geneva Conventions Act,³⁰ resolvía el problema, por cuanto no cabía su aplicación retroactiva. En concreto la Comisión propone tratar los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad de la misma manera que si hubieran sido cometidos en Canadá, a través de la modificación del Código Penal.

²⁷ La Comisión trabajó finalmente sobre una relación de 774 nombres, más una lista complementaria de 38 nombres y una lista de 71 científicos y técnicos alemanes. En relación con las 774 personas de la lista principal, la Comisión concluye que 341 no habían sido jamás admitidas ni habían residido en Canadá; que 21 habían sido admitidas pero se habían establecido en otros países; que 86 habían fallecido en Canadá, y que 4 no habían podido ser localizados en Canadá. Por otra parte, la Comisión no había hallado ningún indicio de participación en crímenes de guerra en los expedientes de otras 154. Por tanto consideraba que había que cerrar 606 expedientes. Además, la Comisión no había podido, por razones de tiempo, investigar la lista complementaria ni la de científicos y técnicos. Respecto de las 168 personas restantes, en la mayoría de los casos la Comisión no encontró pruebas de crímenes de guerra pero era de la opinión que dichas pruebas podían encontrarse en sus países de origen. En otros, la Comisión no había recibido respuesta a las solicitudes remitidas a autoridades extranjeras. Con carácter general, la Comisión recomendó la modificación del Código Penal para permitir la persecución penal en Canadá, la modificación de la Ley de extradición y de los tratados de extradición con objeto de facilitar la extradición de los individuos reclamados por crímenes de guerra por parte de otros países, y la modificación de las leyes y reglamentos relativos a la revocación de la ciudadanía y a la expulsión. G.Purves, *War Crimes: The Deschênes Commission*, Parliamentary Research Branch, *Current Issue Review* 87-3E, 16 October 1998.

²⁸ En concreto el Artículo 6 del *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34; Fenrick, W.J., «The Prosecution of War Criminals in Canada», cit., pp. 292-293.

²⁹ *Commission of Inquiry on War Criminals Report*, p. 123: «No prosecution for Nazi war crimes can be successfully launched under the War Crimes Act as it now stands.» Una afirmación que Green discute en «Canadian Law, War Crimes and Crimes against Humanity», cit., pp. 234-235.

³⁰ *Geneva Conventions Act*, 1964-1965, c.44, R.S.C. 1970; c. G-3. Green, L. C., «Canadian Law, War Crimes and Crimes against Humanity», cit., pp. 225.

En relación con la Ley de extradición, la Comisión propuso modificar su Artículo 36 con objeto de hacerla aplicable a los crímenes de guerra cometidos antes de la entrada en vigor de los respectivos tratados de extradición.

En relación con la posibilidad de expulsión, aunque el Derecho canadiense no permite que los ciudadanos de origen puedan ser privados de su ciudadanía ni expulsados, sí permite que los ciudadanos naturalizados puedan ser privados de su ciudadanía y en consecuencia ser susceptibles de expulsión. Para ello hay que probar que obtuvieron su ciudadanía mediante fraude, ocultando hechos relevantes³¹. En relación con esta vía abierta de actuación la Comisión recomendó articular procesos judiciales tanto en lo relativo a la privación de la ciudadanía como a la expulsión y tramitar ambos aspectos conjuntamente, resolviendo primero la cuestión de la desnaturalización y permitiendo una apelación conjunta para ambas decisiones.

Además la Comisión recomendó modificar la Ley de ciudadanía y la Ley de inmigración, así como los procedimientos de tramitación de los expedientes, para obstaculizar la concesión de la ciudadanía a los criminales de guerra y para facilitar su revocación.

Además de las reformas legales que serán tratadas a continuación, el Gobierno anunció, en marzo de 1987, la persecución penal o la revocación de la ciudadanía y la deportación de quienes hubieran estado implicados en la comisión de crímenes de Guerra o crímenes contra la humanidad. En la práctica, sin embargo, dio prioridad a la vía penal. En consecuencia, el Ministerio de Justicia creó la Sección de crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra con objeto de afrontar la investigación y la acción judicial en relación con tales casos. Igualmente se mantuvo la Unidad de Investigaciones Especiales, establecida inicialmente en 1985 en el seno de la Real Policía Montada del Canadá (RPMC), para apoyar a la Comisión *Deschênes*. Y también se creó una unidad específica en el Ministerio de Ciudadanía e Inmigración.

³¹ «10. (1) Subject to section 18 but notwithstanding any other section of this Act, where the Governor in Council, on a report from the Minister, is satisfied that any person has obtained, retained, renounced or resumed citizenship under this Act by false representation or fraud or by knowingly concealing material circumstances,

(a) the person ceases to be a citizen, or

(b) the renunciation of citizenship by the person shall be deemed to have had no effect, as of such date as may be fixed by order of the Governor in Council with respect thereto.

Presumption

(2) A person shall be deemed to have obtained citizenship by false representation or fraud or by knowingly concealing material circumstances if the person was lawfully admitted to Canada for permanent residence by false representation or fraud or by knowingly concealing material circumstances and, because of that admission, the person subsequently obtained citizenship.» *Citizenship Act* (L.R., 1985, ch. C-29); 1974-75-76, (ch. 108), s. 9.

El Programa de crímenes de guerra, creado en 1988, se centraba inicialmente en los crímenes de la Segunda Guerra Mundial, aunque en 1998 sería ampliado a otros crímenes. La RPMC, con el apoyo del Ministerio de Justicia asumiría las investigaciones; el Ministerio de Ciudadanía e Inmigración se ocuparía de prevenir la entrada de personas sospechosas de haber participado en la comisión de tales crímenes y de las sanciones relativas a las infracciones de las normas relativas a la inmigración y al estatuto de los refugiados para quienes ya se encontraran en Canadá y, si fuera el caso, de revocar dicha naturalización³². Por su parte el Ministerio de Justicia intervendría siempre que hubiera que acudir a los tribunales.

3.2. LAS REFORMAS LEGISLATIVAS DE 1987

El Gobierno presentó, en enero de 1987, un proyecto de Ley con el objeto de modificar el Código Penal³³, la Ley de Inmigración y la Ley de Ciudadanía. El proyecto fue aprobado por el Parlamento en agosto de ese mismo año³⁴.

En relación con el Código Penal, las modificaciones del Artículo 6, que siguen, en general, las recomendaciones de la Comisión Deschênes³⁵, establecen que, para los casos en que una persona cometa fuera de Canadá un acto u omisión que constituya un crimen de guerra o un crimen con-

³² La Comisión de la Inmigración y del Estatuto del Refugiado (CIER) es el tribunal administrativo que adopta las decisiones relativas a las solicitudes de inmigración y refugio. Está estructurada de hecho en tres secciones: Sección de la protección de los refugiados, Sección de la inmigración y Sección de apelación de la inmigración. Aunque en 2001 se creó una Sección de apelación de los refugiados, esta previsión legal no se ha llevado a la práctica. Ello ha dado lugar a numerosas quejas, entre otras instituciones, del Consejo Canadiense para los Refugiados, *Document d'information sur la Section d'appel des réfugiés*, disponible en www.ccrweb.ca. La ausencia de un mecanismo de apelación también ha sido criticada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, «Report on the Situation of Human Rights of Asylum Seekers within the Canadian Refugee Determination System», OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 40 rev., February 28, 2000; y por el Comité de las Naciones Unidas contra la Tortura, en el caso Falcón Ríos; Doc. CAT/C/33/D/133/1999, 17 December 2004, Communication No. 133/1999: Canada. 17/12/2004.

³³ Los crímenes internacionales establecidos mediante normas de derecho internacional consuetudinario o convencional no forman parte del Derecho penal canadiense hasta su recepción mediante una enmienda al Código penal u otra disposición legal. Igualmente las excepciones al principio de territorialidad requieren una enmienda al Código Penal que las establezca expresamente; véase Williams, S.A. «The Criminal Law Amendment Act 1985: Implications for International Criminal Law», 23 *Can. Y.B. Intl' L.* 1985, pp. 228-229.

³⁴ *An Act to amend the Criminal Code, the Immigration Act and the Citizenship Act*, S.C. 1987, c. 37 [R.S.C. 1985, c. 30 (3rd Supp.)]. Entró en vigor el 16 de septiembre de 1987.

³⁵ Vid. Olivier, M.-P., «L'obligation de juger ou d'extrader dans la pratique contemporaine du Canada», *Revue Québécoise de Droit International*, Vol. 10,1 (1997), pp. 149-154.

tra la humanidad³⁶ y que, si hubiera sido cometido en Canadá constituiría un delito de acuerdo con las leyes vigentes en ese momento, los tribunales canadiense tendrán jurisdicción para conocer de esos hechos cometidos fuera de Canadá, como si hubieran sido cometidos en territorio canadiense. No obstante se requiere: a) que el autor del crimen sea un ciudadano canadiense o una persona al servicio de Canadá, o un ciudadano de un Estado que esté en guerra con Canadá o una persona al servicio de dicho Estado, o que la víctima posea la ciudadanía canadiense o de un país aliado de Canadá durante un conflicto armado; o b) que Canadá en el momento de los hechos hubiera podido ejercer jurisdicción sobre estos individuos conforme al derecho internacional de haber estado en Canadá y que el autor del crimen se encuentre posteriormente en Canadá. Además la persecución penal necesita del previo consentimiento escrito del Fiscal General (cargo que ocupa el Ministro de Justicia), en cuyo nombre se lleva a cabo³⁷.

³⁶ Sobre la reforma del código penal, véase Torroja Mateu, H., «La competencia de la jurisdicción canadiense en materia de crímenes de Derecho internacional: el trayecto hacia un refugio inseguro», 11 *Revista Electrónica de Estudios Internacionales (REEI)* (2006); www.reei.org, pp. 6-9. Sobre la caracterización de los crímenes contra la humanidad en la enmienda al Código Penal, véase Joffe, A. «Les crimes contre l'humanité dans le Code criminel: Une contribution canadienne au droit international», op.cit., pp. 59 ss; Jacquart, M., «La notion de crime contre l'Humanité en droit international contemporain et en droit canadien», 21 *Revue générale de droit (R.G.D.)* (1990), pp. 641 ss.

³⁷ Se modifica el que era entonces artículo 6 del Código Penal: «7.(3.71) Notwithstanding anything in this Act or any other Act, every person who, either before or after the coming into force of this subsection, commits an act or omission outside Canada that constitutes a war crime or a crime against humanity and that, if committed in Canada, would constitute an offence against the laws of Canada in force at the time of the act or omission shall be deemed to commit that act or omission in Canada at that time if,

(a) at the time of the act or omission,

(i) that person is a Canadian citizen or is employed by Canada in a civilian or military capacity,

(ii) that person is a citizen of, or is employed in a civilian or military capacity by, a state that is engaged in an armed conflict against Canada, or

(iii) the victim of the act or omission is a Canadian citizen or a citizen of a state that is allied with Canada in an armed conflict; or

(b) at the time of the act or omission, Canada could, in conformity with international law, exercise jurisdiction over the person with respect to the act or omission on the basis of the person's presence in Canada and, subsequent to the time of the act or omission, the person is present in Canada.[...]

(3.75) Notwithstanding any other provision of this Act, no proceedings may be commenced with respect to an act or omission referred to in subsection (3.71) without the personal consent in writing of the Attorney General or Deputy Attorney General of Canada, and such proceedings may only be conducted by the Attorney General of Canada or counsel acting on his behalf.» *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, as amended by S.C. 1987, c. 37, ss. 1-2. Después denominado como *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, s.7.

La reforma define los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra, precisando que lo son con independencia de que constituyan delitos de acuerdo con las leyes vigentes en el lugar de su comisión:

«(3.76) ... ‘crime against humanity’ means murder, extermination, enslavement, deportation, persecution or any other inhumane act or omission that is committed against any civilian population or any identifiable group of persons, [...] and that, at that time and in that place, constitutes a contravention of customary international law or conventional international law or is criminal according to the general principles of law recognized by the community of nations; ‘war crimes’ means an act or omission that is committed during an international armed conflict, [...] and that, at that time and in that place, constitutes a contravention of the customary international law or conventional international law applicable in international armed conflicts»³⁸.

Por otra parte, el hecho de que el presunto autor haya sido juzgado y condenado en otro país por los mismos hechos no podrá ser alegado como defensa, si dicho juicio se celebró en rebeldía y por tanto la condena no ha sido cumplida.

La Ley de Inmigración³⁹ y sus reglamentos fueron sometidos a distintas modificaciones, para incorporar tanto la prohibición de la entrada en Canadá de una persona respecto de la cual hubiera razones suficientes para creer que había cometido un crimen contra la humanidad o un crimen de

Se trata en este caso, de una combinación de los principios de personalidad activa, personalidad pasiva –ampliada a los aliados durante un conflicto armado– y jurisdicción universal, en su versión limitada en la medida en que exige la presencia en Canadá de la persona a la que se pretende procesar. En opinión de Green, esta modificación no comporta el establecimiento de una jurisdicción universal; Green, L. C., «Canadian Law, War Crimes and Crimes against Humanity», cit., pp. 229. En contra, Jacquart, M., «La notion de crime contre l’Humanité en droit international contemporain et en droit canadien», cit. pp. 643-644.

³⁸ «La técnica jurídica consiste en remitir la tipificación de los crímenes contra la humanidad y de los crímenes de guerra al derecho internacional consuetudinario y convencional en ambos casos, así como a los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad de naciones, únicamente en el caso de los crímenes contra la humanidad. De manera que la norma internacional vigente en el momento de la comisión del acto u omisión era la que tipificaba directamente estos crímenes, con independencia de que ello constituyera o no una violación del derecho en vigor en el momento y lugar de su comisión (así, se excluía la defensa de obediencia a la ley local)»; Torroja Mateu, H., «La competencia de la jurisdicción canadiense en materia de crímenes de Derecho internacional: el trayecto hacia un refugio inseguro», cit., p. 9.

³⁹ *Immigration Act*, R.S.C., c. I-2, 1985.

guerra. como la posibilidad de expulsar a una persona en las mismas circunstancias si había entrado en el país después de la entrada en vigor de la Ley⁴⁰. Igualmente se previó la exclusión de la consideración de refugiado de las personas sobre las que hubiera fundamentos razonables para creer que habían sido cómplices en la comisión de crímenes contra la humanidad, lo que facilitaría su expulsión. Más tarde se actualizaron los tipos de criminalidad que impedirían la entrada en Canadá, incluyendo a los altos responsables de ciertos regímenes políticos implicados en actos de terrorismo o en graves violaciones de los derechos humanos, incluidos en una lista establecida por el Ministro de Ciudadanía e Inmigración⁴¹. Igualmente se estableció la posibilidad de que el Ministro deniegue la posibilidad de solicitar la condición de refugiado a las personas consideradas como criminales de guerra o como miembros de los regímenes incluidos en la lista, si considera contrario al interés público la tramitación de dicha solicitud.⁴² Finalmente, en mayo de 1997⁴³, se eliminó la posibilidad de revisión del caso por motivos humanitarios antes de la expulsión, para las

⁴⁰ «... persons who there are reasonable grounds to believe have committed an act or omission outside Canada that constituted a war crime or a crime against humanity within the meaning of subsection 6(1.96) of the Criminal Code or that, if it had been committed in Canada, would have constituted an offence against the laws of Canada in force at the time of the act or omission.» *An Act to amend the Immigration Act and other Acts in consequence thereof*, R.S.C., c. 49, 1992.

⁴¹ *An Act to amend the Immigration Act and the Citizenship Act and to make a consequential amendment to the Customs Act*, R.S.C., c.15, 1995. Hasta el 23 de octubre de 2000, fecha de la entrada en vigor de la Crimes Against Humanity and War Crimes Act, el texto del artículo 19.1 era el siguiente:

«19. (1) (inadmissible persons) – No person shall be granted admission who is a member of any of the following classes:[...]

(j) persons who there are reasonable grounds to believe have committed an act or omission outside Canada that constituted a war crime or a crime against humanity within the meaning of subsection 7(3.76) of the Criminal Code and that, if it had been committed in Canada, would have constituted an offence against the laws of Canada in force at the time of the act or omission;

(l) persons who are or were senior members of or senior officials in the service of a government that is or was, in the opinion of the Minister, engaged in terrorism, systematic or gross human rights violations or war crimes or crimes against humanity within the meaning of subsection 7(3.76) of the Criminal Code, except persons who have satisfied the Minister that their admission would not be detrimental to the national interest.»

⁴² «46.01(1) (Access Criteria) – A person who claims to be a Convention Refugee is not eligible to have the claim determined by the Refugee Division if the person

(e) has been determined by an adjudicator to be [...]

(ii) a person described in paragraph 19(1)(e),(f), (g), (j), (k), or (l) and the Minister is of the opinion that it would be contrary to the public interest to have the claim determined under this Act.»

⁴³ *An Act to amend the Citizenship Act and the Immigration Act*, R.S.C., c. 22, 1997.

personas excluidas de la condición de refugiado de acuerdo con al Artículo 1Fa de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, de 1951⁴⁴, cuyo texto dispone:

«Artículo 1.–Definición del término «refugiado»

[...] F. Las disposiciones de esta Convención no serán aplicables a persona alguna respecto de la cual existan motivos fundados para considerar:

a) Que ha cometido un delito contra la paz, un delito de guerra o un delito contra la humanidad, de los definidos en los instrumentos internacionales elaborados para adoptar disposiciones respecto de tales delitos; [...]

Por último, en relación con las modificaciones de la Ley de Ciudadanía⁴⁵, se añade a las circunstancias que impiden la obtención de la ciudadanía canadiense, las de que la persona solicitante sea objeto de una investigación o haya sido acusada o declarada culpable de un crimen contra la humanidad o de un crimen de guerra⁴⁶.

3.3. LA VÍA DE LA PERSECUCIÓN PENAL: EL CASO FINTA

William Fenrick, un militar con responsabilidades durante un largo período en el Ministerio de Defensa canadiense, escribía a finales de los años ochenta que la historia de la política canadiense relativa a los crimi-

⁴⁴ Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, Ginebra, Suiza, 28 de julio de 1951; *UNTS*, N.º 2545, Vol. 189, p. 137. *BOE* núm. 252, de 21 de octubre de 1978 y corrección de errores en *BOE* núm. 272, de 14 de noviembre de 1978. Sobre la aplicación de esta disposición en Canadá, véase Weisman, N. «Article 1 F (a) of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees in Canadian Law», *International Journal of Refugee Law*, Vol.8, no 1-2, 1996, pp. 111-143.

⁴⁵ *Citizenship Act*, C-29, 1985.

⁴⁶ Hasta el 23 de octubre de 2000, fecha de la entrada en vigor de la *Crimes Against Humanity and War Crimes Act*:

«22. (1) (Prohibition) Notwithstanding anything in this Act, a person shall not be granted citizenship under section 5 or subsection 11(1) or administered the oath of citizenship [...] (c) while the person is under investigation by the Minister of Justice, the Royal Canadian Mounted Police or the Canadian Security Intelligence Service, or is charged with, on trial for, subject to or a party to an appeal relating to, an act or omission referred to in subsection 7(3.71) of the Criminal Code;

(d) if the person has been convicted of an offence in respect of an act or omission referred to in subsection 7(3.71) of the Criminal Code.»

nales de guerra nazis había sido esencialmente la de cuarenta años de apatía⁴⁷. Esa situación cambió tras la aplicación de las recomendaciones de la Comisión Deschênes.

Entre 1987 y 1992 se presentaron cargos contra cuatro personas con arreglo al modificado Código Penal, aunque finalmente ninguna de ellas llegaría a ser condenada: Imre Finta (en 1988), Michael Pawlowski (en 1989), Stephen Reistetter (en 1990) y Radislav Grujicic (en 1992). En los tres últimos casos ni siquiera se llegó a terminar el juicio.

El 15 de diciembre de 1989, Michael Pawlowski fue acusado de la comisión de diversos asesinatos en Bielorrusia durante el verano de 1942. Pero por dos veces, el juez canadiense estimó que permitir el envío de una comisión rogatoria a la URSS con el fin de interrogar a ciertos testigos sería incompatible con el derecho del acusado a un juicio justo⁴⁸. La Corte Suprema rechazó la apelación contra esta decisión el 6 de febrero de 1992 y la fiscalía tuvo que renunciar a proseguir la persecución.

Stephen Reistetter fue acusado, en enero de 1990, de haber participado en la deportación de 3.000 judíos a los campos de exterminio en Eslovaquia, en 1942, mientras era miembro del Partido del Pueblo Eslovaco, fundado por el sacerdote católico Andrej Hlinka. En febrero de 1990, un juez de la Corte Suprema de Ontario ordenó el envío de una comisión rogatoria a Checoslovaquia para interrogar a ciertos testigos. Pero poco antes de la formulación de las conclusiones de las partes previas al juicio, en marzo de 1991, la fiscalía retiró los cargos ante el fallecimiento de dos testigos, por carecer de pruebas suficientes para continuar con el proceso.

En diciembre de 1992 fue procesado Radislav Grujicic, antiguo agente de policía en Belgrado acusado de participación en secuestros y conspiración para cometer diversos asesinatos, desde sus funciones de selección de las personas que debían ser ejecutadas por ser comunistas o simpatizar con dicha ideología⁴⁹. Aunque el juicio llegó a iniciarse en abril de 1994, finalmente el proceso fue sobreseído en septiembre del mismo año⁵⁰, a causa de la mal salud del acusado que tenía entonces 83 años. Grujicic falleció poco después.

⁴⁷ Fenrick, W.J., «The Prosecution of War Criminals in Canada», cit., p. 257.

⁴⁸ R. v. Pawlowski (1992), 13 C.R. (4th) 228, [1992] O.J. No. 562 (Ont. Gen. Div. Mar 20, 1992).

⁴⁹ Según algunas fuentes, posteriormente fue colaborador de la CIA estadounidense y de la RPMC; <http://www.nizkor.org/ftp.cgi/people/ftp.py?people//g/grujicic.radislav/press/grujicic.001>.

⁵⁰ R. v. *Grujicic*, Ontario Court of Justice (General Division), Donnelly J., Judgment: September 12, 1994.

