

**LA LEGISLACIÓN ANTITERRORISTA
CANADIENSE Y SU CONTROL POR
EL TRIBUNAL SUPREMO**

ESTEFANÍA NAVARRO MARFÁ

SUMARIO

1. MARCO CONSTITUCIONAL DE LA LEGISLACIÓN ANTITERRORISTA CANADIENSE Y DE OTROS PAÍSES DEL ENTORNO. 2. LA LIMITACIÓN DE LOS DERECHOS POR RAZONES DE SEGURIDAD PÚBLICA Y ANÁLISIS DE LA LEGISLACIÓN APROBADA TRAS LOS ATENTADOS DE LAS TORRES GEMELAS. 3. EL TRIBUNAL SUPREMO CANADIENSE. 3.1. Examen de las características generales de la actuación del TSC en este ámbito. 3.2. Sentencia *Charakaoui v. Canada*. A) Hechos. a) Negislación objeto del juicio de constitucionalidad. b) Circunstancias de hecho relativas a los recurrentes. B) Quejas de los recurrentes. C) Criterio del TSC. a) Procedimientos de examen del carácter razonable de un certificado y del control de la detención. b) Detención de los extranjeros. c) Detención prolongada. d) Tratamiento diferente de los ciudadanos y de los extranjeros. e) Primacía del Derecho. f) Reparación. D) Conclusión del TSC. 4. RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES.

Fecha recepción: 12.02.2012
Fecha aceptación: 25.06.2012

LA LEGISLACIÓN ANTITERRORISTA CANADIENSE Y SU CONTROL POR EL TRIBUNAL SUPREMO

ESTEFANÍA NAVARRO MARFÁ

Doctora en Derecho

1. MARCO CONSTITUCIONAL DE LA LEGISLACIÓN ANTITERRORISTA CANADIENSE Y DE OTROS PAÍSES DEL ENTORNO

Canadá¹ ha pasado recientemente de la supremacía parlamentaria a la supremacía constitucional. Fue con una reforma de 1982 cuando se estableció la supremacía de la Constitución, así como una Carta de Derechos². Por lo demás, hay que tener presente que esa supremacía constitucional y esa Declaración de derechos están algo debilitadas.

En este sentido, por una parte se establece en el art. 1 de la Ley constitucional de 1982 que los derechos tutelados por la Constitución pueden ser sometidos

¹ El presente artículo es un fragmento, desarrollado, de la tesis doctoral de la autora titulada *Garantía de la libertad personal y de la seguridad nacional en el nuevo escenario internacional*. Fue leída el 13 de julio de 2009 en la Facultad de Derecho de la UNED, estando la Comisión evaluadora presidida por el profesor D. Antonio Torres del Moral y siendo los restantes miembros de la misma el profesor D. Fernando Merino Merchán, las profesoras Dña. María Pérez Ugena Coromina, Dña. Cristina Rodríguez Coarasa y Dña. Aurora Gutiérrez Nogueroles. La tesis obtuvo la calificación de sobresaliente cum laude por unanimidad.

² Groppi, T., «La garantie des droits et des libertés au niveau fédéral et provincial au Canada», en Casonato, C. (a cura di), *The protection of Fundamental Rights in Europe: Lessons from Canada*, Trento, Università degli Studi di Trento, 2004, págs. 75 y sigs.

a limitaciones en vía legislativa, siempre que tales limitaciones sean razonables y que su justificación pueda ser demostrada en el marco de una «sociedad libre y democrática». Además, el art. 33 de la referida Ley de 1982 contiene la llamada *override clause* o *notwithstanding clause*, según la cual el legislador, tanto federal como provincial, puede, mediante una afirmación explícita, mantener en vigor, por un período de cinco años, prorrogable, una normativa contraria a la mayor parte de los derechos fundamentales garantizados por la Carta, como la libertad de expresión, de conciencia, de asociación, de reunión, el derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad, a la inviolabilidad del domicilio, al proceso justo, a la igualdad, o al carácter humanitario de las penas. Por tanto, se permite al legislador sustraer las propias leyes al control de constitucionalidad. Dicho de otra manera, el legislador es el que tiene, en materia de limitación de derechos, la última palabra.