La primera y a la postre única persona a la que se juzgó en Canadá de acuerdo con la nueva legislación de 1987 fue Imre Finta (1912-2003)⁵¹. De nacionalidad húngara, ejerció como capitán de la Gendarmería Real de Hungría durante la segunda guerra mundial. Al terminar la guerra, Finta fue juzgado en rebeldía en Szeged y condenado a cinco años de cárcel, entre otras penas accesorias. Viajó a Canadá en 1951 y fijó su residencia en Toronto desde 1953. Obtuvo la ciudadanía canadiense en 1956 y vivió plácidamente como empresario de la restauración hasta 1988. El 18 de agosto de ese año fue procesado por los delitos de homicidio, secuestro, detención ilegal y robo, en relación con sus actividades de apoyo a las tropas nazis en la deportación forzada de 8.617 judíos de Szeged, Hungría, hacia los campos de concentración de Auschwitz y de Strasshof, durante los meses de mayo y junio de 1944, en aplicación de la *Baky Order*⁵². Tales delitos eran constitutivos, según la acusación, de crímenes de guerra o de crímenes contra la humanidad de acuerdo con los nuevos incisos 7(3.71 y 3.76) del Código Penal.

Finta confirmó que había participado en dichas actividades, supervisando la confiscación de objetos de valor en el centro de concentración de Szeged, situado en una fábrica de ladrillos, pero que no tenía una posición de autoridad en él, sino que estaba sujeto a las ordenes de las SS alemanas y que creyó que tales ordenes eran legales o, por lo menos, no creyó que fueran manifiestamente ilegales. Según su declaración, no era el responsable de la deportación posterior de las personas concentradas y no era consciente de que tal deportación fuera ilegal. Finalmente consideraba que el internamiento y a deportación de los judíos era una medida de seguridad necesaria en tiempo de guerra.

Finta fue absuelto el 25 de mayo de 1990, tras un juicio con jurado ante la High Court de Ontario, ante el Juez Campbell⁵³. La apelación posterior de la Fiscalía fue rechazada por la Corte de Apelación de Ontario en abril

⁵¹ Sobre el caso Finta, vid. Matas, D., «The Case of Imre Finta», 43 *U.N.B.L.J.* 1994, 281-297; Cotler, I. «Regina v. Finta [1994] 1 S.C.R. 701. Supreme Court of Canada, March 24, 1994», Vol. 90, n.º 3, *Am.J.Int'l L.* 1996, pp.460-476. Durante el proceso de Finta se produjo el estreno del film del director griego Constantin Costa-Gavras, *Music Box*, (Carollo Pictures, USA, 1989), que narra la historia de un emigrante húngaro, Mike Laszlo, en los Estados Unidos, identificado posteriormente como criminal de guerra. El juez en el caso Finta recomendó a los miembros del jurado que no vieran el film, para no verse influenciados por el mismo.

⁵² Orden 6163/1994 del Ministro del Interior de Hungría, donde se desarrollaba el plan para confinar, confiscar la propiedad y expulsar a los judíos de Hungría, de 7 de abril de 1944.

⁵³ 69 O.R. 2d 557 (Ont.H.C. 1989).

de 1992 por tres votos contra dos⁵⁴. La absolución fue confirmada por la Corte Suprema de Canadá el 24 de marzo de 1994, por cuatro votos contra tres⁵⁵. Igualmente la Corte rechazó por la misma mayoría dos peticiones de revisión, en junio y en diciembre de 1994.⁵⁶ Imre Finta falleció en Canadá a finales de 2003.

En este relevante caso, la estrategia de la defensa basada, entre otros aspectos, en la relativización de la gravedad de los crímenes mediante su comparación con cualesquiera otros delitos ordinarios, cuyo reproche se basaba en el mero hecho de su prohibición coyuntural en un momento histórico y en lugar determinado, en la utilización de prejuicios antisemitas⁵⁷ y en el argumento de que era razonable que Finta creyera que sus actos estaban justificados política y legalmente, consiguió atraer a los miembros del jurado y, en cierto modo, a la mayoría de los jueces hasta el punto que desde unos hechos respecto de los cuales la implicación del acusado estaba probada, hechos que el propio acusado apenas discutió, se llegó a un veredicto de absolución por el jurado en primera instancia, confirmado tanto en apelación como, finalmente, en la Corte Suprema.

Precisamente uno de los puntos de discusión fue el alcance de la función del jurado, lo que tiene una considerable trascendencia práctica, en la medida en que normalmente los crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad serán objeto de un juicio con jurado⁵⁸.

⁵⁴ 73 C.C.C. (3d) 65 (Ont.C.A.)(1992). Conformaron la mayoría los jueces Arbour, Osborne y Doherty. Disintieron los jueces Dubin y Tarnopolsky. Louise Arbour sería más tarde Fiscal del Tribunal Internacional para la antigua Yugoslavia y el Tribunal Internacional para Ruanda y actualmente es Alta Comisaria de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

⁵⁵ [1994] 1 S.C.R. 701 (S.C.C.). Conformaron la mayoría los jueces Lamer (Presidente), Gonthier, Cory y Major. Disintieron los jueces La Forest, L'Heureux-Dubé y McLachlin.

⁵⁶ 1994 S.C.B. 1074 y 1994 S.C.B. 1963.

⁵⁷ El abogado principal de Imre Finta fue Doug Christie, quien había defendido anteriormente en Canadá al conocido revisionista del holocausto, Ernst Zündel, actualmente encarcelado en Alemania, donde cumple una condena de cinco años. Una dura crítica de su estrategia de defensa y también de su escasa contestación por los jueces, puede verse en Matas, D., «The Case of Imre Finta», cit., pp. 2 ss. Véase en relación con este aspecto las consideraciones de la mayoría en la Corte de Apelación (73 Ontario Court of Appeal (1992), pars. 213 ss, y las del Juez Cory en nombre de la mayoría de la Corte Suprema; [1994] 1 S.C.R. 701, pp. 169 ss.

⁵⁸ El juicio con jurado es un derecho reconocido a los acusados por los delitos más graves, mencionados en el artículo 469 del Código Penal, entre los que están los previstos en los artículos 4 a 7 de la *Crimes Against Humanity and War Crimes Act*; R.S.C., 1985, c. C-46, s. 469; R.S.C., 1985, c. 27 (1st Supp.), s. 62; 2000, c. 24, s. 44. Sin embargo, el artículo 473 dispone que: «(1) Notwithstanding anything in this Act, an accused charged with an offence listed in section 469 may, with the consent of the accused and the Attorney General, be tried without a jury by a judge of a superior court of criminal jurisdiction.»

De acuerdo con la posición del Fiscal, de la redacción del Artículo 7(3.71) del Código Penal debía deducirse que el jurado debía determinar si los hechos eran constitutivos de los delitos de homicidio, secuestro, detención ilegal y robo previstos en el Código Penal. En ese caso correspondería al juez y no al jurado decidir si los hechos atribuidos a Finta constituían además crímenes de guerra o crímenes contra la humanidad, en la medida en que de ese análisis se desprendería un efecto de atribución de la jurisdicción a Canadá. Dicha posición fue rechazada tanto por el Juez como por las mayorías de la Corte de Apelación y de la Corte Suprema.

Según los jueces Arbour, Osborne and Doherty de la Corte de Apelación:

«It is hornbook law that in a trial by a court composed of a judge and jury, the judge decides questions of law and instructs the jury as to the relevant law. The jury weighs the evidence, determines the facts, applies the law to those facts and renders a verdict [...] The designation of the judge as the master of the law and the jury as the master of the facts is fundamental to the institution of trial by jury⁵⁹.

En opinión de la mayoría:

«The language of s. 7(3.71) leaves no doubt as to its purpose. It was designed to give offences created by the Criminal Code extraterritorial scope provided that the relevant act or omission would have constituted an offence against the Criminal Code when it was committed had it occurred in Canada, and provided that the relevant act or omission constituted a war crime or a crime against humanity. Section 7(3.71) defines the conduct which by virtue of that section constitutes a breach of the criminal law of Canada. All of the requirements of that section are essential elements of the offence. As in any criminal trial by jury, it is for the jury to determine on all of the evidence whether the Crown has established each essential element beyond a reasonable doubt. Consequently, it was for the jury to determine whether the acts or omissions which they held to be attributable to Finta constituted a war crime or a crime against humanity»⁶⁰.

⁵⁹ 73 C.C.C. (3d) 65 (Ont.C.A.)(1992), par. 67.

⁶⁰ 73 C.C.C. (3d) 65 (Ont.C.A.)(1992), par. 174. La posición contraria fue defendida por el Juez Tarnopolsky en la Corte de Apelación y por el Juez La Forest en la Corte Suprema, [1994] 1 S.C.R. 701, pp. 58 ss. Véase al respecto el comentario de Amerasinghe, C. A., «The Domestic Tribunals' Universal Jurisdiction for War Crimes and Crimes against Humanity: from Finta to Today», en Dumont, H., Boisvert, A.-M. (Dirs.), *La voie vers la Cour Pénale Internationale: Tous les chemins mènent à Rome*, Institut Canadien d'Administration de la Justice-Université de Montréal-Les Éditions Thémis, Montréal, 2004, pp. 494-495.

Además de ésta, las principales cuestiones, de acuerdo con Cotler⁶¹, que fueron objeto de discusión durante el caso Finta fueron cuatro, las dos primeras planteadas por la defensa y las dos últimas por el fiscal: la constitucionalidad de las nuevas disposiciones del Código Penal que permitían juzgar en Canadá crímenes cometidos fuera del país; el momento que los hechos imputados habían adquirido la condición de crímenes perseguibles; los elementos objetivos (*actus reus*) y subjetivos (*mens rea*) de los crímenes; y las excepciones de error de hecho y de obediencia a las ordenes superiores.

La constitucionalidad de las nuevas disposiciones del código penal fue resuelta como cuestión preliminar por el Juez Callaghan, el 26 de junio de 1989⁶². Aunque por parte de la defensa de Finta se alegó la retroactividad de las disposiciones contempladas como incompatible con la Carta Canadiense de Derechos y Libertades, el Juez estimó que la redacción del artículo 11(g) de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades, que establece el derecho a «not to be found guilty on account of any act or omission unless, at the time of the act or omission, it constituted an offence under Canadian or international law or was criminal according to the general principles of law recognized by the community of nations» eliminaba cualquier obstáculo constitucional a la persecución de los criminales de guerra y avalaba la legislación adoptada⁶³. Distinguiendo entre retroactividad y retrospectividad⁶⁴, el Juez Callaghan consideró que las disposiciones discutidas otorgaban a los tribunales canadienses una jurisdicción retrospectiva respecto de crímenes cometidos fuera de Canadá. No se había cambiado la consideración legal de los hechos sino los efectos de los mismos.

⁶¹ Cotler, I. «Regina v. Finta [1994] 1 S.C.R. 701. Supreme Court of Canada, March 24, 1994», cit., p. 462.

⁶² 50 C.C.C. (3d), 236. (Ont. H.C.).

⁶³ *Ibid.* En realidad, para Cotler, «... subsections 7(3.71)-(3.76) of the Criminal Code, Canada's war crimes legislation, constitute a legislative *response* to the incorporation of section 11(g) in the Charter, based notably upon the recommendations contained in the 1986 Report of the Commission of Inquiry on War Criminals, and upon the general principles of law «recognized by the community of nations».» «Regina v. Finta [1994] 1 S.C.R. 701. Supreme Court of Canada, March 24, 1994», cit. p.463.

⁶⁴ «A retroactive statute is one which is proclaimed to have effect as of a time prior to its enactment. The Statute operates backward and changes the law as some date prior to proclamation ... A retrospective statute is one which proclaims that the consequences of an act done prior to proclamation are to be given a different legal effect after proclamation as a result of the enactment of the statute. It operates only in the future, after proclamation, but changes the legal effect of an event which occurred prior to proclamation.» 50 C.C.C. (3d) 236 (Ont. H.C.). La decisión cita a Doherty, D.H., «What's Done Is Done: An Argument in Support of a Purely Prospective Application of the Charter of Rights», 26 *Crim. Rep.* 3d 121, (1982), p.125.

En relación con la segunda cuestión, la defensa de Finta puso en cuestión la existencia de categorías claras de crímenes de guerra y de crímenes contra la humanidad en el momento de comisión de los hechos, por lo que la imputación de tales crímenes era retroactiva y resultaba incompatible con la Carta Canadiense de Derechos y Libertades.

Puesto que la decisión final de la Corte Suprema, confirmando la posición del Juez Callaghan, se basaría en que la calificación de los crímenes era una cuestión sustancial y no meramente procedimental a los efectos de determinar la jurisdicción y de que corresponde al jurado analizar la existencia de los elementos de tales crímenes y no al juez, la determinación de la existencia o no de los crímenes de guerra y de los crímenes contra la humanidad en el momento de la comisión de los hechos era crucial.

Y en este punto hubo una coincidencia completa en las opiniones del Juez Callaghan y de los magistrados de la Corte de Apelación de Ontario y de de la Corte Suprema. En opinión del Juez:

«A brief review of international conventions, agreements and treaties, clearly demonstrate that, by World War II, war crimes or crimes against humanity were recognized as an offence at international law, or criminal according to the general principles of law recognized by the community of nations»⁶⁵.

Aunque, según la interpretación que daría después la Corte Suprema de Canadá, la nueva legislación había añadido dos nuevos delitos –los de crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad– al Código penal canadiense, tales crímenes no infringían la prohibición de retroactividad por cuanto ya era anteriormente considerados como crímenes por el derecho internacional⁶⁶.

El tercer aspecto, relativo a los elementos objetivos (*actus reus*) y subjetivos (*mens rea*) de los crímenes condicionó de manera determinante la decisión final de la Corte Suprema, como se ha puesto de relieve por dis-

⁶⁵ 69 O.R. 2d 557, 569. Véanse las opiniones del Juez La Forest y del Juez Cory, en la Corte Suprema [1994] 1 S.C.R. 701, pp. 44 ss. y 193-197, respectivamente.

⁶⁶ En la posición común de los jueces de la minoría, formulada por el Juez La Forest se dice que: «On a literal reading of s. 7(3.71), an appreciation of its legislative context along with analogous provisions in the Code and an understanding of its legislative history, I conclude that s. 7(3.71) is unquestionably intended to confer jurisdiction on Canadian courts to prosecute domestically, according to Canadian criminal law in force at the time of their commission, foreign acts amounting to war crimes or crimes against humanity. The provision does not create any new offences.» [1994] 1 S.C.R. p. 49.

tintos autores⁶⁷. En síntesis lo que se critica es que la Corte definió de manera errónea tales elementos, hasta el punto de crear artificialmente un umbral mucho más exigente para la apreciación de los elementos del crimen en Canadá que el existente en el derecho internacional.

De tal manera que la insistencia de los magistrados en calificar a los crímenes contra la humanidad como crímenes que chocan la conciencia o que conllevan un estigma abrumador⁶⁸, la exigencia de un elemento de discriminación, la identificación con actos crueles, terribles o bárbaros⁶⁹, la referencia a la generación de una repulsa pública particularmente grave, los hacía aparentemente distantes de los hechos imputados a Finta, como el robo o la detención ilegal.

No obstante, a este respecto hay que tener en cuenta que la definición en el derecho canadiense carecía de cualquier concepto de umbral similar al que luego se consagraría en derecho internacional, lo que explica el debate sobre la existencia o no de requisitos adicionales en el concepto de crimen contra la humanidad en Derecho internacional⁷⁰.

⁶⁷ Cotler, I., «Regina v. Finta [1994] 1 S.C.R. 701. Supreme Court of Canada, March 24, 1994», cit. pp. 467-473; Cryers, R., *Prosecuting International Crimes. Selectivity and the International Criminal Law Regime*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, p.121.

⁶⁸ «In the mind of the public those persons indicted for having committed crimes against humanity or war

crimes stand charged with committing offences so grave that they shock the conscience of all right-thinking people. The stigma that must attach to a conviction for such a crime is overwhelming.», Juez Cory; [1994] 1 S.C.R. 701, p.128.

⁶⁹ Según definición dada al jurado por el Juez de instancia y recogida en la opinión del Juez Cory: «What then is the nature of a war crime or inhumane act? In addition to the definition provided by the Code itself, the trial judge in this case gave the following definition of an inhumane act to the jury:

Inhumane. Inhuman, uncivilized. Not humane; destitute of compassion for suffering.

Inhumanity. The quality of being inhuman or inhumane; want of human feeling; brutality; barbarous cruelty.

Inhuman. Not having the qualities proper or natural to a human being; especially destitute of natural kindness or pity; brutal, unfeeling.

Brutal; barbarous; cruel.» [1994] 1 S.C.R. 701, p.134.

⁷⁰ Como se ha señalado, «... it is not surprising that the judges in the Finta case were left to argue among themselves as regards whether something more was required to constitute a crime against humanity than was required under regular Canadian criminal law which already outlawed, in one form or other, all the underlying crimes against humanity in international law. The majority thought there was; but the minority thought generally not. The point has now been clearly confirmed by the international criminal tribunals that there is an additional element that must be shown for a viable case of crime against humanity: ie the crime must have been committed as part of a widespread or systematic attack against a civilian population.»; Chile Eboe-Osuji, «In Sync at Last: Canadian Law and International Law of Crimes Against Humanity», November 2005, disponible en http://www.cciil-ccdi.ca/index.php?option=com_content&task=view&id=124&Itemid=76.

Igualmente, desde el punto de vista de los elementos subjetivos, la mayoría de la Corte Suprema, formuló un umbral elevado al exigir la prueba del conocimiento del autor no respecto de la comisión de un robo o una detención ilegal, sino de la comisión de un crimen contra la humanidad, caracterizado previamente como se ha indicado. En la formulación del Juez Cory:

«The mental element required to be proven to constitute a crime against humanity is that the accused was aware of or wilfully blind to facts or circumstances which would bring his or her act within the definition of a crime against humanity. However it would not be necessary to establish that the accused knew that his or her actions were inhumane. For example, if the jury was satisfied that Finta was aware of the conditions within the boxcars, that would be sufficient to convict him of crimes against humanity even though he did not know that his actions in loading the people into those boxcars were inhumane. Similarly for war crimes the Crown would have to establish that the accused knew or was aware of facts that brought his or her action within the definition of war crimes, or was wilfully blind to those facts. It would not be necessary to prove that the accused actually knew that his or her acts constituted war crimes ...»⁷¹.

Finalmente, la Corte Suprema acepta el juego de la excepción de obediencia a las órdenes superiores, en la medida en que Finta estaba inmerso en un ambiente propagandístico que difundía el mensaje de que los judíos eran desleales con su país y que debían ser expulsados, lo que «gave the defences of mistake of fact and obedience to superior orders an air of reality», en opinión del Juez Cory.⁷² De alguna manera el acusado no esta-

⁷¹ [1994] 1 S.C.R. 701; pp. 137-138. Tales exigencias son consideradas excesivas en su opinión disidente por el Juez La Forest «Most criminal offences require that there be a mens rea in relation to the basic act or omission. At times, but by no means invariably, some form of mens rea, sometimes knowledge, sometimes recklessness or even inadvertence, is required in relation to consequences and circumstances as well. In the present case, however, the trial judge insisted that there be a subjective mental element in relation to all the elements of the act that constitute the war crime or crime against humanity. [...] In my view, this is far too high a standard; a mens rea need only be found in relation to the individually blameworthy elements of a war crime or crime against humanity, not every single circumstance surrounding it.»; [1994] 1 S.C.R. 701; pp. 65-66.

⁷² El juez señala a estos efectos las siguientes circunstancias: (1) Finta's position in a para-military police organization; (2) the existence of a war; (3) an imminent invasion by Soviet forces; (4) the Jewish sentiment in favour of the Allied forces; (5) the general, publicly stated belief in newspapers in Hungary that the Jews were subversive and disloyal

ba en condiciones de desobedecer tales órdenes y, por otra parte, en opinión del Juez, un acusado no debe ser considerado culpable de un acto que no puede moralmente desobedecer⁷³.

Como ha señalado Cotler, de tal consideración puede inferirse serias consecuencias:

«An accused who committed international crimes could seemingly rely upon the existence of a pervasive racist and persecutorial attitude and policy as a defense. Under this rationale, defendants at Nuremberg could have argued that they did not possess the necessary *mens rea*; that they were killing Jews in the heat of battle and in defense of country; that Jews were hostile to the needs of the Nazi state; and that there was an ‘air of reality’ to these beliefs»⁷⁴.

A pesar de que la Corte confirmó la validez de las disposiciones del Código Penal que establecen la jurisdicción de Canadá sobre los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad, su razonamiento hacía muy difíciles las condenas, puesto que la Corte Suprema aceptó las alegaciones

to the war efforts of Hungary; (6) the universal public expression in the newspapers cited by one of the witnesses of approval of the deportation of Hungarian Jews; (7) the organizational activity involving the whole Hungarian state together with their ally, Germany, in the internment and deportation; (8) the open and public manner of the confiscations under an official, hierarchical sanction; (9) the deposit of seized property with the National Treasury or in the Szeged synagogue.» [1994] 1 S.C.R. 701, pp. 167-168. Al respecto, McManus, J., «A New era of accountability through domestic enforcement of International Law», Dumont, H., Boisvert, A.-M. (Dirs.), *La voie vers la Cour Pénale Internationale: Tous les chemins mènent à Rome*, Institut Canadien d'Administration de la Justice-Université de Montréal-Les Éditions Thémis, Montréal, 2004, p. 525.

⁷³ «Even where the orders are manifestly unlawful, the defence of obedience to superior orders and the peace-officer defence will be available in those circumstances where the accused had no moral choice as to whether to follow the order.» p.165. A pesar de que el coetáneo Artículo 7 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia aprobado mediante la Resolución 827 del Consejo de Seguridad, de 25 de mayo de 1993, que aprobaba a su vez el Informe del Secretario General (UN, Doc. S/25704, de 3 de mayo de 1993), establece, en su párrafo 4 que «El hecho de que un acusado haya actuado en ejecución de una orden de un gobierno o de un superior no le exonera de su responsabilidad penal, pero puede ser considerado como un motivo de disminución de la pena si el Tribunal Internacional lo estima conforme a la justicia». Idéntico texto recoge el artículo 6 del Estatuto del Tribunal Penal internacional para Ruanda, en su párrafo 4, aprobado mediante la Resolución 955, de 8 de noviembre de 1994. Pueden verse otras referencias en Pigrau Solé, A., «Elementos de Derecho Internacional Penal», *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria Gasteiz 1997*, Universidad del País Vasco, Tecnos, Madrid, 1998, pp. 172-143.

⁷⁴ Cotler, I., «Regina v. Finta [1994] 1 S.C.R. 701. Supreme Court of Canada, March 24, 1994», cit. 474.

de la defensa de actuación en calidad de agente del orden y de obediencia a las ordenes militares, congruentes con una realidad basada en la propaganda. Para la Corte toda organización policial o militar comporta un componente de obediencia que debe ser tenido en cuenta en relación con el comportamiento de sus miembros y, por otra parte, la obediencia a las órdenes de las superiores es una defensa válida salvo que el acto ordenado sea manifiestamente ilegal. La condición de agente del orden invocada solamente no puede ser aceptada como eximente si cualquier persona razonable situada en el lugar del acusado hubiera debido saber que los actos de referencia eran constitutivos de un crimen de guerra o de un crimen contra la humanidad. Si, en cambio, el acusado ha actuado de buena fe y podía creer razonablemente que sus actos estaban justificados, entonces podrían beneficiarse de la citada condición.

Por otra parte, el caso Finta puso de relieve las dificultades para jueces y fiscales para afrontar juicios sobre hechos sucedidos muchos años antes en un lugar alejado a aquel en el que se celebraba el juicio. Igualmente ofreció indicios de la escasa motivación o del desinterés de los miembros del jurado respecto de hechos sucedidos tanto tiempo atrás por más que se tratara de crímenes graves, unos hechos respecto de los cuales tal vez no se sentían directamente concernidos⁷⁵.

Lo cierto es que tras la decisión de la Corte Suprema de Canadá en el caso Finta se generalizó la percepción de que no sería posible proseguir con éxito una persecución penal en Canadá por crímenes de guerra o crímenes contra la humanidad cometidos durante la segunda guerra mundial.

Desde el punto de vista de la política criminal, en 1992, la unidad especial de persecución de los crímenes de guerra del Ministerio de Justicia no había conseguido ninguna condena en los tres casos presentados y las investigaciones sobre otros casos no progresaban de manera significativa, con lo que, entre algunos sectores de la opinión pública se extendieron serias dudas sobre la voluntad política de llevar a buen puerto dicha persecución. En particular la comunidad judía, liderada por el *B'nai Brith Canada Institute for International Affairs* fue muy crítica con el gobierno

⁷⁵ Matas, D., «The Case of Imre Finta», cit., pp. 13 ss. A propósito del desinterés, Matas recuerda en «The Struggle for Justice: Nazi War Criminals in Canada», cit., la conocida cita del pastor protestante alemán Martin Niemöller: «First they came for the Jews. And I did not speak out, because I was not a Jew. Then they came for the Communists. And I did not speak out, because I was not a Communist. Then they came for the trade unionists. And I did not speak out, because I was not a trade unionist. Then they came for me. And there was no one left to speak out for me.» Una referencia que su autor utilizó en repetidas ocasiones y sobre la que, por tanto, hay múltiples versiones donde se modifican tanto los grupos citados como el orden en que aparecen.

canadiense, pero también con los fiscales y los jueces implicados. A la vista de las dificultades el Instituto recomendó concentrarse en la vía de la desnaturalización y la expulsión.

Los fiscales se defendieron aduciendo las dificultades de investigar crímenes acaecidos tantos años atrás, con sospechosos y testigos fallecidos y con documentos ilocalizables o simplemente desaparecidos. Y efectivamente, la anulación coetánea de la condena a muerte de John Demjanjuk, en julio de 1993 por la Corte Suprema de Israel, por no haber sido suficientemente probada la identidad del condenado⁷⁶, así parecía corroborarlo.

Pero, probablemente, 1987 era ya una fecha demasiado tardía para afrontar con eficacia un proceso de identificación sistemática y de recolección de pruebas sobre la presencia de criminales de guerra de la segunda guerra mundial en Canadá.

En suma, las posibilidades cada vez más reducidas de obtener condenas penales por crímenes de guerra cometidos durante la segunda guerra mundial, a causa de la edad de los presuntos responsables, fueron decisivamente limitadas por la decisión de la Corte Suprema de Canadá en 1994, en el caso Finta.

3.4. LA VÍA DE LA DESNATURALIZACIÓN Y LA DEPORTACIÓN: EL CASO LUITJENS

Entre 1987 y 1992 se llevó a cabo un proceso de revocación de la ciudadanía y de expulsión, de acuerdo con las modificaciones introducidas en la Ley de Inmigración. Es el caso de Jacob Luitjens, respecto del cual en 1983 se había rechazado una solicitud de extradición de los Países Bajos⁷⁷.

Jacob Luitjens (1919), de nacionalidad neerlandesa, fue colaborador de los nazis durante la segunda guerra mundial y actuó en la zona de Roden, una población cercana a Groningen. Tras la guerra fue condenado en rebeldía a cadena perpetua. Pero con el apoyo de la red Odessa (*Organización de antiguos miembros de las SS*) consiguió huir con una falsa

⁷⁶ John Demjanjuk fue extraditado desde los Estados Unidos a Israel en 1986, acusado de ser *Iván el Terrible*, un significado guardián en el campo de concentración nazi de Treblinka. Allí fue juzgado y condenado a muerte. Pero tras una apelación de cinco años, la Corte Suprema israelí anuló el fallo en 1993 al considerar que no estaba probado que Demjanjuk fuera realmente la persona conocida como *Iván el Terrible*. Demjanjuk regresó a Estados Unidos, que le devolvió su nacionalidad antes de arrebatarla nuevamente en el 2002, en el contexto de un nuevo proceso de deportación.

⁷⁷ Véase nota 11, *supra*.

identidad a Paraguay y de allí a Canadá a donde llegó en 1961. Se estableció en Vancouver donde llegó a ser un reputado profesor de botánica en la Universidad de British Columbia.

Mediante un procedimiento iniciado en 1988, Luitjens fue privado de la ciudadanía canadiense y deportado a los Países Bajos en noviembre de 1992⁷⁸. Allí su condena fue reducida a 28 meses de prisión, que terminó de cumplir en marzo de 1995. Canadá prohibió su regreso⁷⁹.

El caso Luitjens fue el detonante para la modificación del Artículo 27(2)(i) de la Ley de Inmigración en 1993, en el sentido de agilizar los procedimientos de expulsión. La acreditación de que se había privado de la ciudadanía a una persona por haberla obtenido mediante fraude o ocultación de circunstancias relevantes sería suficiente para generar una orden de expulsión⁸⁰.

4. LA OPCIÓN PREFERENCIAL POR LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS (1995-2000)

La decisión de la Corte Suprema en el caso *Finta* determina el fin de la estrategia de persecución penal de los presuntos criminales de guerra por parte de las autoridades canadienses⁸¹. A partir de enero de 1995, des-

⁷⁸ *Secretary of State v. Luitjens* (1991), 46 F.T.R. 267; *Secretary of State v. Luitjens*, (1992), 54 F.T.R. 237; *Luitjens v. Secretary of State*, (1992) 9 C.R.R. (2d) 149 (F.C.A.); leave to appeal refused (S.C.C., September 10, 1992).

⁷⁹ Antes del 1 de febrero de 1993, el estatuto de residencia permanente no contenía ninguna mención a la pérdida de la ciudadanía. La Corte Federal de Apelación interpretó que las personas que habían tenido la residencia permanente y habían sido posteriormente privadas de la ciudadanía, no recuperaban la residencia permanente. Y la Sección de Apelación de la Inmigración adoptó este criterio en relación con Luitjens; *Luitjens v. Canada (Solicitor General)*, 23 Imm. L.R. 2d 133 (Imm.& Ref. Bd. (App. Div.) 1994). El 1 de febrero de 1993, la Ley fue modificada para incluir en el apartado de la residencia permanente [S.C. 1992, c.49, subsection 1(6)] la referencia a las personas cuya ciudadanía se hubiera revocado, de tal manera que una persona que haya dejado ser nacional de acuerdo con el artículo 10(1) de la Ley de Ciudadanía es un residente permanente, excepto que tal revocación se haya producido con arreglo al Artículo 10(2) de la misma Ley, es decir que también hubiera obtenido la residencia permanente mediante fraude; véase el texto en nota 29, *supra*. En este caso, la persona es susceptible de deportación de acuerdo con el Artículo 27(2) de la Ley de Inmigración al no ser ni ciudadano ni residente permanente.

⁸⁰ Matas, D., «The Struggle for Justice: Nazi War Criminals in Canada», cit.

⁸¹ Según el *Background Paper* del Ministerio de Justicia, *The Investigation of War Crimes in Canada (Jan.31, 1995)* citado por Cotler: «The decision of the Supreme Court of Canada in *R.v. Finta* is particularly relevant here. In that case, the Court established a higher standard of proof for the prosecution of war crimes and crimes against humanity than is recognized at international law, For the World War II cases, this decision has made prosecution of these crimes much more difficult and less likely.»; citado por Cotler, I. «*Regina v. Finta* [1994] 1 S.C.R. 701. Supreme Court of Canada, March 24, 1994», cit. p. 461.

cartada *de facto* la vía de la persecución penal, las autoridades se concentran exclusivamente en las otras vías: la retirada de la residencia o de la ciudadanía canadiense y la deportación al Estado de comisión de los crímenes de guerra o crímenes contra la humanidad, cuando pueda demostrarse que ha habido un fraude en su adquisición, por ocultar información o mentir a las autoridades de inmigración acerca de su participación en crímenes de guerra, en el momento de solicitar su entrada en Canadá. Junto a ello se pone en marcha una más estricta política de prevención, basada en el control previo a la entrada.

Sin embargo y como se ha puesto de relieve, es preciso tener en cuenta que la deportación no tiene por qué ser equivalente al cumplimiento de la obligación que pueda derivarse del derecho internacional convencional, cuando proceda, de juzgar o extraditar.⁸² A la vista de dichas convenciones y, en el caso de Canadá y de acuerdo con Rikhof:

- existe un deber de extraditar o juzgar a quienes hayan cometido crímenes de guerra en conflictos armados internacionales;
- existe un deber de extraditar a quienes hayan cometido genocidio;
- existe un deber de extraditar a los tribunales internacionales penales *ad hoc* a quienes hayan cometido genocidio, crímenes de guerra o crímenes contra la humanidad en la antigua Yugoslavia desde 1991 o en Ruanda en 1994;
- existe un deber de entregar a la Corte Penal Internacional a quienes hayan cometido genocidio, crímenes de guerra o crímenes contra la humanidad desde el 1 de julio de 2002;
- no existe por el momento una obligación jurídica de juzgar o extraditar a quienes han cometido crímenes de guerra en conflictos armados sin carácter internacional o que hayan cometido crímenes contra la humanidad, a menos que: los mismos hechos sean constitutivos de tortura, los mismos hechos encajen en las definiciones previstas en las nueve convenciones sobre el terrorismo y se haya determinado

⁸² «In international law, the duty to extradite or prosecute is not met by denaturalization and deportation, neither proceeding can suffice as compliance with this duty. Furthermore, removal from Canada, without even an investigation for possible prosecution, may mean that the criminal escapes any penal justice system. There is no guarantee that these people will be prosecuted in the country to which they are removed; removal may mean no more than relocation of the criminal without punishment for the crime.»; Matas, D. «The Struggle for Justice: Nazi War Criminals in Canada», cit., p.5; en el mismo sentido Schabas, W., «Introduction à l'affaire Mugesera», 7 *Revue Universelle des Droits de l'Homme (RUDH)*, 1996, p.195.

que existen pruebas suficientes para iniciar un procesamiento por tortura o por dichos actos terroristas⁸³.

4.1. LA CONSOLIDACIÓN DEL PROGRAMA CANADIENSE DE CRÍMENES DE GUERRA

No obstante, en la década de los noventa se producen una serie de hechos que acrecientan la sensibilización de la opinión pública en relación con la comisión de crímenes de guerra o crímenes contra la humanidad no solamente durante la segunda guerra mundial, sino también en los conflictos posteriores de la segunda guerra mundial. Entre ellos cabe citar la creación por el Consejo de Seguridad de los tribunales penales internacionales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia y Ruanda, la detención y proceso de extradición a España de Augusto Pinochet⁸⁴ y el juicio y condena de Anthony Sawoniuk⁸⁵ en Londres y, naturalmente, los debates previos a la Conferencia de Roma que adoptó el Estatuto de la Corte Penal

⁸³ Rikhof, J., «Canada and War Criminals: The Policy, the Program, and the Results», cit., p.11. Las nueve convenciones a las que se refiere son las siguientes: Convenio de La Haya para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves (1970); Convenio de Montreal para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil (1971); Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, incluidos los agentes diplomáticos (1973); Convenio de Viena sobre la protección física de los materiales nucleares (1980); Convención internacional contra la toma de rehenes (1979); Convenio de Roma para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima (1988); Protocolo de Roma para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas situadas en la plataforma continental (1988); Protocolo de Montreal para la represión de actos ilícitos de violencia en los aeropuertos que presten servicios en la aviación civil internacional, complementario al Convenio de Montreal de 1971 (1988); Convenio de Montreal sobre el marcaje de explosivos plásticos a los efectos de su detección (1991); Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y del Personal Asociado (1994); Convenio internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas (1997); Convenio internacional para la represión de la financiación del terrorismo (1999).

⁸⁴ Sobre el caso Pinochet, puede verse Remiro Brotons, A., *El caso Pinochet. Los límites a la impunidad*, Política Exterior-Biblioteca Nueva, Madrid, 1999; García Arán, M., López Garrido D., (Coords.), *Crimen internacional y jurisdicción universal. El caso Pinochet*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000; Pigrau Solé, A. «El proceso a Pinochet en España», *ILSA Journal of International & Comparative Law*, Vol.6, 2000, pp. 775-807; y el comentario «In Re Pinochet», de Marquez Carrasco, M.C.-Alcaide Fernandez, J. en *American Journal of International Law*, Vol. 93, No. 3. (Jul., 1999), pp. 690-696.

⁸⁵ Véase Hirsh, D. «The Trial of Andrei Sawoniuk: Holocaust Testimony under Cross-Examination», *Social & Legal Studies*, Vol. 10, No. 4, 529-545 (2001); Bryan, I., Rowe, P., «Role of evidence in war crimes trial: the Sawoniuk case», *2 Yearbook of International Humanitarian Law (YIHL)* 1999, pp. 307-323.

Internacional⁸⁶. En este contexto Canadá ha tratado de reforzar sus actividades de persecución de crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad con un esfuerzo de coordinación entre los distintos ministerios afectados a través del Programa Canadiense de Crímenes de Guerra.

Así, el Gobierno llevó a cabo, en 1997, una revisión del Programa de Crímenes de Guerra y anunció en 1998 distintas medidas para reforzarlo. Entre ellas estaban la mejora de la coordinación entre los distintos organismos implicados, un incremento de la financiación del Programa, un mayor esfuerzo en cuanto a los crímenes de guerra modernos y el diseño y realización de un proceso de evaluación del Programa que debería culminar en 2001.

El Programa de crímenes de guerra fue ampliado⁸⁷ y al Programa de la Segunda Guerra Mundial, creado en 1988, se añadió en 1998, el Programa de Crímenes de Guerra Modernos. En relación con éste último programa se adoptó una estrategia con tres ejes de actuación: impedir la entra-

⁸⁶ Naciones Unidas, Doc. A/CONF.183/9, de 17 de julio de 1998; *BOE* núm. 126, de 27 de mayo de 2002. Sobre el conjunto del Estatuto, en nuestro país, Gutiérrez Espada, C., «Luces y sombras del Tribunal Penal Internacional (Roma 1998)», *Carthaginensia*, Vol.16 (2000), pp. 83-137, Lirola Delgado, I., Martín Martínez, M. M., *La Corte Penal Internacional*, Ariel, Barcelona, 2001; Quesada Alcalá, C., *La Corte Penal Internacional y la soberanía estatal*, Tirant lo blanch, Valencia, 2005; también las obras colectivas *Creación de una jurisdicción penal internacional*, Quel López, F.J. (ed.), Escuela Diplomática –Asoc. de Prof. de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales– BOE, Madrid, 2000; Consejo General del Poder Judicial, *La criminalización de la barbarie: la Corte Penal Internacional*, Madrid, 2000; y el número extraordinario de la *REDM*, dedicado a la CPI, n.º 75, enero-junio 2000. En la doctrina canadiense puede verse: Broomhall, B. «Looking Forward to the Establishment of an International Criminal Court: Between State Consent and the Rule of Law», *Criminal Law Forum*, Vol8, No2 (1997), pp. 317-334; Kirsch, Ph – Holmes, J.T., «The Rome Conference on an International Criminal Court: The Negotiating Process», *The American Journal of International Law (AJIL)*, Vol. 93, No. 1. (Jan., 1999), pp. 2-12; Kirsch, Ph, – Holmes, J.T., *The Birth of the International Criminal Court: The 1998 Rome Conference*, 36 *Can. Y.B. Int'l L.* 1998, pp. 3-39; Robinson, D., «Defining «Crimes Against Humanity» at the Rome Conference», *AJIL*, Vol. 93, No. 1. (Jan., 1999), pp. 43-57; Kirsch, Ph, Oosterveld, V., «Negotiating an Institution for the Twenty-First Century: Multilateral Diplomacy and the International Criminal Court», (2001) 46 *McGill L. J.* pp. 1141-1160; Dumont, H., Boisvert, A.-M. (Dirs.), *La voie vers la Cour Pénale Internationale: Tous les chemins mènent à Rome*, Institut Canadien d'Administration de la Justice-Université de Montréal-Les Éditions Thémis, Montréal, 2004; Williams, S.A. «The Rome Statute on the International Criminal Court: from 1947-2000 and Beyond», *Osgoode Hall Law Journal*, Vol. 38 No2 (2000), pp. 297-330.

⁸⁷ Desde el Informe de la Comisión Deschênes de acuerdo con el Programa de crímenes de Guerra de la segunda guerra mundial se habían investigado en 1997 más de 1.500 casos, incluidos todos los mencionados en las tres listas del Informe. En total, entre 1995 y 1997 se abrieron 14 procedimientos de desnaturalización y deportación, 8 de las cuales se referían a las únicas personas que continuaban con vida de entre las mencionadas como prioritarias en el Informe de la Comisión Deschênes; véanse los detalles en *Public Report: Canada's War Crimes Program 1998*, pp. 3-4.

da de los presuntos criminales en Canadá, mientras aún están en el extranjero, rechazando las solicitudes de inmigración, asilo o visa; identificar a las personas que han conseguido entrar en Canadá, ya sea por vía del estatuto de refugiados, de residencia permanente o de adquisición de la ciudadanía; y adoptar las medidas oportunas para denegar a dichas personas el estatuto solicitado o la adquisición de la ciudadanía, o revocarla si ya hubiera sido concedida, y finalmente expulsarlos del país.

En el mes de julio de 1998 el Gobierno anunció la creación de un mecanismo para garantizar la colaboración entre los tres organismos que participan en el programa canadiense sobre los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra: el Ministerio de Ciudadanía e Inmigración, el Ministerio de Justicia y la RPMC. Se trata del Grupo Interministerial de Operaciones, organismo creado para garantizar la coordinación y las investigaciones en torno a todas las denuncias de crímenes de guerra o crímenes contra la humanidad realizadas contra personas residentes en Canadá y adoptar las medidas necesarias al respecto⁸⁸.

Hasta el momento de cerrar el Informe del período 1999-2000, en el marco del Programa de crímenes de la segunda guerra mundial se habían investigado 1651 casos. El examen se centraba en la búsqueda de pruebas de complicidad en crímenes de guerra o crímenes contra la humanidad⁸⁹ con objeto de tramitar la revocación de la ciudadanía y la deportación, aunque al menos en teoría no se descartaba completamente la acción penal.

Desde 1995 se habían iniciado 17 procedimientos de revocación de la ciudadanía y expulsión: 4 de ellos estaban en curso ante la Corte Federal de Canadá (Fast, Obodzinsky, Odynsky, Baumgartner); otros 4 habían terminado de acuerdo con las pretensiones del Gobierno (Katriuk, Kisluk and Oberlander); en otros 2 casos los implicados habían abandonado voluntariamente el país llegar a agotar los recursos disponibles (Csatory, Maciukas). En otros 3 casos el procedimiento había sido favorable a los ciudadanos implicados (Vitols, Dueck and Podins). En un caso más el asunto estaba en curso ante la CIER (Nebel). Finalmente, en los 4 casos restantes,

⁸⁸ Rikhof, J., «Canada and War Criminals: The Policy, the Program, and the Results», cit., pp. 6-8.

⁸⁹ «A person is considered complicit if, while aware of the commission of war crimes or crimes against humanity the person contributes, directly or indirectly, to their occurrence. Active membership in the organization responsible for committing the atrocities is not required. An example of complicity would be the act of guarding an execution site even if one had not personally acted as executioner. Additionally, a person may be considered complicit if he was a member of an organization during a time when their activities included the carrying out of atrocities such as executing civilians.»; *Canada's War Crimes Program. Annual Report 1999-2000*, pp. 2-3.

los implicados habían fallecido durante el procedimiento (Bogutin, Kentsavicius, Tobiass and Nemsila)⁹⁰.

Precisamente uno de los aspectos criticados en este contexto ha sido la lentitud no solamente de los procedimientos judiciales, a causa de la propia complejidad de los distintos procedimientos y también de las distintas vías de recurso que ofrecían, sino también de la ejecución de las decisiones judiciales por parte de las autoridades administrativas.

Por otra parte, desde 1993, siete regímenes políticos habían sido incluidos en la lista que excluía la entrada en Canadá para quien hubieran tenido altos cargos en los mismos⁹¹. Se trataba de los siguientes: el de los Serbios de Bosnia, entre el 27 de marzo de 1992 y el 10 de octubre de 1996; el de Siad Barré en Somalia entre 1969 y 1991; los gobiernos militares en Haití, entre 1971 y 1986, y entre 1991 y 1994 excepto el período de agosto a diciembre de 1993; el régimen prosoviético de Afganistán entre 1978 y 1992; los gobiernos de Ahmed Hassan Al-Bakr y Saddam Hussein, en Irak, desde 1968; el gobierno de Ruanda bajo el Presidente Habyarimana entre octubre de 1990 y abril de 1994, así como el gobierno interino entre abril y julio de 1994; los gobiernos de la Yugoslavia y Serbia, bajo el Presidente Milosevic, desde el 28 de febrero de 1998⁹².

En relación con el programa de crímenes de guerra modernos, entre el 1 de abril de 1999 y el 31 de marzo de 2000 se habían rechazado 581 solicitudes de entrada en Canadá, casi el doble que en el anterior período 1998-1999. El Ministerio de Ciudadanía e Inmigración estudió alegaciones de crímenes en 127 casos de solicitud de estatuto de refugiado (por 58 en el período anterior) y excluyó de dicho estatuto a 35 personas (por 25 en el período anterior). El número de personas expulsadas de Canadá creció de 27 a 38. En ese momento 339 personas residentes en Canadá seguían siendo consideradas sospechosas y estaban siendo sometidas a procedimientos de acuerdo con la Ley de Inmigración⁹³.