Estas disposiciones, que atribuyen a la mayoría política, aunque sea con el respeto de algunos requisitos, la limitación de los derechos constitucionales, hacen que la democracia canadiense sea menos «militante» que otras, en el sentido de que se defiende menos frente a eventuales inconstitucionalidades de las referidas mayorías; y además, al relativizar todos los derechos, permite a las mayorías reaccionar con energía frente a minorías antisistema o violentas.

De las dos cláusulas referidas, la que más facilita las limitaciones de los derechos es la del art. 33, ya que sustrae a la Ley del control judicial y de las limitaciones que supone el art. 1. Ahora bien, debe señalarse que esta cláusula lleva camino de convertirse en una reliquia histórica ya que la opinión pública desconfía de la utilización de la misma³.

Pero además de estas cláusulas que permiten limitaciones de los derechos, que pueden utilizarse respecto de minorías que desarrollen actividades en sí mismas ilícitas o que pongan en peligro la seguridad colectiva, existen otras normas constitucionales a las que se puede acudir a estos efectos. En este sentido, es de destacar que el art. 7 de la Carta de Derechos y Libertades establece que «todos tienen derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de la propia persona y el derecho a no ser privados de ellas sino de conformidad con los principios de

³ Es significativo lo que ocurrió en las elecciones políticas de 28 de junio de 2004, estudiadas por T. Groppi («Le elezioni del 28 di giugno 2004 in Canada: un referendum sulla Carta dei diritti e delle liberta?», en *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2004, págs. 1577 y sigs.). El partido liberal consiguió conservar su mayoría relativa, a pesar de las previsiones de los días anteriores de las elecciones, esencialmente por la firmeza manifestada por el Primer Ministro Paul Martin en el rechazo del uso de esta cláusula, a diferencia de la expresa voluntad manifestada repetidas veces por el líder de la oposición, el conservador Stephen Harper, que aseguró que haría uso de la misma para enervar determinadas resoluciones del Tribunal Supremo en el ámbito de los derechos fundamentales.

“justicia fundamental”». El interés de esta disposición radica no sólo en que reconoce el derecho a la seguridad, con lo que ha permitido que el Tribunal Supremo considere la misma como un bien que se ha de proteger, sino en que además precisa que dicho derecho puede ser limitado aunque sea dentro del respeto a los «principios de justicia fundamental», inciso que ha supuesto que el Tribunal Supremo pueda afirmar que el Estado debe hacer frente a amenazas externas que pongan en peligro el bienestar colectivo o individual de sus ciudadanos, pudiendo ser necesario que adopte medidas que aumenten el riesgo para la vida o la seguridad personal de algunos ciudadanos.

En cambio, no existen en la Carta canadiense de Derechos y Libertades previsiones concretas relativas a situaciones de emergencia. Si bien tradicionalmente se considera que el Estado podría actuar en tales situaciones con base a la *British North America Act* de 1867⁴, que en su art. 91 confiere al Parlamento Federal la competencia para legislar en todas las materias no enumeradas como competencia de las provincias⁵, a fin de proteger «la paz, el orden y el buen gobierno», el referido artículo ha sido interpretado generalmente de manera restrictiva.

Al otro lado del Atlántico, en Gran Bretaña, en los años posteriores a 2001 se ha producido una legislación orientada a garantizar la seguridad frente al nuevo terrorismo de carácter global. En este sentido la *Antiterrorism, Crime and Security Act* de 2001⁶ se aprobó con la intención de mejorar la capacidad de la policía en la investigación y prevención de la actividad terrorista y otros tipos de criminalidad particularmente graves. En concreto, las medidas que contiene están orientadas a cortar la financiación del terrorismo; a asegurar que los departamentos del gobierno y las agencias puedan reunir y compartir la información necesaria para actuar contra el terrorismo; a perfeccionar los procedimientos relativos a la inmigración; a garantizar la seguridad de las industrias nuclear y de aviación; a mejorar la seguridad de las sustancias peligrosas que pueden ser objetivo o ser usadas por terroristas; a aplicar los recursos policiales disponibles a las misiones que lo requieran y asegurar que Gran Bretaña cumpla sus obligaciones europeas en el ámbito de la policía y de la cooperación judicial y sus compromisos internacionales en la lucha contra la delincuencia y la corrupción.