4.2. LOS PROBLEMAS DE LA VÍA ADMINISTRATIVA DE EXPULSIÓN: EL CASO MUGESERA

El caso de León Mugesera ilustra perfectamente las dificultades que comporta la acción administrativa en relación, en este caso, con hechos

⁹⁰ *Canada's War Crimes Program. Annual Report 1999-2000*, p.6.

⁹¹ De acuerdo con el artículo 19(1)(L) de la Immigration Act.

⁹² *Canada's War Crimes Program. Annual Report 1999-2000*, Appendix C, pp. 17-18.

⁹³ *Canada's War Crimes Program. Annual Report 1999-2000*, p.10.

sucedidos después de la segunda guerra mundial, en el marco del conflicto armado de Ruanda.

El 22 de noviembre de 1992, Léon Mugesera, por entonces vicepresidente del partido gubernamental MRDN (Mouvement républicain national pour la démocratie et le développement) en la prefectura de Gisenyi (Ruanda), pronunció un discurso en la población de Kabaya, en el que denominaba a los tutsis «cucarachas»⁹⁴ y hacía un llamamiento a exterminarlos; un contenido que ha podido ser razonablemente interpretado como una incitación al genocidio de la etnia tutsi⁹⁵. En las semanas siguientes se produjeron numerosos ataques contra la población tutsi de la zona. Se ordenó su detención por dicho discurso, pero pudo huir y poco después abandonó el país, al parecer a través de España, donde llegó el 2 de abril de 1993. A través de la Embajada de Canadá en Madrid obtuvo el estatuto de residente y viajó a Canadá en agosto de 1993 para establecerse en Québec.⁹⁶ Las denuncias contra su presencia activaron a las autoridades canadienses que en 1995 iniciaron el procedimiento para obtener la revocación de su condición de residente y de refugiado y poder expulsarlo del país. El asunto se ha prolongado por más de diez años y los momentos más relevantes de este proceso han sido los siguientes.

Tras un mes de juicio el Árbitro Pierre Turmel de la Sección de Inmigración de la CIER de Québec dictó su decisión el 11 de julio de 1995.⁹⁷ En la misma el árbitro considera que: 1) el discurso de Mugesera⁹⁸ constituye una incitación al asesinato castigado tanto en Ruanda como en

⁹⁴ «Something else which may be called [translation] «not allowing ourselves to be invaded» in the country, you know people they call «Inyenzis» (cockroaches), no longer call them «Inkotanyi» (tough fighters), as they are actually «Inyenzis». These people called Inyenzis are now on their way to attack us.»; extraído del texto reproducido en la decisión de la Corte Federal de Apelación; [2004] 1 CF 3, 2003 FCA 325, par. 17.

⁹⁵ Por fragmentos como el siguiente: «Why do they not arrest these parents who have sent away their children and why do they not exterminate them? Why do they not arrest the people taking them away and why do they not exterminate all of them? Are we really waiting till they come to exterminate us?»; *Ibid.*

⁹⁶ Schabas, W., «Introduction à l'affaire Mugesera», cit. p.193. Mugesera había realizado estudios universitarios en Québec y obtuvo un contrato como profesor en la Universidad Laval.

⁹⁷ Commission de l'immigration et du statut de réfugié (CommISR), Section d'Arbitrage, Montréal. Décision du 11 juillet 1996 dans la cause Léon Mugesera et le Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration, QML-95-00171. El texto de la decisión está reproducido íntegramente en 7 *RUDH* 1996, pp. 195-222.

⁹⁸ La decisión refleja la complejidad de la determinación del contenido real del discurso; *Ibid.*, *supra*, pp. 197-218.

Canadá y al que le corresponde una pena superior a diez años de cárcel⁹⁹; 2) el discurso de Mugesera constituye una incitación al genocidio castigado tanto en Ruanda como en Canadá, cometido antes de la solicitud de la residencia permanente y al que le corresponde una pena superior a cinco años de cárcel¹⁰⁰; 3) Hay motivos para creer que Mugesera cometió un crimen contra la humanidad que habría constituido también en el momento de su comisión una infracción del Derecho canadiense¹⁰¹; y 4) Mugesera había mentido conscientemente respecto a hechos relevantes cuando había negado su participación en crímenes contra la humanidad en el momento de solicitar la residencia y no había mencionado que estaba perseguido penalmente en su país por ello¹⁰²:

«J'arrive a la conclusion que, sur la balance des probabilités, M. Mugesera n'a pas montré cette injonction de poursuivre à l'agent

⁹⁹ L.R.C, (1985), c. I-2, art. 27 (1)(a.1)(ii): «a.1) est une personne qui a, à l'étranger: [...] (ii) soit commis, de l'avis, fondé sur la prépondérance des probabilités, de l'agent d'immigration ou de l'agent de la paix, un fait –acte ou omission– qui constitue une infraction dans le pays ou il a été commis et qui, s'il était commis au Canada, constituerait une infraction qui pourrait être punissable, aux termes d'une loi fédérale, par mise en accusation, d'un emprisonnement maximal égal ou supérieur à dix ans ...». Todo ello en relación con los artículos 22, 235 y 464(a) del Código Penal de Canadá, reproducidos en la decisión; nota 93, *supra*, pp. 218-219.

¹⁰⁰ L.R.C, (1985), c. I-2, art. 27 (1)(a.3)(ii): «a.3) avant que le droit d'établissement ne lui ait été accordé, a, à l'étranger: [...] (ii) soit commis, de l'avis, fondé sur la prépondérance des probabilités, de l'agent d'immigration ou de l'agent de la paix, un fait –acte ou omission– qui constitue une infraction dans le pays ou il a été commis et qui, s'il était commis au Canada, constituerait une infraction visée à l'alinéa a.2) ...». El apartado a.2) dispone que: «avant que le droit d'établissement ne lui ait été accordé, a été déclaré coupable au Canada d'une infraction punissable par mise en accusation d'un emprisonnement maximal de moins de dix ans et qui est: i) soit un acte criminel; ii) soit une infraction dont l'auteur peut être poursuivi par mise en accusation ou par procédure sommaire.» Todo ello en relación con el delito de incitación al genocidio tipificado en el artículo 318.1 y el de incitación al odio contra un grupo identificable, del artículo 319.1, ambos del Código Penal canadiense.

¹⁰¹ L.R.C, (1985), c. I-2, art. 27 (1)(g) y 19 (1)(j). El artículo 27 (1) (g) requiere la pertenencia a una categoría de las previstas como no admisibles en el artículo 19 (1) y que haya obtenido la residencia después de la inclusión de dicha categoría en la Ley. El artículo 19 (1)(j) se refiere a: «Les personnes suivantes appartiennent à une catégorie non admissible: [...] (j) celles dont on peut penser, pour des motifs raisonnables, qu'elles ont commis, à l'étranger, un fait constituant un crime de guerre ou un crime contre l'humanité au sens du paragraphe 7(3.76) du Code criminel et qui aurait constitué, au Canada, une infraction au droit canadien en son état à l'époque de la perpétration.» Este apartado había entrado en vigor el 1 de enero de 1989.

¹⁰² L.R.C, (1985), c. I-2, art. 27 (1)(e): «e) ait obtenu le droit d'établissement, soit sur la foi d'un passeport, visa –ou autre document relatif à son admission– faux ou obtenu irrégulièrement, soit par des moyens frauduleux ou irréguliers ou encore par suite d'une fausse indication sur un fait important, même si ces moyens ou déclarations son le fait d'un tiers.»

des visas. Je considère aussi que M. Mugesera savait, en toute objectivité, qu'il s'était rendu coupable d'un crime contre l'humanité et qu'en répondant à la question par la négative, il donnait par le fait même une fausse indication sur un fait important»¹⁰³.

En consecuencia el árbitro ordena la expulsión de Mugesera, de su esposa y de sus cinco hijos, del Canadá, de acuerdo con el artículo 32(2) de la Ley de Inmigración y del Estatuto de Refugiado de 1985, lo que comporta la revocación de su condición de residente¹⁰⁴.

En 1996, William Schabas ya auguraba un largo proceso, al tiempo que ponía de relieve que Mugesera no podía ser juzgado por el Tribunal penal Internacional para Ruanda cuya competencia se limita al año 1994 y que la posible entrega a la jurisdicción ruandesa, que lo reclamaba desde abril de 1996 dependía de la conclusión de un tratado bilateral de extradición con Canadá¹⁰⁵.

El asunto fue sometido a apelación, y la Sección de apelación de inmigración de la CIER, formada por los árbitros Pierre Duquette, Yves Bourbonnais y Paule Champoux Ohrt, tras un minucioso análisis del discurso de Mugesera, confirmó el 6 de noviembre de 1998 la decisión del árbitro Turmel¹⁰⁶. Entretanto Léon Mugesera había sido mencionado en la sen-

¹⁰³ Nota 93, *supra*, p. 222.

¹⁰⁴ Pero continuaba teniendo estatuto de refugiado. No obstante el Artículo 1(F)(a) Convención de 1951 permitía denegar dicho estatuto a los implicados en crímenes contra la humanidad y dicha disposición se había incorporado textualmente en el artículo 2(1) de la Ley de Inmigración; por lo que el Ministerio de Inmigración debía iniciar un nuevo procedimiento ante la Sección del Estatuto de Refugiado de la CIER, por la misma razón de haber ocultado datos o haber mentido en el momento de obtener la condición de refugiado, de acuerdo con el artículo 69.3.(2) de la misma Ley.

¹⁰⁵ Schabas, W., «Introduction à l'affaire Mugesera», cit., pp. 194-195.

¹⁰⁶ Aunque para el primero de los miembros del panel de árbitros no estaba probada la vinculación entre el discurso y los asesinatos, posición de la cual discreparon los otros dos; [1998] DSAI no 1972 (QL), p.83. Sobre esta decisión, véase William A. Schabas, «Mugesera v. Minister of Citizenship and Immigration. Nos M96-10465, M96-10466 Immigration and Refugee Board (Appeal Division) of Canada, November 6, 1998», 93 *Am. J. Int'l L.* 1999, pp. 529-533. La decisión de la Sección de apelación es en principio definitiva, pero es posible solicitar el control judicial ante Corte Federal en ciertos casos, aunque se necesita autorización de un juez de dicha Corte; decisión ésta que no es recurrible. Está regulado por el artículo 18.1 de la Ley sobre la Corte Federal, L.R.C. 1985, c. F-7: «18.1 (4) Les mesures prévues au paragraphe (3) sont prises par la Section de première instance si elle est convaincue que l'office fédéral, selon le cas: a) a agi sans compétence, outrepassé celle-ci ou refusé de l'exercer; b) n'a pas observé un principe de justice naturelle ou d'équité procédurale ou toute autre procédure qu'il était légalement tenu de respecter; c) a rendu une décision ou une ordonnance entachée d'une erreur de droit, que celle-ci soit manifeste ou non au vu du dossier; d) a rendu une décision ou une ordonnance fondée sur une conclusion de fait erronée, tirée de façon abusive ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments

tencia Akayesu, del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, como autor del discurso de incitación al genocidio¹⁰⁷.

La decisión fue sometida después a control judicial ante la Sección de primera instancia de la Corte Federal¹⁰⁸. En ella el Juez Nadon estimó parcialmente, en mayo de 2001, las alegaciones de la defensa de Mugesera y devolvió el asunto a la Sección de apelación de la CIER¹⁰⁹. En primer lugar considerando que la calificación de los hechos como crímenes de guerra o contra la humanidad no podía ser conocida por Mugesera por tratarse de una cuestión de derecho:

«39. I agree therefore with the submissions of the applicants that question 27-F of the application for permanent residence form invokes a legal concept that necessitates a determination or conclusion of law as to what constitutes a war crime or a crime against humanity pursuant to a characterization and interpretation of one or more acts or omissions.

dont il dispose; e) a agi ou omis d'agir en raison d'une fraude ou de faux témoignages; f) a agi de toute autre façon contraire à la loi.» Por otra parte la ausencia de un convenio bilateral de extradición con Ruanda ya no era en este momento una excusa válida tras las modificaciones que se habían producido en la Ley de extradición; William A. Schabas, «Mugesera v. Minister of Citizenship and Immigration ...», cit., p. 532.

¹⁰⁷ «95. La politique du miroir fut également utilisée à Kibulira, au Nord-Ouest et dans la région de Bagoguye. Dans ces deux cas, la population fut encouragée à se défendre contre de supposées attaques menées par des infiltrés du FPR, inventées de toute pièces, en attaquant et tuant leurs voisins Tutsi. On signalera au passage le rôle que la radio R.T.L.M., créée en 1993 par des proches du Président Habyarimana, a joué dans cette propagande anti-tutsie. à côté des radios, il y avait d'autres agents de propagande. Parmi les plus célèbres se trouve Léon Mugesera, vice-président du MRND pour la préfecture de Gisenyi et professeur à l'Université nationale du Rwanda, qui publia deux pamphlets accusant les Tutsi de préparer un génocide contre les Hutu [Voir pièces à conviction No. 68 et No. 69]. Au cours d'une réunion du MRND, en novembre 1992, le même Léon Mugesera lança un appel à l'extermination des Tutsi et à l'assassinat des Hutu opposés au Président. Il fit référence au fait que les Tutsi seraient venus d'Ethiopie et qu'il faudrait, après les avoir tués, jeter leurs corps dans les affluents rwandais du Nil, de sorte qu'ils retournent là d'où ils seraient prétendument venus [Voir pièce à conviction No. 74, déposée par l'Accusation]. Il exhorta ceux qui l'écoutaient à éviter les erreurs des massacres précédents où certains Tutsi, particulièrement les enfants, avaient été épargnés.» Tribunal Pénal International pour le Rwanda, Chamber I, Décision du 2 septembre 1998, Le procureur contre Jean-Paul Akayesu, Affaire N. ICTR-96-4-T, Jugement, par. 100. Mugesera es mencionado también en el párrafo 120. Después ha sido mencionado en otros casos; por ejemplo en *The Prosecutor v. Casimir Bizimungu et al.*, Indictment, 12 may 1999, par. 5.8.

¹⁰⁸ (2001) 205 FTR 29, 2001 FCT 460. Mugesera v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (T.D.) Nadon J, May 10, 2001.

¹⁰⁹ Lo que es objeto de crítica por la Corte Federal de Apelación; [2004] 1 CF 3, 2003 FCA 325. par. 12.

40. Par conséquent, à mon avis, la Section d'appel a commis une erreur de droit en concluant que Léon Mugesera avait fait une fausse indication sur un fait important. La question 27-F de la demande de résidence permanente nécessite une interprétation juridique et non seulement la constatation d'un fait. ...»¹¹⁰.

Y en segundo lugar, al entender que el discurso no podía ser constitutivo de un crimen contra la humanidad, de acuerdo con el código penal canadiense:

«56. Je suis d'avis que le discours du 22 novembre 1992, en regard duquel Me Duquette a conclu qu'il ne pouvait rattacher de meurtres ou de massacres, ne peut constituer, dans ces circonstances, un crime contre l'humanité. Je partage les propos exprimés par Me Bertrand dans son exposé des propositions, à la page 25, où il dit au paragraphe 157:

[...] En l'absence de preuve d'un lien, direct ou indirect, entre le discours et des meurtres commis de façon généralisée et systématique, ce discours ne revêt pas en lui seul le caractère inhumain requis pour qu'il s'agisse d'un crime contre l'humanité.

57 Par conséquent, je conclus que la Section d'appel a commis une erreur de droit en concluant que le discours du 22 novembre 1992 constituait un crime contre l'humanité.»

Los jueces Décary, Létourneau y Pelletier, de la Corte Federal de Apelación resolvieron unánimemente el subsiguiente recurso de ambas partes, mediante una decisión de 8 de septiembre de 2003¹¹¹, que comportó la anulación de la decisión de expulsar a Mugesera.

Tal como lo expone el juez Décary, corresponde al Ministro la carga de la prueba que varía en función de los distintos motivos alegados. Para los motivos de incitación al asesinato e incitación al genocidio, la Ley de Inmigración solamente requiere que la opinión del agente de inmigración se base en una ponderación de las probabilidades (*balance of probabilities*, *prépondérance des probabilités*). Para la apreciación de la participación en

¹¹⁰ «The following is Question 27-F of the application for permanent residence:

In periods of either peace or war, have you ever been involved in the commission of a war crime or crime against humanity, such as willful killing, torture, attacks upon, enslavement, starvation or other inhumane acts committed against civilians or prisoners of war, or deportation of civilians?», 2001 FCT 460, par.8.

¹¹¹ [2004] 1 CF 3, 2003 FCA 325.

un crimen contra la humanidad se requiere *fundamentos razonables*, que equivalen a *serias razones* a los efectos de la apreciación de los aspectos fácticos, pero que en cuanto a los elementos de derecho:

Those criteria are not met if the evidence only shows that there were reasonable grounds to believe that the speech «could be classified as a crime against humanity» [...]; the evidence must show that it was in fact a crime against humanity in law.

Finalmente, en cuanto al motivo de ocultación de informaciones relevantes, se debe utilizar también el criterio de la ponderación de probabilidades¹¹².

Según el Juez Décary el discurso de Mugesera no satisface los requisitos establecidos para su consideración como un crimen contra la humanidad, en tanto que no resulta probado que forma parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil o que forme parte de ninguna estrategia o plan coordinado, por lo que entiende que Mugesera no es responsable por la utilización posterior que se hizo de su discurso, sin su conocimiento. Puesto que todos los cargos se basan en el discurso, el Ministro no podía tener serias razones para creer que Mugesera había cometido un crimen contra la humanidad y por tanto que probablemente había obtenido la residencia mediante la ocultación o la falsificación de una información relevante en este sentido.

Por otra parte el Juez considera carente de fundamento las conclusiones del Informe de una Comisión Internacional de Investigación sobre el conflicto de Ruanda que implicaban a Mugesera y que habían sido profusamente utilizadas por el Gobierno para fundamentar sus alegaciones¹¹³. E incluso considera manifiestamente irrazonable que la Sección de apelación de la CIER se haya basado en buena medida en dicho informe.

El Juez Décary considera que no se ha probado ninguna intención por parte de Mugesera de inictar al racismo y al asesinato a una audiencia que el sabía receptiva a dicho mensaje y que no tuvo un especial impacto en los medios de comunicación ruandeses. Por el contrario lo considera un pretexto que utilizaron sus adversarios políticos para desacreditarle.

¹¹² *Ibid.* pars. 26-30.

¹¹³ *Ibid.* pars. 72 ss. «[111]The ICI based its conclusions about Mr. Mugesera's speech on passages which it selected carefully and which it in fact manipulated, and on a translation the source of which is unknown and which is substantially different from that accepted for use in these proceedings.»

Para el Juez, la Sección de apelación cometió un error de derecho al dar por probado que dicho discurso hubiera sido considerado en Canadá un delito de incitación al asesinato, al odio o al genocidio y el Juez de instancia se equivocó al no detectar que la decisión anterior se había basado en testimonios sin credibilidad.

Por tanto decide estimar la apelación de Mugésera y devolver el asunto a la Sección de apelación de la CIER sobre la base de que no considere probados por parte del Ministro los cargos alegados:

«[245]Consequently, I would allow Mr. Mugesera's appeal regarding allegations A and B and would refer the matter back to the Appeal Division to be disposed of on the basis that the Minister did not discharge his burden of proof in respect of those allegations.»

A través de un recurso del Ministro de la Ciudadanía y de la Inmigración el asunto llegó ante la Corte Suprema de Canadá¹¹⁴. El 28 de junio de 2005, en una decisión unánime de sus ocho componentes –Bastarache, Binnie, Charron, Deschamps, Fish, LeBel, Major y McLachlin– la Corte Suprema de Canadá estimó el recurso del Ministerio de Justicia y restauró la orden de expulsión contra León Mugesera¹¹⁵.

Para ello recuperan en buena medida el discurso del árbitro Duquette de la Sección de apelación de inmigración de la CIER, que había estimado como fundados los cargos de incitación al asesinato y al genocidio, así como la participación en un crimen contra la humanidad.

En opinión de la Corte Suprema, la Corte Federal de Apelación ha excedido su competencia al sustituir la valoración de la prueba por la Sección de apelación de Inmigración de la CIER por la suya propia, sin respetar sus conclusiones sobre los hechos¹¹⁶, ha cometido un error de derecho al considerar que Mugesera no había incitado al asesinato, al odio y al

¹¹⁴ La decisión de la Corte Federal es susceptible de apelación ante la Corte Suprema, previa autorización de tres de sus jueces. En el recurso, el Ministro abandonó el cargo de ocultar o falsear información relevante en el momento de la solicitud de la residencia.

¹¹⁵ [2005] 2 RCS 100. Previamente la Juez Abella había decidido abstenerse en el asunto; vid. *Mugesera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2005] 2 RCS 91, 2005 CSC 39.

¹¹⁶ «35 Le rôle du tribunal siégeant en appel de la décision sur la demande de contrôle judiciaire se limite à décider si le tribunal de révision a choisi et appliqué la bonne norme de contrôle. Il s'agit d'une question de droit qui s'apprécie au regard de la norme de la décision correcte: *Dr. Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226, 2003 CSC 19, par. 43.

genocidio¹¹⁷, y ha cometido un error de derecho al considerar carente de razonabilidad la conclusión de que Mugesera había cometido un crimen contra la humanidad¹¹⁸. Y, lo que es más significativo desde el punto de vista del derecho internacional, utiliza como hilo conductor de todo su razonamiento la interpretación de los conceptos penales de acuerdo con la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia y Ruanda¹¹⁹. En especial en lo relativo a los elementos de los crímenes contra la humanidad, lo que conlleva, en opinión de la Corte a revisar algunos criterios formulados en el caso Finta:

«126 Depuis cet arrêt rendu en 1994 [Finta], le Tribunal pénal international pour l'ancienne Yougoslavie (TPIY) et le TPIR ont établi une vaste jurisprudence internationale. Par leur analyse judicieuse des sources, de l'évolution et de l'application du droit international coutumier, ils ont créé un ensemble de décisions internationales unique. Les décisions du TPIY et du TPIR ne lient pas notre Cour, mais vu l'expertise de ces tribunaux et leur autorité en matière de droit international coutumier, les cours de justice canadiennes appliquant des dispositions de droit interne, tels les par. 7(3.76) et (3.77) du Code criminel, qui incorporent expressément le droit international coutumier, ne devraient pas les écarter à la légère. Par conséquent, l'arrêt Finta mérite un réexamen dans la mesure où sa clarification s'impose et où il n'est pas conforme à la jurisprudence du TPIY et du TPIR.»

La Corte constata que las distintas instancias se habían pronunciado de maneras muy diferentes en torno a los elementos constitutivos de los crí-

36 En l'espèce, nous sommes d'avis que la CAF a omis de s'en tenir à un contrôle judiciaire, et s'est plutôt engagée dans une révision générale et une nouvelle appréciation des conclusions de fait de la SAI. Elle a écarté ces conclusions et procédé à sa propre évaluation de la preuve, même en l'absence de toute démonstration, compte tenu de la norme de la raisonnabilité, que la SAI avait commis une erreur susceptible de révision. Puis, se fondant sur les conclusions de fait qu'elle avait ainsi irrégulièrement tirées, elle a commis des erreurs de droit relativement à des questions juridiques, assujetties à la norme de la décision correcte.»; *Ibid.*

¹¹⁷ *Ibid.* pars. 47-111.

¹¹⁸ *Ibid.* pars. 112-179.

¹¹⁹ Lo que es destacado también por Rikhof, J., «Hate Speech and International Criminal Law: The Mugesera Decision by the Supreme Court of Canada» *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 3, Issue 5, pp. 1121-1133, 2005; y por Godoy, R.A., «Introductory Note to Mugesera v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) 2005 SCC 40 (June 28, 2005), 44 *ILM* 1465 (2005).

menes contra la humanidad. Para Duquette el crimen debía ser cometido contra una población civil o un grupo identificable, ser cruel y perturbar la conciencia de las gentes sensatas, realizado con conciencia de la inhumanidad del acto y con una intención discriminatoria; y en un contexto de generalidad y sistematicidad. El Juez Nadon había insistido en que la falta de relación entre la instigación y los efectivos asesinatos no permitía llegar al umbral de atrocidad y de inhumanidad suficiente. Para el Juez Décary nada había probado que el discurso se enmarcara en un ataque generalizado o sistemático contra una población civil con un móvil discriminatorio ni que formara parte de una estrategia para dicho ataque. Por ello considera necesario analizar uno a uno los dos elementos de los crímenes contra la humanidad de acuerdo con la citada jurisprudencia¹²⁰: el acto criminal y la intención criminal.

Respecto del primero y según la Corte Suprema:

«128. [...] En droit international coutumier, un acte prohibé constitue un crime contre l'humanité lorsqu'il est commis dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique dirigée contre une population civile. Par conséquent, l'acte criminel constituant un crime contre l'humanité comporte trois éléments essentiels: (1) commission de l'un des actes prohibés énumérés, (2) perpétration dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique et (3) attaque dirigée contre une population civile ou un groupe identifiable de personnes.»

Respecto de la segunda, la Corte señala que

«172 La personne accusée d'un crime contre l'humanité doit avoir été animée de l'intention criminelle correspondant à l'infraction sous-jacente. Contrairement à ce que notre Cour a écrit dans l'arrêt Finta, la preuve de l'intention discriminatoire n'est pas requise pour tous les crimes contre l'humanité, mais seulement dans le cas de la persécution. Reste donc à trancher une dernière question: outre l'élément moral correspondant à l'acte criminel sous-jacent, quel élément moral doit être établi pour qu'il y ait crime contre l'humanité au sens du par. 7(3.76) du Code criminel?»

Y la respuesta que da a su propia pregunta es que, desde el asunto Finta, la posterior jurisprudencia internacional ha consagrado el criterio de

¹²⁰ *Ibid.* pars. 120-125.

que «l'accusé doit non seulement avoir l'intention de commettre l'infraction sous-jacente, mais aussi connaître l'existence de l'attaque et savoir que son ou ses actes en font partie ou qu'il court le risque que son ou ses actes en fassent partie», aunque basta con que «l'auteur de l'acte soit conscient du lien entre son ou ses actes et l'attaque», siendo irrelevantes los motivos concretos¹²¹.

En este sentido considera confirmada la sentencia Finta:

«176. Dans l'arrêt Finta, les juges majoritaires de notre Cour ont décidé que l'accusé devait avoir une connaissance subjective des circonstances qui faisaient de son acte un crime contre l'humanité (p. 819). Cette exigence demeure en ce sens que l'accusé doit être au courant de l'attaque et savoir que son ou ses actes en font partie ou, du moins, courir le risque qu'ils en fassent partie.»

La Corte concluye su razonamiento al confirmar la razonabilidad de las alegaciones formuladas contra Mugesera con un párrafo contundente:

«178. Face à certaines tragédies indescriptibles, comme la perpétration de crimes contre l'humanité, l'ensemble des nations doit parler d'une seule voix. L'interprétation et l'application des dispositions canadiennes sur les crimes contre l'humanité doivent par conséquent s'harmoniser avec le droit international. L'attachement profond de notre pays à la dignité humaine individuelle, à la liberté et aux droits fondamentaux n'exige rien de moins.»

Tras la decisión de la Corte Suprema, corresponde a la Agencia de Servicios Fronterizos del Canadá (ASFC)¹²² valorar si Mugesera corre el riesgo de ser torturado si es devuelto a su país de origen, de acuerdo con el principio de *non refoulement*, consagrado en las convenciones internacionales¹²³. Igualmente debe valorar si, no obstante lo anterior, la gravedad de

¹²¹ *Ibid.* Pars. 173 ss.

¹²² Desde diciembre de 2003 las funciones del Ministerio de Ciudadanía e Inmigración en el ámbito del Programa Canadiense de Crímenes de Guerra se trasladan a la nueva Agencia de Servicios Fronterizos de Canadá (ASFC).

¹²³ En particular en el artículo 33 de la *Convención sobre el Estatuto de los Refugiados* de 1951 y en el artículo 3 de la *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes* de 1984:

«Artículo 33.-Prohibición de expulsión y de devolución («refoulement»)

los actos cometidos por Mugesera justifica una excepción de acuerdo con el párrafo 2 del Artículo 115 de la ley canadiense¹²⁴. La decisión final es susceptible de apelación ante la Corte Federal de Apelaciones.

Otra opción sería, naturalmente, la de juzgar penalmente a Mugesera en Canadá, en aplicación de la nueva Ley de crímenes contra la humanidad y de crímenes de guerra del año 2000. No obstante Mugesera, a finales de 2007, continuaba en Canadá.

El caso Mugesera suscita, desde luego, distintas reflexiones.

Por una parte y como ya había advertido Schabas¹²⁵, Canadá ni ha juzgado a Mugesera ni ha facilitado su extradición a Ruanda, que la solicitó formalmente en 1996, en contradicción con sus obligaciones de cooperación derivadas del Artículo VII de la Convención sobre el Genocidio.

1. Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas.

2. Sin embargo, no podrá invocar los beneficios de la presente disposición el refugiado que sea considerado, por razones fundadas, como un peligro para la seguridad del país donde se encuentra, o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva por un delito particularmente grave, constituya una amenaza para la comunidad de tal país.» Véase nota 41, *supra*.

«Artículo 3.

1. Ningún Estado Parte procederá a la expulsión, devolución o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura.

2. A los efectos de determinar si existen esas razones, las autoridades competentes tendrán en cuenta todas las consideraciones pertinentes, inclusive, cuando proceda, la existencia en el Estado de que se trate de un cuadro persistente de violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos.» *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*, de 10 de diciembre de 1984; *BOE* n.º 268, de 9 de noviembre de 1987.

¹²⁴ «Principle of Non-refoulement. Protection 115. (1) A protected person or a person who is recognized as a Convention refugee by another country to which the person may be returned shall not be removed from Canada to a country where they would be at risk of persecution for reasons of race, religion, nationality, membership in a particular social group or political opinion or at risk of torture or cruel and unusual treatment or punishment.

Exceptions (2) Subsection (1) does not apply in the case of a person [...]

(b) who is inadmissible on grounds of security, violating human or international rights or organized criminality if, in the opinion of the Minister, the person should not be allowed to remain in Canada on the basis of the nature and severity of acts committed or of danger to the security of Canada.»; *The Immigration and Refugee Protection Act*, R.S.C. 2001, c.27.

El anterior Ministro de Justicia, Irwin Cotler, se pronunció, en julio de 2005, contra la entrega de Mugesera a Ruanda salvo que se obtuvieran garantías de que no le sería aplicada la pena de muerte. Sobre este asunto se volverá más adelante a propósito del caso *Suresh*.

¹²⁵ William A. Schabas, «Mugesera v. Minister of Citizenship and Immigration ...», cit., p. 532.

Pero, por otra parte, Canadá tampoco ha conseguido en este caso hacer efectiva su alternativa de revocación del estatuto de residencia y refugio con la consecuente expulsión del país, tras más de diez años de procedimientos.

Pero tal vez es más grave el cuestionamiento del principal instrumento de la Ley de Inmigración: la apreciación de la probabilidad de que se oculte información pertinente o se falseen datos en el momento de formalizar la solicitud de residencia o refugio en Canadá. Si la respuesta a la pregunta de si una persona ha cometido crímenes de guerra o crímenes contra la humanidad no es una mera cuestión de hecho, sino que implica una calificación jurídica de los hechos que el interrogado puede desconocer, como sostuvo el Juez Nadón¹²⁶, ello puede ser utilizado no solamente en el caso Mugesera, sino en buena parte de los casos para cuestionar la apreciación de probabilidades realizada por el agente de inmigración.

Ello parece confirmar que la alegación basada en el artículo 27 (1)(e) de la Ley de Inmigración, relativo a la obtención irregular del permiso para entrar en el Canadá no tiene carácter autónomo¹²⁷. Al menos en este caso el Ministerio asumió que era preciso ir al fondo del asunto y probar efectivamente la participación del implicado en la comisión de un crimen de guerra o de un crimen contra la humanidad. Y además ello debe dilucidarse en el seno de un procedimiento que no tiene carácter penal, sino administrativo.

De esta manera, como señala Schwarz¹²⁸:

«Immigration proceedings prior or upon entry to Canada, whether as a refugee or immigrant, allow Canada to refuse entry to an individual if there are reasonable grounds to suspect the individual was complicit in war crimes or crimes against humanity (Subsection 19 (1)(j) of the Immigration Act, R.S.C. 1985, c. I-2). Denaturalization proceedings entail establishing that an individual lied or misrepre-

¹²⁶ En el párrafo ya mencionado y que aquí se repite: «40. Par conséquent, à mon avis, la Section d'appel a commis une erreur de droit en concluant que Léon Mugesera avait fait une fausse indication sur un fait important. La question 27-F de la demande de résidence permanente nécessite une interprétation juridique et non seulement la constatation d'un fait. ...». Es llamativo que no se insistió en relación con esta alegación por parte del Ministerio de la Ciudadanía y de la Inmigración ante la Corte Suprema.

¹²⁷ Y lo mismo podría decirse de la previsión del artículo 10 de la entonces vigente Ley de Ciudadanía. *Citizenship Act*, R.S.C. 1985, ch. C-29. Y en términos similares del artículo 40 de la posterior *Immigration and Refugee Protection Act*, R.S.C. 2001, ch. 27.

¹²⁸ Schwarz, M. J., «Prosecuting Crimes against Humanity in Canada: What must be proved», *The Criminal Law Quarterly* 2002; Vol. 46 (1), pp. 40-41.

sented him or herself to gain permanent residence or citizenship (sections 10 and 18 of the Citizenship Act, R.S.C., 1985, c. C-29). Evidence in both cases must be tendered to establish some level of involvement or complicity in crimes against humanity; however, the standard of proof that must be met is far lower than the need to establish beyond a reasonable doubt that the person actually committed a crime against humanity.»

En todo caso hay que valorar muy positivamente la opción de armonización con el derecho internacional adoptada por la Corte Suprema de Canadá aunque sea el último peldaño de una larga escalera.

4.3. DEPORTACIÓN DE REFUGIADOS Y *NON REFOULEMENT*: EL CASO SURESH

Aunque no estrictamente referido a crímenes de guerra es de interés traer a colación el caso de Manickavasagam Suresh¹²⁹, en la medida en que se suscitaron, entre otros, problemas de procedimiento relativo a la expulsión. En este caso se planteó si el Gobierno de Canadá podía deportar a un refugiado según la Convención de 1951¹³⁰, por motivos de seguridad, cuando existe el riesgo de que pueda ser torturado en el país de destino. Se planteó también la compatibilidad de la disposición correspondiente de la Ley de Inmigración con el artículo 7 de la Carta canadiense de derechos y libertades, que garantiza los derechos a la vida la libertad y la seguridad¹³¹.

Suresh llegó a Canadá en octubre de 1990, procedente de Sri Lanka. Se le reconoció el estatuto de refugiado el 11 de abril de 1991. Pero en 1995, el Ministerio de la Ciudadanía e Inmigración inició el procedimiento para lograr su deportación por razones de seguridad, apoyadas en el

¹²⁹ Sobre este caso, véanse: Elliott, D.W., «Suresh and the Common Borders of Administrative Law: Time for the Taylor?», 65 *Saskatchewan Law Review* (*Sask. L. Rev.*) 2002, pp. 469-514. Carver, P.J., «Shelter from the Storm: A Comment on Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)», *Alberta Law Review*, Vol. 40 (2). 2002, pp. 465-492; Beaulac, S., «Suresh Case and Unimplemented Treaty Norms», (2002) 15.1 *Revue Québécoise de Droit International*, pp. 221-240; Okafor, O.C.- Okoronkwo, P.L., «Re-configuring Non-refoulement?: the Suresh decision, "Security Relativism" and the International Human Rights Imperative», *International Journal of Refugee Law*, Vol. 15 (2003), no. 1, pp. 30-67; LaViolette, N. «La Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés et la définition internationale de la torture», (2004) 34 *R.G.D.*, pp. 587-610.

¹³⁰ Convention Relating to the Status of Refugees, July 28, 1951, 189 *U.N.T.S.* 2545.

¹³¹ «7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.», Schedule B to the *Canada Act* 1982, (U.K.) 1982, c. 11.

hecho de que pertenecía al Movimiento Tamil de los Tigres de Liberación, una organización calificada como terrorista.

El árbitro que conoció el caso no pudo confirmar la implicación directa de Suresh en actividades terroristas pero concluyo, el 17 de septiembre de 1997, que podía ser deportado, de acuerdo con la Ley de Inmigración¹³², por su pertenencia a una organización terrorista¹³³. De acuerdo con el Artículo 53 (b) de la Ley de Inmigración¹³⁴, que contienen una excepción al principio de *non refoulement*¹³⁵, el 6 de enero de 1998 el Ministro emitió la declaración conforme a la cual la presencia de Suresh en el país constituía un riesgo para la seguridad del Canadá.

Suresh sostenía, por una parte, que existía un alto riesgo de ser torturado si era deportado a Sri Lanka y que la disposición de la Ley que permitía la deportación de personas aunque pudieran ser objeto de tortura, si suponía una amenaza para la seguridad de Canadá, era inconstitucional. Solicitó la revisión judicial ante la Corte Federal, pero sus alegaciones fueron rechazadas tanto por el juez McKeown, en primera instancia¹³⁶ como, en apelación, por la Corte Federal de Apelación¹³⁷ (Jueces Robertson, Décary y Linden). En ambas instancias se cuestionó que hubiera serios riesgos de tortura y que la Convención de 1984 que no había sido incorporada a una ley canadiense pudiera prevalecer sobre la Ley de Inmigración.

¹³² Artículo 19(1)(f)(iii)(B) y Artículo 32 (6) de la Immigration Act, R.S.C. 1985, c.1-2.

¹³³ *Re Suresh* [1997] FCJ, No. 1537, Teitelbaum J.

¹³⁴ El texto del artículo 53 es el siguiente:

«(1) Notwithstanding ss. 52(2) and (3), no person who is determined under this Act or the regulations to be a Convention refugee, nor any person who has been determined to be not eligible to have a claim to be a Convention refugee determined by the Refugee Division on the basis that the person is a person described in paragraph 46.01 (1)(a), shall be removed from Canada to a country where the person's life or freedom would be threatened for reasons of race, religion, nationality, membership in a particular social group or political opinion unless [...]

(b) the person is a member of an inadmissible class described in paragraph 19(1)(e), (f), (g), (j), (k) or (l) and the Minister is of the opinion that the person constitutes a danger to the security of Canada.»

¹³⁵ Criticada por el Comité de Derechos Humanos en su informe sobre Canadá de 1999: «13. Al Comité le inquieta que el Canadá considere que puedan alegarse intereses apremiantes de seguridad para justificar el envío de personas a países donde pueden correr un riesgo sustancial de sufrir torturas o un trato cruel, inhumano o degradante. El Comité se remite a su Observación General sobre el artículo 7 y recomienda que el Canadá revise su política a fin de cumplir las obligaciones que le impone este artículo y se abstenga de expulsar, extraditar, deportar o enviar por cualquier otro medio a una persona a un lugar donde corra el riesgo sustancial de ser objeto de un trato o un castigo que sean contrarios al artículo 7.»; NU, Doc. CCPR/C/79/Add.105, 7 de abril de 1999.

¹³⁶ *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* [1999] FCJ No. 865 (T.D.).

¹³⁷ *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* [2000] 629 (FCA).

Finalmente presentó recurso ante la Corte Suprema de Canadá, que lo resolvió el 11 de enero de 2002¹³⁸. Las cuestiones suscitadas ante esta Corte fueron tres: la constitucionalidad de las condiciones para la deportación de acuerdo con la Ley de Inmigración; la constitucionalidad de los procedimientos de deportación previstos en la Ley y la compatibilidad de los procedimientos utilizados por el Ministro competente.

Interesan aquí dos aspectos de la decisión de la Corte Suprema de Canadá.

El primero estriba en la confirmación de que los aspectos procesales y sustantivos de los principios de justicia fundamental de acuerdo con la Carta Canadiense de Derechos y Libertades deben ser interpretados por quienes tienen que aplicarlos a la luz de las normas internacionales de protección de los derechos humanos, contenidas en el derecho internacional convencional y consuetudinario:

«The inquiry into the principles of fundamental justice is informed not only by Canadian experience and jurisprudence, but also by international law, including *jus cogens*. This takes into account Canada's international obligations and values as expressed in '[t]he various sources of international human rights law – declarations, covenants, conventions, judicial and quasi-judicial decisions of international tribunals, [and] customary norms'»¹³⁹.

Por ello «the principles of fundamental justice expressed in s.7 of the Charter and the limits on rights that may be justified under s.1 of the Charter cannot be considered in isolation from the international norms they reflect. A complete understanding of the Act and the Charter requires consideration of the international perspective»¹⁴⁰.

En ese contexto y a partir de la consideración del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966¹⁴¹ y de la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura de 1984¹⁴², la Corte concluye que la prohibición de la tortura forma parte del *jus cogens* y que ser la norma prevalente cuando el retorno de un refugiado puede comportar el riesgo de

¹³⁸ Nótese que se trata de una decisión posterior a los atentados acaecidos en Estados Unidos el 11 de septiembre de 2001.

¹³⁹ *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* [2002] 1 SCR 3, par. 46.

¹⁴⁰ *Ibid.* par. 59.

¹⁴¹ International Covenant on Civil and Political Rights,

¹⁴² Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman, or Degrading Treatment or Punishment, U.N. doc. A/RES/39/46, 10 December 1984.

tortura¹⁴³. Y ello a pesar de que Canadá que ha ratificado la Convención contra la tortura, no la ha incorporado como ley canadiense, por lo que la prohibición contenida la misma, que además forma parte del derecho consuetudinario produce efectos, desde el punto de vista de la interpretación, aún sin una recepción formal en el derecho canadiense¹⁴⁴.

Por lo que concluye que el principio de interpretación que debe informar la interpretación del artículo 7 de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades es el de que «international law rejects deportation to torture, even where there are national interests at stake»¹⁴⁵. Esta es por tanto una conclusión relevante: los principios del derecho internacional de los derechos humanos informan la interpretación de los derechos contenidos en la Carta Canadiense de Derechos y Libertades.

Sin embargo las consecuencias que la Corte extrae de ello son manifiestamente limitadas. Porque y este es el aspecto más preocupante en la medida en que parece poco congruente con el *quasi* reconocimiento de la prohibición de la tortura como norma de *ius cogens*¹⁴⁶, la Corte se apoya en la Convención sobre los refugiados de 1951¹⁴⁷ y acaba asumiendo que, como indica la Ley, existe la posibilidad de que por circunstancias excepcionales sea apropiada una decisión de deportación a pesar de que haya riesgo de tortura, y que la determinación de dicha posibilidad queda en el

¹⁴³ La Corte se desmarca claramente de algunas afirmaciones de la Corte Federal de Apelación: «55. We therefore disagree with the Court of Appeal's suggestion that in expelling a refugee to a risk of torture, Canada only acts as an «involuntary intermediary» (para.120). Without Canada's action, there would be no risk of torture. Accordingly, we cannot pretend that Canada is merely a passive participant.»

¹⁴⁴ Elliott, D.W, «Suresh and the Common Borders of Administrative Law: Time for the Taylor?», cit. pp. 503-508. Sobre el impacto del sistema dualista en relación con los derechos humanos, véase Brunée, J., Toope, S.J., «A Hesitant Embrace: the Application of International Law by Canadian Courts», *Can. Y.B. Int'l L.* 2002, vol XL., pp. 3-60.

¹⁴⁵ [2002] 1 SCR 3, par. 75.

¹⁴⁶ *Ibid.*, Pars. 59-65.

¹⁴⁷ Cuyo artículo dispone lo siguiente:

«Artículo 33.—Prohibición de expulsión y de devolución («refoulement»)

1. Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligran por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas.

2. Sin embargo, no podrá invocar los beneficios de la presente disposición el refugiado que sea considerado, por razones fundadas, como un peligro para la seguridad del país donde se encuentra, o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva por un delito particularmente grave, constituya una amenaza para la comunidad de tal país.»

Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, adoptada por la resolución 39/461 de la Asamblea General de Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1984 en Nueva York; *BOE* n.º 268, de 9 de noviembre de 1987.

ámbito de la discrecionalidad manos del Ministro; simplemente se trata de que realice un balance de proporcionalidad entre ambos riesgos¹⁴⁸. Por ello entiende que no hay incompatibilidad entre la ley de Inmigración y el artículo 7 de la Carta¹⁴⁹. Esta concepción, que aminora el impacto del artículo 3.1¹⁵⁰ de la posterior Convención de 1984¹⁵¹, relativa a la prohibición de la tortura, se ha proyectado en otros casos¹⁵² y, como se verá, en la legislación posterior, en la Ley de Inmigración y Protección de los Refugiados de 2001.

Es de destacar que el planteamiento de la ponderación del riesgo de tortura con las necesidades de seguridad utilizado en el caso Suresh ha

¹⁴⁸ «78. We do not exclude the possibility that in exceptional circumstances, deportation to face torture might be justified, either as a consequence of the balancing process mandated by s. 7 of the Charter or under s. 1. [...] Insofar as Canada is unable to deport a person where there are substantial grounds to believe he or she would be tortured on return, this is not because Article 3 of the CAT directly constrains the actions of the Canadian government, but because the fundamental justice balance under s. 7 of the Charter generally precludes deportation to torture when applied on a case-by-case basis. We may predict that it will rarely be struck in favour of expulsion where there is a serious risk of torture. However, as the matter in one of balance, precise prediction is elusive ...»

¹⁴⁹ Véanse las consideraciones críticas de Okafor, O.C., Okoronkwo, P.L., «Re-configuring Non-refoulement? The Suresh Decision, 'Security Relativism', and the International Human Rights Imperative», *International Journal of Refugee Law (Int'l J. Refugee L.)*, Vol. 15, No. 1, January 2003, pp. 30-67; y de Bruin, R., Wouters, K., «Terrorism and the Non-derogability of Non-refoulement», *Int'l J. Refugee L.*, Vol. 15, No. 1, January 2003, pp. 5-29.

¹⁵⁰ «Artículo 3 Observación general sobre su aplicación. 1. Ningún Estado Parte procederá a la expulsión, devolución o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura. 2. A los efectos de determinar si existen esas razones, las autoridades competentes tendrán en cuenta todas las consideraciones pertinentes, inclusive, cuando proceda, la existencia en el Estado de que se trate de un cuadro persistente de violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos.» Al respecto, véase Aiken, S.J., «Of Gods and Monsters: National Security and Canadian Refugee Policy», *Revue Québécoise de Droit International*, Vol 14.2 (2001), pp. 36-41.

¹⁵¹ De acuerdo con lo alegado por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados ante la Corte Suprema: *Factum of the Intervenor United Nations High Commissioner for Refugees («UNHCR»); Suresh v. The Minister of Citizenship and Immigration; The Attorney General of Canada*; SCC No 27790; *Int'l J. Refugee L.* Vol.14, 2002, pp. 141-157.

¹⁵² *Ahani v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 72, 2002 SCC 2, 2002: January 11; un caso que tuvo su continuación con la intervención del Comité de Derechos Humanos: *Mansour Ahani v. Canada*, Communication No. 1051/2002; U.N. Doc. CCPR/C/80/D/1051/2002 (2004); *Ahani v. Canada (Attorney General)*, 2002 CanLII 23589 (ON C.A.), 2002, February 8. Sobre el mismo, véase Heckman, G., «International Law and Procedural Safeguards in Deportation Proceedings: Ahani v. Canada», (2004) Vol. 17.2 *Revue Québécoise de Droit International*, pp. 81-122.

sido criticado por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas a propósito del caso *Ahani*, en una decisión de junio de 2004¹⁵³:

«10.10. [...]... el Comité remite, en conclusión, a la opinión del Tribunal Supremo en *Suresh* de que la expulsión de una persona en que se había considerado que existía un riesgo importante de tortura no estaba necesariamente excluida en todas las circunstancias. Si bien los tribunales del Estado Parte o el Comité no han determinado que en el caso del autor existía un riesgo importante de tortura, el Comité no expresa ninguna otra opinión sobre esta cuestión, pero señala que la prohibición de la tortura, que figura expresamente en el artículo 7 del Pacto, es absoluta y no puede ser objeto de consideraciones atenuantes.»

Y también en el informe sobre Canadá de 2006¹⁵⁴:

«15. Preocupa al Comité la política del Estado Parte consistente en que, en circunstancias excepcionales, pueda deportarse a una persona a un país en que corra el riesgo de ser sometido a torturas o a tratos crueles, inhumanos o degradantes, lo que constituye una infracción grave del artículo 7 del Pacto.

El Estado Parte debe reconocer la índole absoluta de la prohibición de la tortura y los tratos crueles, inhumanos o degradantes, que no puede conculcarse en ninguna circunstancia. Jamás pueden justificarse estas prácticas aduciendo el equilibrio que debe haber entre los intereses de la sociedad y los derechos de la persona estipulados en el artículo 7 del Pacto. Ninguna persona, sin excepción alguna, incluidas las personas de las que se sospeche que representan un peligro para la seguridad nacional o la seguridad de cualquier persona, ni siquiera durante un estado de emergencia, podrá ser deportada a un país en que corra el riesgo de ser sometida a torturas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. El Estado Parte debe incorporar claramente este principio en su legislación.»

¹⁵³ NU, Doc. CCPR/C/80/D/1051/2002, Comunicación N.º 1051/2002: Canadá. 15/06/2004; sobre el mismo, véase el comentario de Heckman, G., *AJIL*, Vol. 99, No.3. (July 2005), pp. 669-675.

¹⁵⁴ «Examen de los informes presentados por los Estados partes de conformidad con el artículo 40 del Pacto. Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos. Canadá.» NU, Doc. CCPR/C/CAN/CO/5, 20 de abril de 2006.

El segundo aspecto a destacar es el cuestionamiento de los procedimientos de deportación seguidos por el Ministerio de Ciudadanía e Inmigración. En efecto, al admitir la apelación, la Corte considera también que *Suresh* no ha disfrutado, en el caso concreto, de las garantías necesarias para defender sus derechos de acuerdo con el mencionado artículo 7, por cuanto no había podido acceder a la documentación considerada por el Ministro antes de adoptar su decisión ni la decisión de éste había sido suficientemente motivada¹⁵⁵.

Sobre esta cuestión también se ha pronunciado el Comité de Derechos Humanos, en el caso *Ahani*, en la medida en que «en los casos en que está en juego uno de los valores supremos protegidos por el Pacto, esto es, el derecho a no ser sometido a torturas, la corrección del procedimiento aplicado para determinar si una persona corre un riesgo importante de ser torturada debe examinarse de la manera más rigurosa.»¹⁵⁶

El Comité cuestiona el argumento del Gobierno de que no se habían ofrecido a *Ahani* las garantías procesales por el hecho de que no había justificado un riesgo de daño prima facie; señalando que «tal vez habría podido justificar el necesario grado de riesgo si se le hubiera permitido justificar su afirmación de que corría el peligro de ser torturado en caso de que fuera expulsado, siendo autorizado para ello a basarse en la documentación del caso planteado por las autoridades administrativas contra él para oponerse a una decisión que incluía los motivos de la decisión del Ministro de que podía ser expulsado».¹⁵⁷ El Comité considera que se ha violado el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁵⁸:

«... Dado que el procedimiento interno autorizaba al autor a proporcionar (un número limitado de) razones contra su expulsión y a que su caso se revisara en cierta medida, no sería apropiado que el Comité aceptara que, en el caso que está examinando, existían

¹⁵⁵ Sobre este aspecto, Elliott, D.W, «Suresh and the Common Borders of Administrative Law: Time for the Taylor?», cit. pp. 508 y ss.

¹⁵⁶ NU, Doc. CCPR/C/80/D/1051/2002, Comunicación N.º 1051/2002: Canada, 15/06/2004; par. 10.6. Heckman, G., «International Law and Procedural Safeguards in Deportation Proceedings: Ahani v. Canada», *op.cit.*, pp. 81-122.

¹⁵⁷ *Ibid.*, par. 10.7.

¹⁵⁸ Cuyo texto es el siguiente: «Artículo 13. El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en el presente Pacto sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley; y, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, se permitirá a tal extranjero exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente o bien ante la persona o personas designadas especialmente por dicha autoridad competente, y hacerse representar con tal fin ante ellas.»

«razones imperiosas de seguridad nacional» para eximir al Estado Parte de la obligación que le impone ese artículo de proporcionar las garantías procesales en cuestión. A juicio del Comité, el hecho de que el Estado Parte no haya proporcionado al autor las garantías procesales concedidas al autor en Suresh basándose en que el autor no justificó el riesgo de daño, constituyó un incumplimiento de la obligación prevista en el artículo 13 de permitir que el autor exponga las razones que lo asistan en contra de su expulsión teniendo en cuenta el caso administrativo planteado por las autoridades contra él, y someta las correspondientes comunicaciones completas a revisión ante la autoridad competente, lo que implica la posibilidad de hacer observaciones sobre la documentación presentada por esta última...»¹⁵⁹.

Estas posiciones han encontrado acogida en algunas decisiones judiciales posteriores¹⁶⁰.

5. LA LEY SOBRE LOS CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD Y LOS CRÍMENES DE GUERRA DE 2000 Y LA REVITALIZACIÓN DE LA ACCIÓN PENAL

En el plano legislativo, el 17 de junio de 1999 fue sancionada la nueva Ley de Extradición¹⁶¹, que supone una ampliación de los supuestos de extradición, incluso en ausencia de tratado específico, una clarificación de los procedimientos de extradición o de entrega, una flexibilización de la exigencias de la prueba en relación con la entrega de personas a tribunales penales internacionales (Tribunal Internacional para la antigua Yugoslavia y Tribunal Internacional para Ruanda) o a jurisdicciones de países con tra-

¹⁵⁹ *Ibid.*, par. 10.8.

¹⁶⁰ En la decisión de 16 de octubre de 2006, del Juez de la Corte Federal MacKay, en el asunto *Jaballah*, [2006 FC 1230] y en la decisión del también Juez de la Corte Federal Tremblay-Lamer, de 14 de diciembre de 2006, en el asunto *Mahjoub* [2006 FC 1503]. En ellas se han rechazado las alegaciones de razones imperiosas para la seguridad nacional para autorizar la expulsión a un país donde el riesgo de tortura era elevado.

¹⁶¹ Extradition Act, R.S.C. 1999, c.18. Modificada también por la Ley sobre los Crímenes contra la Humanidad y los Crímenes de Guerra, para articular la cooperación con la Corte Penal Internacional en este punto; Sobre la enmienda a ésta y otras leyes: Oosterveld, V., Perry, M., McManus, J., «The Cooperation of States with the International Criminal Court», 25 *Fordham International Law Journal (Fordham Int'L L.J.)* 767, 2001-2002, pp. 767-839.

diciones jurídicas distintas; y la admisión del uso de los testimonios mediante videoconferencia. Se modificó también la Ley de Inmigración para contemplar los supuestos de peticiones de extradición respecto de persona solicitantes de refugio.

En el año 2000, aparte de la aplicabilidad de la nueva Ley de extradición ya mencionada, dos nuevas leyes contribuyeron a modificar el marco jurídico para la persecución de los crímenes de Guerra: la Ley sobre los Crímenes contra la Humanidad y los Crímenes de Guerra y la Ley de Inmigración y Protección de los Refugiados.

5.1. EL NUEVO MARCO JURÍDICO Y EN PARTICULAR LA LEY SOBRE LOS CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD Y LOS CRÍMENES DE GUERRA

Canadá, que tuvo una presencia muy relevante en la Conferencia de Roma y en la conformación de la mayoría de Estados que permitió el acuerdo final, ratificó el Estatuto de Roma el 7 de julio de 2000 y fue el primer país en adoptar una ley para articular la cooperación con la Corte Penal Internacional, con la adopción de la Ley sobre los Crímenes contra la Humanidad y los Crímenes de Guerra, que entró en vigor el 23 de octubre de ese mismo año¹⁶².

Entre los aspectos más relevantes que aquí interesan, la Ley deroga los artículos correspondientes del Código Penal e introduce nuevos crímenes de genocidio (por primera vez), crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra y establece, como delito específico, la responsabilidad de los superiores militares o civiles, por ciertos crímenes cometidos por sus subordinados¹⁶³. La Ley no modifica, en cambio, la situación previamente exis-

¹⁶² *The Crimes against Humanity and War Crimes Act*, R,S,C, 2000, c.24. Sobre la Ley, véase Schabas, W.A., «Canadian Implementing Legislation for the Rome Statute», 3 *YIHL* (2000), pp. 337-346; Schwarz, M. J., «Prosecuting Crimes against Humanity in Canada: What must be proved», cit., pp. 46-53; McManus, J., «A New era of accountability through domestic enforcement of International Law», cit., pp. 530-533.

¹⁶³ Incluye también los delitos contra la administración de justicia por parte de la Corte Penal Internacional, de acuerdo con lo exigido por el Estatuto de Roma en su artículo 70.4: «4. a) Todo Estado Parte hará extensivas sus leyes penales que castiguen los delitos contra la integridad de su propio procedimiento de investigación o enjuiciamiento a los delitos contra la administración de justicia a que se hace referencia en el presente artículo y sean cometidos en su territorio o por uno de sus nacionales; b) A solicitud de la Corte, el Estado Parte, siempre que lo considere apropiado, someterá el asunto a sus autoridades competentes a los efectos del enjuiciamiento. Esas autoridades conocerán de tales asuntos con diligencia y asignarán medios suficientes para que las causas se sustancien en forma eficaz.»

tente en cuanto al ejercicio de la jurisdicción universal y permite el procesamiento en el Canadá del autor de dichos crímenes siempre que se encuentre en su territorio, con independencia del lugar y el momento de la comisión. La ley está estructurada en este punto sobre la base de la distinción en función del lugar de comisión de los crímenes. Si han sido cometidos en Canadá, la ley no se aplica a crímenes cometidos antes de su entrada en vigor (artículos 4 y 5). En cambio, puede aplicarse a crímenes cometidos fuera de Canadá cometidos en cualquier momento, anterior o posterior a su entrada en vigor (artículos 6 y 7), cuando el acusado se encuentre en Canadá o pertenezca a alguna de las categorías ya contempladas en las normas anteriormente vigentes¹⁶⁴. Aunque la Ley supone una puesta al día de los mecanismos de represión penal introducidos en el Código a raíz de las recomendaciones de la Comisión Deschênes, se mantiene pues la combinación de criterios previamente establecida para fundamentar la jurisdicción canadiense, incluida la concepción de la jurisdicción universal condicionada a la presencia de la persona acusada en Canadá¹⁶⁵.

¹⁶⁴ «8. A person who is alleged to have committed an offence under section 6 or 7 may be prosecuted for that offence if

- (a) at the time the offence is alleged to have been committed,
 - (i) the person was a Canadian citizen or was employed by Canada in a civilian or military capacity,
 - (ii) the person was a citizen of a state that was engaged in an armed conflict against Canada, or was employed in a civilian or military capacity by such a state,
 - (iii) the victim of the alleged offence was a Canadian citizen, or
 - (iv) the victim of the alleged offence was a citizen of a state that was allied with Canada in an armed conflict; or
- (b) after the time the offence is alleged to have been committed, the person is present in Canada.»

¹⁶⁵ Schwarz, M. J., «Prosecuting Crimes against Humanity in Canada: What must be proved», cit., pp. 50-51. Véase al respecto el Principio 1 del documento *The Princeton Principles on Universal Jurisdiction*, Princeton University, 2001:

«Principle 1—Fundamentals of Universal Jurisdiction [...] 2. Universal jurisdiction may be exercised by a competent and ordinary judicial body of any state in order to try a person duly accused of committing serious crimes under international law as specified in Principle 2(1), provided the person is present before such judicial body.

3. A state may rely on universal jurisdiction as a basis for seeking the extradition of a person accused or convicted of committing a serious crime under international law as specified in Principle 2(1), provided that it has established a prima facie case of the person's guilt and that the person sought to be extradited will be tried or the punishment carried out in accordance with international norms and standards on the protection of human rights in the context of criminal proceedings.»

En el mismo sentido se inclinan los criterios enunciados en la Resolución del Institut de Droit International, en su sesión de Cracovia, de 2005, sobre «Universal criminal jurisdiction with regard to the crime of genocide, crimes against humanity and war crimes»; Rapporteur: M. Christian Tomuschat; 26 de agosto de 2005; en cuyo apartado 3 (b) se dice que: «(b) Apart from acts of investigation and requests for extradition, the exercise of uni-

La Ley supone una simplificación de la legislación anterior por cuanto se trata de probar directamente la existencia de los elementos de los nuevos crímenes, sin la necesidad de probar además la existencia de otros delitos de derecho interno. No obstante, como ha puesto de relieve entre otros Amerasinghe, la simplificación no evita a los miembros del jurado tener que manejar conceptos como los de derecho internacional consuetudinario o convencional, la legalidad de los hechos según el derecho de otros países o las eximentes de responsabilidad según el derecho internacional¹⁶⁶.

En cuanto a las definiciones de los crímenes, utiliza una técnica que combina una definición que sigue, aunque no estrictamente¹⁶⁷, las pautas de los artículos 6 a 8 del Estatuto de Roma, en la que se incluye la exigencia de su carácter criminal en el momento de la comisión¹⁶⁸, con una incorporación textual en anexo de los artículos 6 y 7 y del párrafo 2 del artículo 8.

Además para facilitar la interpretación, la Ley establece, en relación con los crímenes cometidos en Canadá que:

versal jurisdiction requires the presence of the alleged offender in the territory of the prosecuting State or on board a vessel flying its flag or an aircraft which is registered under its laws, or other lawful forms of control over the alleged offender.» Véase al respecto los párrafos 53 a 58 de la Opinión Separada Conjunta de los Jueces Higgins, Kooijmans y Buergenthal, a la sentencia de la Corte Internacional de Justicia, de 14 de febrero de 2002; *Case concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*.

¹⁶⁶ Amerasinghe, C. A., «The Domestic Tribunals' Universal Jurisdiction for War Crimes and Crimes against Humanity: from Finta to Today», cit., pp. 496-497.

¹⁶⁷ Véase Schabas, W.A., «Canadian Implementing Legislation for the Rome Statute», cit., pp. 340-341; Torroja Mateu, H., «La competencia de la jurisdicción canadiense en materia de crímenes de Derecho internacional: el trayecto hacia un refugio inseguro», cit., pp. 17-21; también Torroja Mateu, H., «Tipificación y Represión de los crímenes de Derecho internacional en Canadá», en Mitjans, E. (ed.), Castellá, J.M. (coord.), *Derechos y libertades en Canadá*, Atelier, Barcelona, 2005, pp. 480-489.

¹⁶⁸ Así crimen contra la humanidad «means murder, extermination, enslavement, deportation, imprisonment, torture, sexual violence, persecution or any other inhumane act or omission that is committed against any civilian population or any identifiable group and that, at the time and in the place of its commission, constitutes a crime against humanity according to customary international law or conventional international law or by virtue of its being criminal according to the general principles of law recognized by the community of nations...». Genocidio «means an act or omission committed with intent to destroy, in whole or in part, an identifiable group of persons, as such, that, at the time and in the place of its commission, constitutes genocide according to customary international law or conventional international law or by virtue of its being criminal according to the general principles of law recognized by the community of nations, ...» Y crimen de guerra «means an act or omission committed during an armed conflict that, at the time and in the place of its commission, constitutes a war crime according to customary international law or conventional international law applicable to armed conflicts,....»

«(4) For greater certainty, crimes described in Articles 6 and 7 and paragraph 2 of Article 8 of the Rome Statute are, as of July 17, 1998, crimes according to customary international law. This does not limit or prejudice in any way the application of existing or developing rules of international law.»

Y, en relación con los cometidos fuera de Canadá, que:

«(4) For greater certainty, crimes described in articles 6 and 7 and paragraph 2 of article 8 of the Rome Statute are, as of July 17, 1998, crimes according to customary international law, and may be crimes according to customary international law before that date. This does not limit or prejudice in any way the application of existing or developing rules of international law.

(5) For greater certainty, the offence of crime against humanity was part of customary international law or was criminal according to the general principles of law recognized by the community of nations before the coming into force of either of the following:

(a) the Agreement for the prosecution and punishment of the major war criminals of the European Axis, signed at London on August 8, 1945; and

(b) the Proclamation by the Supreme Commander for the Allied Powers, dated January 19, 1946.»

Vale la pena destacar, como lo hace Schabas¹⁶⁹, en tanto que desarticulación de unos de los argumentos manejados por la Corte Suprema de Canadá en el caso Finta, que, en el marco de la excepción de obediencia de ordenes superiores, que sigue el artículo 33 del Estatuto de Roma¹⁷⁰, la Ley establece además que

¹⁶⁹ Schabas, W.A., «Canadian Implementing Legislation for the Rome Statute», cit., pp. 344-345.

¹⁷⁰ Cuyo texto es el siguiente: Artículo 33. Órdenes superiores y disposiciones legales
1. Quien hubiere cometido un crimen de la competencia de la Corte en cumplimiento de una orden emitida por un gobierno o un superior, sea militar o civil, no será eximido de responsabilidad penal a menos que:

a) Estuviere obligado por ley a obedecer órdenes emitidas por el gobierno o el superior de que se trate;

b) No supiera que la orden era ilícita; y

c) La orden no fuera manifiestamente ilícita.

2. A los efectos del presente artículo, se entenderá que las órdenes de cometer genocidio o crímenes de lesa humanidad son manifiestamente ilícitas.»

«14. [...] (3) An accused cannot base their defence [...] on a belief that an order was lawful if the belief was based on information about a civilian population or an identifiable group of persons that encouraged, was likely to encourage or attempted to justify the commission of inhumane acts or omissions against the population or group.»

La Ley reconoce el derecho de las víctimas a la restitución, para lo que se prevé la creación de un Fondo específico (*Crimes Against Humanity Fund*). Y crea, finalmente, nuevos procedimientos y mecanismos para articular la cooperación con la Corte, en lo que se refiere a la investigación de los crímenes y a la entrega de personas demandadas por su implicación en crímenes de la competencia de la CPI; a las que no serán aplicables las inmunidades que rigen las relaciones entre Estados a los efectos de extradición.

Por su parte, la nueva Ley de Inmigración y Protección de los Refugiados fue aprobada el 13 de junio de 2001, recibió la sanción real el 1 de noviembre de 2001 y entró en vigor el 28 de junio de 2002¹⁷¹.

Mantiene todos los mecanismos anteriores¹⁷², e incluye nuevas previsiones aplicables a los criminales de guerra, entre otras categorías de per-

¹⁷¹ *The Immigration and Refugee Protection Act*, R.S.C. 2001, c.27. Véase, Provost, R., Correspondents' Reports, 3 *YIHL* (2000), pp. 446-447. Sobre la Ley, Aiken, S.J., «Of Gods and Monsters: National Security and Canadian Refugee Policy», *op.cit.*, pp. 29 ss.; Van-Kessel, G., «Consolidated Decisión-Making: The Canadian Experience», *Revue Québécoise de Droit International*, Vol 14.1 (2001), pp. 159-168; Esteve, F., «La política canadiense de inmigración y los derechos del inmigrante en la etapa posterior a la nueva Ley sobre la inmigración y la protección de los refugiados de 2001», en Mitjans, E. (ed.), Castellá, J.M. (coord.), *Derechos y libertades en Canadá*, Atelier, Barcelona, 2005, pp. 299-335.

¹⁷² Según el Artículo 35:

«(1) A permanent resident or a foreign national is inadmissible on grounds of violating human or international rights for (a) committing an act outside Canada that constitutes an offence referred to in sections 4 to 7 of the Crimes Against Humanity and War Crimes Act;

(b) being a prescribed senior official in the service of a government that, in the opinion of the Minister, engages or has engaged in terrorism, systematic or gross human rights violations, or genocide, a war crime or a crime against humanity within the meaning of subsections 6(3) to (5) of the Crimes Against Humanity and War Crimes Act; or

(c) being a person, other than a permanent resident, whose entry into or stay in Canada is restricted pursuant to a decision, resolution or measure of an international organization of states or association of states, of which Canada is a member, that imposes sanctions on a country against which Canada has imposed or has agreed to impose sanctions in concert with that organization or association.

(2) Paragraphs (1)(b) and (c) do not apply in the case of a permanent resident or a foreign national who satisfies the Minister that their presence in Canada would not be detrimental to the national interest.»

Y de acuerdo con el Artículo 98: «A person referred to in section E or F of Article 1 of the Refugee Convention is not a Convention refugee or a person in need of protection.»

sonas implicadas en crímenes graves o actos de terrorismo. Entre ellas, la exclusión de cualquier recurso ante la Sección de apelación de la Inmigración¹⁷³, de la CIER del Canadá; la imposibilidad de solicitar de nuevo el estatuto de refugiado cuando la primera solicitud haya sido rechazada por la Sección de la protección de los refugiados¹⁷⁴; la eliminación de la exigencia de la declaración del Ministro de Ciudadanía e Inmigración en el sentido de que es contrario al interés nacional para impedir la comparecencia ante la Sección de protección de los refugiados, bastando ahora con la prueba de que la persona pertenece a las categorías contempladas¹⁷⁵; la modificación del umbral que permite expulsar a personas que poseen el estatuto de refugiados hacia su país de origen, en el sentido de que «peligro para la seguridad de Canadá» pasa a ser «peligro para la seguridad de Canadá o contrario al interés nacional»¹⁷⁶; y, finalmente, el

¹⁷³ «64. (1) No appeal may be made to the Immigration Appeal Division by a foreign national or their sponsor or by a permanent resident if the foreign national or permanent resident has been found to be inadmissible on grounds of security, violating human or international rights, serious criminality or organized criminality.»

¹⁷⁴ «101. (1) A claim is ineligible to be referred to the Refugee Protection Division if (a) refugee protection has been conferred on the claimant under this Act; (b) a claim for refugee protection by the claimant has been rejected by the Board; [...]».

¹⁷⁵ «101. (1) A claim is ineligible to be referred to the Refugee Protection Division if [...] (f) the claimant has been determined to be inadmissible on grounds of security, violating human or international rights, serious criminality or organized criminality, except for persons who are inadmissible solely on the grounds of paragraph 35(1)(c).»

¹⁷⁶ En este sentido se aprovecha la doctrina del caso *Suresh* para mantener las excepciones al principio de *non refoulement*. En la nueva Ley de Inmigración y Protección de los Refugiados de 2001:

«Principle of Non-refoulement

115. (1) A protected person or a person who is recognized as a Convention refugee by another country to which the person may be returned shall not be removed from Canada to a country where they would be at risk of persecution for reasons of race, religion, nationality, membership in a particular social group or political opinion or at risk of torture or cruel and unusual treatment or punishment.

Exceptions

(2) Subsection (1) does not apply in the case of a person

(a) who is inadmissible on grounds of serious criminality and who constitutes, in the opinion of the Minister, a danger to the public in Canada; or

(b) who is inadmissible on grounds of security, violating human or international rights or organized criminality if, in the opinion of the Minister, the person should not be allowed to remain in Canada on the basis of the nature and severity of acts committed or of danger to the security of Canada. [...]»

Sobre este aspecto de la nueva Ley, véase LaViolette, N., «La Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés et la définition internationale de la torture», (2004) 34 *R.G.D.*, pp. 587-610.

estudio de evaluación del riesgo previo a la expulsión no se aplicará a estas categorías de personas¹⁷⁷.

Por su parte el artículo 22 de la Ley de Ciudadanía quedó modificado para ajustarse a la Ley de crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra, por lo que la causa de exclusión de la adquisición de la ciudadanía está redactada, desde el 23 de octubre de 2000, como sigue:

«22. (1) (Prohibition) Notwithstanding anything in this Act, a person shall not be granted citizenship under section 5 or subsection 11(1) or administered the oath of citizenship [...] (c) while the person is under investigation by the Minister of Justice, the Royal Canadian Mounted Police or the Canadian Security Intelligence Service for, or is charged with, on trial for, subject to or a party to an appeal relating to, an offence under any of sections 4 to 7 of the Crimes Against Humanity and War Crimes Act; (d) if the person has been convicted of an offence under any of sections 4 to 7 of the Crimes Against Humanity and War Crimes Act.»

Con el nuevo marco jurídico, como señala el informe correspondiente del Programa de crímenes de guerra, el espectro entero de opciones para la persecución de los criminales de guerra quedaba abierto al gobierno de Canadá: el procesamiento, la extradición, la entrega a tribunales internacionales, la prohibición de acceso a Canadá, la exclusión del estatuto de refugiado, la revocación de la ciudadanía y la deportación¹⁷⁸.

5.2. UN BALANCE DE LAS MEDIDAS ADMINISTRATIVAS

Los datos avalan el éxito de las medidas administrativas dirigidas a impedir la entrada en Canadá de personas sospechosas de estar implicadas en la comisión de crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad y prueban, en cambio, las dificultades de la actuación respecto de las personas que ya se encuentran en el país y han obtenido la condición de resi-

¹⁷⁷ «112. (1) A person in Canada, other than a person referred to in subsection 115(1), may, in accordance with the regulations, apply to the Minister for protection if they are subject to a removal order that is in force or are named in a certificate described in subsection 77(1). [...] (3) Refugee protection may not result from an application for protection if the person (a) is determined to be inadmissible on grounds of security, violating human or international rights or organized criminality; [...]»

¹⁷⁸ *Canada's War Crimes Program. Annual Report 1999-2000*, p.13.

dentes o la de refugiadas, en especial, las implicadas en crímenes cometidos durante la segunda guerra mundial.

En relación con el Programa de crímenes de la segunda guerra mundial, desde 1995 y hasta finales de 2006, se habían iniciado 20 procedimientos de revocación de la ciudadanía y expulsión: 1 de ellos estaba en curso ante la Corte Federal de Canadá (Seifert); 6 habían terminado de acuerdo con las pretensiones del Gobierno, de declaración de fraude en el momento de solicitar la ciudadanía (Oberlander, Odynsky, Katriuk, Fast, Obodzinsky, Baumgartner, Furman, Skomatzuk); de ellos Obodzinsky y Baumgartner han fallecido antes de la revocación de su ciudadanía. En 4 casos se había llegado a la revocación de ciudadanía (Csatory, Maciukas, Bogutin, Kisluk); no obstante los dos primeros habían abandonado voluntariamente el país sin continuar el procedimiento y los dos segundos fallecieron antes de ser deportados. En 3 casos el procedimiento había sido favorable a los ciudadanos implicados (Vitols, Dueck and Podins). En los 4 casos restantes, los implicados habían fallecido durante el procedimiento (Bogutin, Kenstavicius, Tobiass and Nemsila)¹⁷⁹. La única deportación efectiva se refería a un caso iniciado en 1988, con anterioridad por tanto a 1995, el ya mencionado de Jacob Luitjens, que fue deportado en 1992.

En este contexto un dato extraordinariamente llamativo es el de la lentitud de los procedimientos relativos a crímenes de la segunda guerra mundial, que afectaban obviamente a personas de edad avanzada. No solamente por el desarrollo de los procedimientos de privación de la residencia o la ciudadanía y de expulsión, sino por la demora en la ejecución de las decisiones de deportación. De esta manera varias personas han fallecido durante los procedimientos, incluso después de revocada la ciudadanía e iniciado el procedimiento de expulsión (Wasily Bogutin, Serge Kisluk, Ludwig Nebel, Erichs Tobiass, Antanas Kenstavicius, Josef Nemsila, Walter Obodzinsky y Michael Baumgartner hasta julio de 2005). En el caso de Kisluk, los procedimientos se habían iniciado en 1997 y falleció en mayo de 2001. En el caso de Baumgartner, los procedimientos se habían iniciado en 1997 y falleció en julio de 2005.

Otros casos abiertos se iniciaron hace más de diez años. Por ejemplo, los de Vladimir Katriuk (iniciado en agosto de 1996), Wasyl Odynsky (septiembre de 1997). Y algunos más recientes avanzan a un ritmo muy lento. El de Jacob Fast se inició en septiembre de 1999 y no ha sido considerado culpable por la Corte Federal hasta octubre de

¹⁷⁹ *Annual Report of the War Crimes Program 2005-2006.*

2003. Continúa pendiente el procedimiento relativo a Michael Seifert, sobre quien pesa además una solicitud de extradición¹⁸⁰, que se inició en noviembre de 2001.

Pero junto a los problemas de lentitud no dejan de plantearse nuevos obstáculos jurídicos, como lo muestra el caso de Helmut Oberlander, sobre el que se volverá más adelante.

En relación con el Programa de crímenes de guerra modernos, y según datos del Último informe publicado, correspondiente al período abril 2005-marzo 2006, globalmente desde el inicio del Programa se ha impedido la entrada en Canadá a cerca de 3400 personas supuestamente implicadas en crímenes de guerra o crímenes contra la humanidad, se ha excluido de la condición de refugiado a 564 y se ha expulsado de Canadá a otras 408, en la medida en que se puede deportar a las personas excluidas del estatuto de refugiado o cuya entrada está prohibida o cuya ciudadanía se ha revocado; todo ello en relación con casi 30.000 casos investigados¹⁸¹. Junto al examen de los casos concretos el Programa ha desarrollado una actividad continuada de identificación de personas implicadas y ha configurado listas de personas sospechosas por países y por regímenes.

Por otra parte otros dos regímenes se han añadido en los últimos años a la lista aludida en la Ley de Inmigración y del Estatuto de Refugiado. Se trata del régimen de los talibanes en Afganistán, entre el 27 de septiembre de 1996 y el 22 de diciembre de 2001, y del Gobierno de Etiopía encabezado por Mengistu Haile Mariam entre el 12 de septiembre de 1974 y el 21 de mayo de 1991¹⁸².

5.3. PROBLEMAS DE CONSTITUCIONALIDAD EN RELACIÓN CON LOS PROCEDIMIENTOS DE REVOCACIÓN DE LA CIUDADANÍA: EL CASO OBERLANDER

Helmut Oberlander, ucraniano de origen alemán, emigró a Canadá en 1954 y obtuvo la ciudadanía en 1960. Treinta y cinco años más tarde, el 27 de enero de 1995, el Ministro de Ciudadanía e Inmigración notificó a Oberlander que iba a proceder a presentar el informe previsto en la legis-

¹⁸⁰ Por parte de Italia, que lo condenó en noviembre de 2000 a cadena perpetua, por su participación en diversos crímenes en tanto que guardia del campo de concentración de Bolzano. El proceso de extradición continúa de manera paralela al de revocación de la ciudadanía.

¹⁸¹ *Annual Report of the War Crimes Program 2005-2006*, p.2 y Appendix 3, p.16.

¹⁸² *Annual Report of the War Crimes Program 2004-2005*, Appendix 4, p.18.

lación¹⁸³ con objeto de privarle de su ciudadanía, como paso previo a su deportación, por haber falseado o haber ocultado, en el momento de solicitar la ciudadanía, su implicación en una de las unidades paramilitares nazis responsables de ejecuciones masivas de civiles en la Unión Soviética ocupada, que actuó en Ucrania y Crimen (Einsatzgruppe D, 10a)¹⁸⁴. Oberlander, que tenía entonces 71 años, abandonó su domicilio en abril pero fue localizado en Florida, Estados Unidos, y devuelto a Canadá, el 9 de mayo de ese mismo año.

Oberlander hizo uso, primeramente, de su derecho a someter la cuestión con carácter previo ante la Corte Federal de Canadá, en 1995. Tras la resolución de diversas cuestiones previas¹⁸⁵, el Juez de la Corte Federal, Andrew MacKay, le consideró culpable en febrero de 2000, por haber ocultado su pertenencia al *Einsatzkommando 10a*, unidad responsable de múltiples ejecución de civiles en durante la ocupación de la Unión Soviética¹⁸⁶. El Juez consideró probado que Oberlander no pertenecía a las SS aunque sí al *Ek 10*, en el que desempeñaba funciones de intérprete, hasta finales de 1943 en que quedó integrado en el ejército regular alemán. No obstante, para el Juez no hay evidencia de que Oberlander participara directamente en ninguno de los crímenes cometidos contra civiles¹⁸⁷.

Oberlander y su esposa solicitaron emigrar a Canadá en abril de 1952. Aunque en ese momento el formulario de solicitud no incluía cuestiones específicas sobre las actividades realizadas durante la segunda guerra mundial, el Juez destaca que los solicitantes, según el procedimiento establecido fueron sometidos, entre otros trámites, a una entrevista por parte

¹⁸³ Los artículos 10 y 18 de la *Citizenship Act*.

¹⁸⁴ Otto Ohlendorf, el Comandante del Einsatzgruppe D, uno de los cuatro Einsatzgruppe, quien reconoció su participación en el asesinato de 90.000 personas entre junio de 1941 y junio de 1942 fue condenado a muerte por un Tribunal militar norteamericano en Nuremberg y fue ahorcado en 1951; al respecto, véase <http://www.law.umkc.edu/faculty/projects/trials/nuremberg/NurembergEinsatzgruppenTrial.html>. El comandante del escuadrón 10, Heinrich Seesteen, fue arrestado en 1945 por tropas británicas y se suicidó en Hamburgo, poco después.

¹⁸⁵ Se detallan en la decisión del Juez Reilly: Ontario Superior Court, Justice R.D. Reilly, *Oberlander v. Canada (Attorney General)*, (2004-01-06) ONSC C-1076-03, pars. 9-10.

¹⁸⁶ *Canada (M.C.I.) v. Oberlander*, [2000] F.C.J. No.229, MacKay J., 28 February 2000.

¹⁸⁷ «[197] There is no evidence that the respondent participated in any of the atrocities committed against civilians by Ek 10a. His testimony that he did not know the name of the unit until 1970 is not credible, i.e., it is not worthy of belief, nor is his claim that he only came to know of Ek 10a action against Jews, that is, their «resettlement», which he learned meant execution, when he was at Krasnodar and Novorossiysk in the fall of 1942.»

de un agente de la RPMC dotado de plenos poderes para rechazar la continuación del trámite¹⁸⁸. Por ello considera carente de credibilidad la afirmación de Oberlander en el sentido de que no le pidieron explicaciones sobre su actividad durante la guerra. En esa medida considera que habiendo sido interrogado sobre el tema, si hubiera contestado la verdad,

«[208] ... including his experience as an interpreter with Ek 10a for the SD, an organization determined in 1946 to be criminal, his application would have been rejected, either because he would have been perceived to be a member of the SD, even if he were not, or because he would have been perceived as a collaborator. Either perception was a reason for rejection on security grounds. If the security officer had any doubt about whether he should be rejected Mr. Oberlander would have been rejected and he would not have passed stage B.»

Puesto que ello no sucedió, el Juez considera que Oberlander mintió u ocultó hechos relevantes cuando fue entrevistado por el oficial de seguridad. La obtención de la residencia le permitiría después obtener la ciudadanía. Por todo lo cual concluye que:

«[214] In the result, I find that the respondent, Helmut Oberlander, obtained citizenship in Canada by false representation or by knowingly concealing material circumstances within the meaning of s. 18(1) of the Citizenship Act. A decision to that effect is now issued.»

¹⁸⁸ «[203] The established process provided that applicants appearing for interview would be first seen in a face to face interview by the security officer whose principal attention was directed to the background and experience of the applicant, his or her origin, former addresses, employment and military or other service over a decade and including the years of World War II. If that detail was not provided by the application form it would be sought at the interview, since the security officer's task was to assess whether or not the applicant should be rejected in accord with criteria established, originally by the R.C.M.P. and later modified by the Security Panel, a group of senior public servants, which coordinated security practices and provided support to a committee of Cabinet at Ottawa.

[204] At the conclusion of an interview the decision of the security officer was marked on the application file as «passed» or «not passed» stage B. If he had any doubt whether the applicant was among those who should be rejected the security officer rejected him or her, in the interests of Canada. That decision was final, not subject to review by a visa officer or anyone else. No reasons were given. The applicant was not informed of that decision. He or she was passed on for medical examination and then for interview by the visa officer, who alone advised the applicant whether or not he was considered to have met requirements for immigration, and, if not, no further explanation was offered that would reflect the security officer's decision.»

La Ministra de Ciudadanía e Inmigración formalizó el informe previsto en el artículo 10 de la ley de Ciudadanía y el 12 de julio de 2001, fue revocada la ciudadanía canadiense de Oberlander mediante una decisión del Gobernador en Consejo (*Governor-in-Council*)¹⁸⁹.

El 31 de octubre de 2001 Oberlander solicitó la revisión judicial de la decisión ante la Corte Federal¹⁹⁰. El 1 de agosto de 2003, el Juez Martineau, encargado del control judicial de la decisión rechazó estimar el recurso al considerar que la decisión de revocación de la ciudadanía de Oberlander había sido correcta.

Oberlander emprendió entonces dos acciones paralelas.

Por una parte, formuló un recurso ante la Corte Superior de Ontario, para anular la orden de revocación de la ciudadanía y para obtener la suspensión del procedimiento de deportación, mientras no se resolviera la primera cuestión. Su alegación de fondo se basaba en la supuesta vulneración de distintos derechos contemplados en la Carta Canadiense de Derechos Humanos.

A este respecto, y tras analizar los distintos motivos alegados, el Juez Robert Reilly concluye, el 6 de enero de 2004¹⁹¹, que hay argumentos suficientes para declararse competente para analizar el fondo de la reclamación y acuerda suspender el procedimiento de deportación en tanto no se produzca la decisión sobre el fondo. El Juez considera que la sustancia de las alegaciones no tiene tanto que ver con problemas de emigración y deportación, como con las exigencias constitucionales vinculadas a la revocación de la ciudadanía¹⁹², lo que hace a la Corte Superior de Ontario tan competente como lo pueda ser la Corte Federal. (pars. 15-24).

De entre las consideraciones expresadas por el Juez es especialmente relevante el cuestionamiento del procedimiento de adopción de las deci-

¹⁸⁹ Se trata, formalmente de una decisión administrativa (Orders in Council) que adopta el Gobernador general, representante de la Reina en Canadá, a recomendación del gobierno federal, que se reúne mediante un Comité que debe contar con un quórum de cuatro miembros (Governor in Council).

¹⁹⁰ También solicitó la suspensión del procedimiento de deportación en tanto no se resolviera el recurso. El 11 de julio de 2002, el Juez Kelen denegó la suspensión, decisión corroborada el 3 de marzo de 2003 por la Corte Federal de Apelación.

¹⁹¹ Ontario Superior Court, Justice R.D. Reilly, *Oberlander v. Canada* (Attorney General), (2004-01-06) ONSC C-1076-03. El Gobierno ha recurrido en apelación.

¹⁹² «[45] ... In sum, I can think of no consequence, apart from a sentence of several years imprisonment in a penitentiary, which would be more significant to a responsible citizen than the loss of that citizenship. Mr. Oberlander, by the decision of the Governor in Council, has been rendered in effect a stateless person. When he was granted his Canadian citizenship in 1960 he was required to renounce his German citizenship. He has spent virtually the whole of his adult life as a citizen of Canada. Now he can no longer rely upon the benefits of citizenship. ...»

siones de revocación de la ciudadanía, especialmente por el hecho de que se desconoce qué miembros del Gobierno participaron en la decisión, al no existir un acta del desarrollo de la sesión, información que el gobierno considera protegida por la confidencialidad y por el hecho de que no hay otra motivación de la decisión, distinta del texto contenido en el Informe de la Ministra o de la propia decisión.

Además de apuntarse una cierta indefensión del afectado por el procedimiento, el Juez pone de relieve lo que puede constituir, a su juicio, un conflicto de intereses, por la eventual presencia de la Ministra de Ciudadanía e Inmigración y de la Ministra de Justicia (y Fiscal General del Estado) en el Comité que adopta la decisión:

«[55] Arguably of greater significance, no information is given with respect to which Ministers or how many Ministers constituted the tribunal. Indeed, the material presented to me on the «threshold» issue with respect to the application permits the inference that the Minister of Citizenship and Immigration, and perhaps the Attorney General of Canada as well, sat as members of the Governor in Council in deciding whether to revoke Mr. Oberlander's citizenship. If these Ministers did indeed «preside» as part of the tribunal, as members of the Governor in Council deciding the issue, then they were involved in a clear conflict of interest. The court to date has been given no assurances either way.»

Por otra parte, la defensa de Oberlander presentó un recurso de apelación contra la decisión del Juez Martineau, de la Corte Federal. A la vista del mismo, en mayo de 2004, la Corte Federal de Apelación¹⁹³ anuló, de manera unánime, la decisión de revocación de la ciudadanía de Oberlander por la razón, expuesta por el Juez Décary, de que el Informe del Ministro de Ciudadanía e Inmigración, que había fundamentado la decisión, no había probado el encaje del caso de Oberlander en la política definida por el Gobierno en relación con los crímenes cometidos durante la segunda guerra mundial¹⁹⁴ y que la decisión adoptada no superaba el umbral de razonabilidad necesario:

¹⁹³ Oberlander v. Canada (Attorney General) (F.C.A.), 2004 FCA 213, May 31, 2004.

¹⁹⁴ «[59]The Minister's report does refer to the «no safe haven» policy but does not analyse why it is that Mr. Oberlander fits within the policy which, the report fails to mention, applies only to suspected war criminals. In face of the express finding by Mr. Justice MacKay that no evidence was presented about any personal involvement of Mr. Oberlander in war crimes, one would expect the Governor in Council to at least explain why, in its view, a policy which, by its very –and underlined– words applied only to suspected war criminals, applied to someone who served only as an interpreter in the German army...»

«[60]The Governor in Council could not reasonably come to the conclusion that the policy applied to Mr. Oberlander without first forming an opinion as to whether there was evidence permitting a finding (not made by the reference Judge) that Mr. Oberlander could be suspected of being complicit in the activities of an organization with a single, brutal purpose. The reviewing Judge took upon himself to decide what the Governor in Council had omitted to examine and decide, that EK 10a was an organization with a single, brutal purpose and that Mr. Oberlander was complicit in the organization's activities. The decision of the Governor in Council in that regard cannot be supplemented by that of the reviewing Judge. The decision of the Governor in Council is not reasonable as it fails to make the appropriate findings and relate them to the person whose citizenship was at issue.»

No obstante la Corte estableció que el Ministro podía emitir un nuevo informe conforme a la sentencia.

5.4. LA PERSECUCIÓN PENAL EN APLICACIÓN DE LA NUEVA LEY: EL CASO MUNYANEZA

Desde el inicio de su actividad en el marco del Programa de crímenes de la segunda guerra mundial, el Departamento de Justicia ha examinado alrededor de 1800 casos a los efectos de su eventual persecución penal. En marzo de 2006, 37 expedientes estaban siendo investigados a fondo y otros 218 de manera preliminar. En el marco del Programa de crímenes de guerra modernos, estaban siendo investigados más de 57 expedientes; 4 investigaciones se han cerrado con recomendación de persecución penal, pendientes de la consideración del Ministerio de Justicia y, en su caso, de la autorización del Fiscal general¹⁹⁵.

El primer caso que ha sido objeto de persecución penal en aplicación de la Ley sobre crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra es el de Désiré Munyaneza.

Désiré Munyaneza (1966) era un importante comerciante afincado en Butare (Ruanda). Bien relacionado en los medios oficiales y militares locales, participó activamente en el genocidio de 1984. Se le imputa el

¹⁹⁵ *Annual Report of the War Crimes Program 2005-2006*, p.2 y Appendix 2.

control de las barricadas situadas en las carreteras de acceso al pueblo, donde se asesinaba a cualquier persona identificada como perteneciente a la etnia tutsi y la comisión así como la incitación a la comisión de numerosas violaciones de mujeres.

Munyaneza viajó a Canadá en 1997, con un pasaporte falsificado de Camerún, y solicitó el estatuto de refugiado, alegando que su vida corría peligro si era devuelto a Ruanda. El 20 de septiembre de 2000 la Sección del Estatuto de Refugiado de la CIER consideró que había razones para creer que estaba implicado en crímenes contra la humanidad y denegó la petición, de acuerdo con el Artículo 1.F.a de la Convención de 1951. El 24 de enero de 2001 la misma Sección rechazó la petición de autorización de control judicial en relación con la primera decisión.

El 21 de noviembre de 2001 la misma Sección, con una composición distinta, rechazó la petición de reapertura de la audiencia basada en la presentación de nuevas pruebas. La Sección consideró que carecía de competencia para reabrir el caso. Esta decisión fue confirmada el 21 de noviembre de 2002, por la Sección de primera instancia de la Corte Federal de Canadá, que rechazó¹⁹⁶ el recurso contra la misma.

No obstante, en este caso, el Ministerio de Justicia decidió abrir un proceso penal, en aplicación, por primera vez, de la Ley de crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra de 2000¹⁹⁷. El 19 de octubre de 2005, Munyaneza fue detenido en Toronto. El acta de acusación contiene dos cargos de genocidio, cuatro de crímenes contra la humanidad (asesinatos y violencia sexual) y uno de crímenes de guerra (pillaje) en relación con los hechos de Butaré (Ruanda), perpetrados contra la población tutsi, entre el 1 de abril y el 31 de julio de 1994.

El 30 de octubre de 2006, la defensa de Munyaneza presenta un recurso en el sentido de que los cargos 1 a 6 del acta de acusación no son sufi-

¹⁹⁶ *Munyaneza v. Canada (Minister of Citizenship & Immigration)*, 2002 CFPI 1203, 21 noviembre 2002.

¹⁹⁷ En el seno del Programa Canadiense de crímenes de guerra se elabora un inventario de casos susceptibles de persecución penal. Para su consideración prioritaria se tienen en cuenta distintos factores: Casos en que se aprecia una implicación personal o responsabilidad como superior; en que hay buenas posibilidades de acceso a las pruebas (cooperación de otros gobiernos, testigos, documentos); gravedad de la acusación; presencia de víctimas o testigos en Canadá; imposibilidad de acción administrativa para expulsar a dicha persona de Canadá; probabilidades de que efectivamente sometida a un juicio justo en otro país; conexión con una investigación más amplia; caso sobre el que haya otras investigaciones penales nacionales o internacionales en curso; facilidad de comprobación de la credibilidad de las alegaciones; Rikhof, J., 6 *YIHL* (2003), pp. 472-473; también Rikhof, J., «Canada and War Criminals: The Policy, the Program, and the Results», cit., pp. 7-8.

cientemente precisos¹⁹⁸ y de que el delito contemplado en el cargo 7 (pillaje) no existe en Derecho canadiense.

En su decisión de 20 de noviembre de 2006, el Juez André Denis rechaza las peticiones de Munyaneza¹⁹⁹. En la misma el Juez hace algunas consideraciones sobre la relación entre el derecho internacional y el derecho canadiense. Así, para justificar que es posible agrupar en un mismo cargo hechos relativos a personas distintas el Juez se remite a la práctica de los tribunales penales internacionales con el apoyo de la sentencia Mugesera²⁰⁰.

El Juez considera que la petición de precisión en los cargos no está justificada, de acuerdo con la Ley de 2000:

«[31] Encore une fois, vouloir assimiler une accusation de crime de guerre, crime contre l'humanité et génocide dont les faits remontent à 1994 et se déroulent sur quatre mois à une infraction commune prévue au Code criminel rendrait la Loi sans effet.

[32] Non pas que l'accusé ne jouisse pas de toutes les protections constitutionnelles prévues aux lois canadiennes. Cependant, les particularités de la Loi et le genre d'infraction reconnues par le législateur invite le tribunal à faire preuve de la souplesse et de l'inventivité propres à l'affaire.

[33] L'accusé réclame le nom de chaque personne tuée et dont il aurait la responsabilité, la liste de chaque endroit pillé, etc. Ce genre de renseignement est impossible à fournir et n'est pas essentiel à la préparation d'une défense pleine et entière pour le type d'infraction qui lui est reproché.

Para el Juez, finalmente, la Ley de 2000 incorpora el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional²⁰¹. Por tanto incorpora también el delito de pillaje contenido en el mismo:

¹⁹⁸ En contra de lo que establece el artículo 581 del Código Penal, en sus apartados 1 y 3(1) y (3):

«581. ((1) Chaque chef dans un acte d'accusation s'applique, en général, à une seule affaire; il doit contenir en substance une déclaration portant que l'accusé ou le défendeur a commis l'infraction qui y est mentionnée. [...] (3) [Un chef d'accusation doit contenir, à l'égard des circonstances de l'infraction présumée, des détails suffisants pour renseigner raisonnablement le prévenu sur l'acte ou omission à prouver contre lui, et pour identifier l'affaire mentionnée, mais autrement l'absence ou insuffisance de détails ne vicie pas le chef d'accusation.]»

¹⁹⁹ Court Supérieure, Province de Québec, District de Montréal, n.º 500-73-002500-052, Sa Majesté La Reine c. Désiré Munyaneza, 20 novembre 2006.

²⁰⁰ «[25] K'arrêt Nygesera c. Canada (Ministre de la citoyenneté et de l'immigration), 2005 SCC 40 invite à profiter de la sagesse des tribunaux internationaux.»; *Ibid.*

²⁰¹ *Ibid.*, §12.

«[46] La Loi incorpore en annexe le Statut de Rome. L'article 8 du Statut définit les crimes de guerre. A l'alinéa XVI, de l'article 8 b) on y inclut: ((le pillage d'une ville ou d'une localité même prise d'assaut) dans le cadre des violations graves des lois et coutumes applicables aux conflits armés internationaux.

[47] À l'alinéa V de l'article 8e), la même définition s'applique aux conflits armés ne présentant pas un caractère international.

[48] Le Statut de Rome a été signé par le Canada et incorporé à la Loi. L'infraction de pillage y existe. Il est donc inexact de soutenir que c'est une infraction inconnue en droit canadien.»

Durante los meses de enero y febrero de 2007, se desarrollaron audiencias preliminares en Ruanda, en la sede de la Corte Suprema en Kigali. El 26 de marzo de 2007 se inició el juicio en la Corte Superior de Montreal²⁰² y, en la medida en que va a requerir la celebración de nuevas sesiones fuera de Canadá, no se espera que termine antes de finales de 2008.

6. CONSIDERACIONES FINALES

A partir de las recomendaciones contenidas en el informe de 1986 de la Comisión Deschênes la acción de los sucesivos gobiernos ha dado como resultado una lenta materialización de la política de que el Canadá no sea un refugio seguro para los criminales de guerra y los criminales contra la humanidad.

Esta acción se ha basado en diversas reformas legislativas de las leyes penales, de ciudadanía y de inmigración y refugio, en la creación de instrumentos institucionales específicos –como el Programa de crímenes de guerra en el marco del cual se han concertado el Ministerio de Justicia, la Real Policía Montada del Canadá y el Ministerio de Ciudadanía e Inmigración– y de estrategias que han tratado de compatibilizar la acción penal con la acción administrativa para actuar contra quienes han estado implicados en la comisión de crímenes de guerra o crímenes contra la humanidad.

²⁰² La denominación oficial del caso es: Sa Majesté la Reine, c. Désiré Munyaneza, No: 500-73-002500-052, Cour Supérieur du Québec, District de Montréal, Chambre Criminelle - Province de Québec, Canada / Her Majesty the Queen v. Désiré Munyaneza, No: 500-73-002500-052, Montreal Superior Court, Criminal Division - Province of Quebec, Canada.

Al final del proceso las autoridades canadienses han llegado a contar con un elenco teórico de posibilidades de acción que comprende instrumentos administrativos como la prohibición de acceso a Canadá, la exclusión del estatuto de refugiado, la revocación de la ciudadanía y la deportación, e instrumentos penales como el procesamiento, la extradición o la entrega a tribunales internacionales.

Sin embargo, por distintos motivos, algunas de las vías progresivamente abiertas han ido quedando obstaculizadas, cuando no cerradas, como consecuencia de los problemas para su aplicación que han suscitado distintos órganos judiciales. Ello ha sido especialmente evidente en relación con crímenes cometidos durante la segunda guerra mundial. Por esa razón el balance ofrece luces y sombras.

Respecto de las medidas administrativas, los datos avalan su éxito en lo que se refiere a las medidas preventivas dirigidas a impedir la entrada en Canadá de personas sospechosas de estar implicadas en la comisión de crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad y prueban, en cambio, las dificultades de la actuación respecto de las personas que ya se encuentran en el país y han obtenido la residencia permanente, la ciudadanía o la condición de refugiadas, en especial, las implicadas en crímenes cometidos durante la segunda guerra mundial.

Dejando aparte los casos en que las medidas propuestas carecieran de justificación, interesa aquí señalar dos tipos de problemas: los que afectan a la naturaleza de las medidas y los que afectan a la eficacia de las medidas. En relación con los primeros las cuestiones más problemáticas se han referido a las garantías de los afectados en la revocación de la ciudadanía y a la deportación, y a la necesidad de una cierta calificación penal para activar la decisión administrativa. En relación con los segundos el problema principal ha sido el de la excesiva demora en algunos de los procedimientos que han llegado a una decisión final y en la lentitud en la ejecución de dichas decisiones.

El primer proceso de revocación de la ciudadanía y de expulsión, de acuerdo con las modificaciones introducidas en la Ley de Inmigración en 1987, se inició en 1988: Jacob Luitjens fue privado de la ciudadanía canadiense y deportado a los Países Bajos en noviembre de 1992.

Sin embargo, con posterioridad a este caso, las cosas han resultado particularmente complicadas y el número de casos en que se ha retirado la ciudadanía ha sido mínimo en relación con los crímenes de la segunda guerra mundial; por distintos motivos, entre ellos el fallecimiento de los afectados durante procedimientos que se han prolongado durante años. Pero además ni siquiera en esos casos los afectados abandonaron el país

como consecuencia de la decisión de expulsión, en gran parte como consecuencia de la demora en la ejecución de las decisiones de deportación.

En relación con el Programa de crímenes de guerra modernos los resultados son mejores. Según los datos disponibles, se ha impedido la entrada en Canadá a unas tres mil personas, supuestamente implicadas en crímenes de guerra o crímenes contra la humanidad, se ha excluido de la condición de refugiado a más de quinientas y se ha expulsado de Canadá a más de trescientas. Además, el Programa ha desarrollado una actividad continuada de identificación de personas sospechosas, por países y por regímenes.

Pero la agilidad en el proceso de adopción y ejecución de decisiones no ha mejorado sustancialmente. Y ello se debe no solamente al propio procedimiento sino a las consideraciones que, con posterioridad a la decisión final de expulsión, atañen a la ejecución de la misma y, de manera muy particular, a la vigencia del principio de *non refoulement*.

En el caso de León Mugesera, tras más de diez años de procedimientos y distintas resoluciones judiciales no coincidentes, el 28 de junio de 2005, la Corte Suprema de Canadá restauró la orden de expulsión contra León Mugesera, previamente anulada en instancias inferiores. La Corte estimó fundados los cargos de incitación al asesinato y al genocidio, así como la participación en un crimen contra la humanidad, lo que confirmaba la razonabilidad de la decisión de expulsión. Pero, a pesar de la decisión de la Corte Suprema, Mugesera no ha sido expulsado a Ruanda, ni se ha accedido a la extradición solicitada por Ruanda, debido a consideraciones vinculadas con la posible aplicación al mismo de torturas o de la pena de muerte, pero tampoco ha sido juzgado en Canadá. Representa un ejemplo palmario de la ineficiencia de la alternativa de las medidas administrativas.

Otro aspecto de particular significación han sido los motivos relativos a la preservación de los derechos de los afectados durante el procedimiento de revocación de la ciudadanía y de expulsión, que se han considerado, en algunos puntos, incompatible con las exigencias de la Carta canadiense de derechos y libertades.

Un caso especialmente ilustrativo es el de Helmut Oberlander, cuyo procedimiento se inició en 1995, a quien el Gobierno privó de su ciudadanía en 2001 y a quien la Corte Federal de Apelación se la ha devuelto en 2004. En este caso se ha puesto de relieve los problemas que suscita una decisión de expulsión adoptada en un contexto de escasa información al interesado e insuficientemente motivada. En el ámbito de la expulsión de refugiados, aunque en relación con el terrorismo, una situación similar se

ha planteado en la decisión de la Corte Suprema de Canadá, de 11 de enero de 2002, en el caso Suresh. En este sentido este es un problema recurrente en relación con las medidas adoptadas en distintos Estados para hacer frente al terrorismo, en especial después del 11 de septiembre de 2001.

Por último, es preciso destacar que no existe una real autonomía de la alegación de fraude en la solicitud de entrada en Canadá o en la adquisición de la ciudadanía por ocultar o falsear hechos relevantes a las autoridades de inmigración acerca de la participación en crímenes de guerra o contra la humanidad, como motivo para revocar la residencia, la condición de refugiado o la ciudadanía. En la medida en que se considere, como se hizo en el caso Mugesera, que la participación en uno de esos actos criminales no es una cuestión de hecho, sino de derecho, se dificulta la alegación de un fraude sobre hechos. Es preciso probar por tanto, aunque con un umbral más bajo de exigencia que el que se daría en un proceso penal, que hay algún nivel de implicación o complicidad en la comisión de dichos crímenes. Ello hace mucho más complejo el procedimiento administrativo correspondiente.

En lo que se refiere a las medidas penales adoptadas por Canadá, los resultados son decepcionantes.

Por una parte, Albert Helmut Rauca extraditado el 20 de mayo de 1983 a la República Federal de Alemania es el primero y, hasta ahora, el único caso de extradición por crímenes de guerra desde Canadá.

Por otra parte, y a pesar de varios intentos, solamente un juicio llegó a su término en Canadá, y el resultado fue la absolución de Imre Finta, confirmada por la Corte Suprema el 24 de marzo de 1994. No ha habido por tanto ninguna condena penal por crímenes de guerra o crímenes contra la humanidad, desde los juicios celebrados en Alemania tras la segunda guerra mundial. Tras la decisión de la Corte Suprema de Canadá en el caso Finta se impuso la percepción de que no sería posible proseguir con éxito una persecución penal en Canadá por crímenes de guerra o crímenes contra la humanidad cometidos durante la segunda guerra mundial. Y efectivamente el primer caso penal abierto lo ha sido muchos años después, en 2005, y referido a crímenes cometidos en el marco del conflicto armado de 1994 en Ruanda.

No obstante de la jurisprudencia en el caso Finta y de su revisión parcial en el caso Mugesera pueden extraerse algunas conclusiones relevantes desde el punto de vista de la persecución administrativa y penal de los crímenes de guerra y de los crímenes contra la humanidad en Canadá. Se trata de las siguientes: a) la relevancia de la presencia del jurado y de su correcta orientación por los jueces, en la medida en que el jurado es quien

debe apreciar la presencia de los distintos elementos de los crímenes de guerra y contra la humanidad en el caso concreto; b) la conformidad con el Artículo 11 de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades de las disposiciones que permiten juzgar en Canadá crímenes cometidos fuera del país; c) la consideración de que los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad ya eran considerados como tales por el derecho internacional durante la segunda guerra mundial; d) la adecuación de la caracterización del conjunto de elementos objetivos y subjetivos de los crímenes a la vigente en el derecho internacional, tal como se deduce de la práctica de los tribunales internacionales ad hoc para la antigua Yugoslavia y Ruanda, con la supresión, por ejemplo de la exigencia de una intención discriminatoria en entre los elementos de cualquier crimen contra la humanidad; y e) de manera general, la constatación de las dificultades para abogados, jueces y fiscales para afrontar juicios sobre hechos sucedidos años antes en un lugar alejado a aquel en el que se celebraba el juicio y trabajar con conceptos jurídicos procedentes del Derecho internacional, sobre los cuales la jurisprudencia nacional es escasa y divergente y la jurisprudencia internacional es todavía limitada, poco consolidada e insuficientemente conocida.

En todo caso y junto a la política preventiva respaldada por medidas administrativas, la ratificación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional –un proyecto en que la implicación canadiense ha sido determinante– y su posterior entrada en vigor han ofrecido el contexto adecuado para un impulso a la reapertura de la vía de la represión penal en Canadá de crímenes de guerra cometidos fuera del país.

Así, Canadá ha adoptado, en el año 2000, la Ley sobre los Crímenes contra la Humanidad y los Crímenes de Guerra, que facilita la persecución penal de los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad. El primer caso en que se ha utilizado es el del ciudadano ruandés Désiré Munyaneza, que se encuentra en Canadá desde 1997 y a quien se denegó el estatuto de refugiado y cuyo juicio comenzó en marzo de 2007, ante la Corte Superior de Montreal. En este caso, el Ministerio de Justicia decidió abrir un proceso penal. El acta de acusación contiene cargos de genocidio, de crímenes contra la humanidad y de crímenes de guerra, en relación con hechos sucedidos en Butaré (Ruanda), y perpetrados contra la población tutsi, entre el 1 de abril y el 31 de julio de 1994.

La reapertura de la vía penal en Canadá es particularmente relevante por dos razones. La primera es que, en muchos supuestos, el derecho internacional convencional impone obligaciones de extraditar o juzgar, que no son satisfechas mediante la simple deportación de los presuntos implica-

dos a terceros países. La segunda es que el sistema articulado en torno a la nueva Corte Penal Internacional se basa en la complementariedad de la jurisdicción de la Corte respecto de las jurisdicciones nacionales y presupone por tanto una actividad ordinaria de éstas en la persecución de los más graves crímenes de trascendencia internacional. Y, por su reconocida trayectoria en el impulso de la Corte, Canadá se encuentra ante la obligación moral de dar ejemplo a la Comunidad internacional. Aunque, en este caso, se trate de una complementariedad, no respecto de la Corte Penal Internacional, que carece de competencia, sino en relación con el Tribunal Penal Internacional para Rwanda.

Pero para que esta actividad sea eficaz es preciso reunir, como lo demuestra el proceso analizado, por lo menos cuatro elementos: un apoyo social significativo a la idea de que la represión de tales crímenes forma parte de un interés sentido y compartido; una voluntad política de participar como Estado en dicha tarea; el desarrollo y la aplicación de los instrumentos normativos necesarios para acometer dicha persecución penal con las debidas garantías y la provisión de los recursos humanos y económicos necesarios, y, finalmente, la formación especializada en materia de derecho internacional y derecho penal necesaria para los operadores jurídicos básicos (abogados, fiscales y jueces), particularmente importante en la medida en que, normalmente, los juicios se celebrarán con la participación de un jurado.

EL CONTROL JUDICIAL A LA INTERCEPTACIÓN DE LAS COMUNICACIONES: ESPECIAL REFERENCIA AL CONTROL JUDICIAL PREVIO A LAS INTERVENCIONES DEL CENTRO NACIONAL DE INTELIGENCIA

Francisco Luis Pascual Sarriá
Teniente Coronel Auditor

SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN. II. LA INVIOLABILIDAD DE LAS COMUNICACIONES. II.1. El marco legislativo. II.2 La intervención de las comunicaciones: II.2.1. Concepto y presupuestos. II.2.2. Requisitos. III. EL SERVICIO DE INTELIGENCIA EN ESPAÑA: NECESIDAD DE CONTROL JUDICIAL DE SUS ACTIVIDADES. III.1. Los Servicios de Inteligencia antes de la creación del Centro Nacional de Inteligencia. III. 2. La necesidad de someter a control judicial las intervenciones telefónicas del CESID. IV. EL CONTROL JUDICIAL PREVIO DE LAS INTERVENCIONES TELEFÓNICA DEL CNI. IV.-1. El magistrado competente: IV.2. La solicitud y resolución de las intervenciones. IV.2.1. Requisitos para la autorización de la intervención. IV.2.2. La resolución del magistrado del Tribunal Supremo. IV.3. Naturaleza del control judicial previo. V. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA.

I. INTRODUCCIÓN

Pretende ser objeto del presente trabajo el estudio de la excepción que al control judicial sobre la intervención de las comunicaciones, «*ex ante*» y «*ex post*» establecido en nuestro ordenamiento procesal penal, supone el sistema que ha sido articulado por la Ley Orgánica 2/2002, de