La *Prevention of Terrorism Act* de 2005⁷ reemplazó la parte 4 de la Ley Antiterrorista de 2001. La nueva Ley permitía emitir órdenes de control contra

⁴ http://www.solon.org/Constitutions/Canada/English/ca_1867.html.

⁵ V. Sileoni Serena, «“Emergenza” terrorismo e federalismo in Canada, en Groppi, Tania (a cura di) *Democrazia e Terrorismo*, Lezioni Volterrane, volumen I, 2005, Editoriale Scientifica, Napoli, págs. 485 y sigs.

⁶ V. http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2001/ukpga_20010024_en_1.

⁷ V. http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2005/ukpga_20050002_en_1.

cualquier sospechoso terrorista, tanto si era súbdito británico como si no, y también con independencia de si la actividad terrorista era de carácter internacional o interna. El Ejecutivo (*Home Secretary*) debía informar trimestralmente al Parlamento, en cuanto fuera razonablemente posible, a cerca del resultado y de cómo se habían utilizado esas facultades de control durante dicho periodo.

La *Terrorism Act* de 2006⁸ contiene un amplio abanico de medidas diseñadas para asegurar que la policía, los servicios de inteligencia y los Tribunales tengan todas las herramientas que necesitan para combatir el terrorismo y llevar a los terroristas ante la justicia. La Ley fue sancionada el 30 de marzo de 2006. No fue una respuesta directa a los atentados de julio en Londres, si no que la nueva norma ya venía siendo preparada desde antes. Tras los ataques, de todas formas, la policía y los servicios de inteligencia fueron consultados para asegurarse de que sus puntos de vista eran tenidos en cuenta en la redacción de esta ley que pretende dificultar que los extremistas abusen de las libertades democráticas.

En Francia, la adecuación de la legislación ordinaria a la lucha contra el terrorismo se ha llevado a cabo a través de una serie de modificaciones del Código Penal y del de Procedimiento Procesal, con la adopción de la ley *Sécurité au quotidien*, 2001-1062, de 15 de noviembre de 2001, que, introduciendo una articulada noción de las actividades terroristas, además de implantar las excepciones previstas en normativas precedentes y la previsión de nuevos supuestos de delito, formuló la seguridad como derecho fundamental de los ciudadanos además de como condición para el ejercicio de las libertades, ya recogido en tal sentido por la jurisprudencia constitucional, siguiendo una política que continuó con la aprobación de la ley Perben de 2004. Con la ley de 2001, el legislador francés reconoció por fin el carácter específico del terrorismo, lo que con anterioridad no había hecho por el temor de un posible uso represivo contra las reivindicaciones de los movimientos independentistas territoriales. El valor fundamental de la seguridad, recogido en el artículo 1 de la ley, ya había sido recogido en tal sentido por el Consejo Constitucional en la decisión n.º 94-352 D. C., de 18 de enero de 1995. Las nuevas infracciones penales previstas en la ley se refieren no sólo al atentado contra la vida y contra la propiedad, sino también a la hipótesis del envenenamiento voluntario que atente a la salud de las personas, a la ayuda financiera a las organizaciones terroristas y a la prohibición de asociación para finalidades terroristas.

La política de endurecimiento de la legislación penal y procesal ha continuado con la Ley 2004-204⁹ relativa a la «adaptación a la evolución de la criminalidad», llamada Ley Perben, que ha endurecido la regulación penal y procesal relativa a la lucha contra la criminalidad organizada a escala internacional.

⁸ V. http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2006/pdf/ukpga_20060011_en.pdf.

⁹ La última modificación introducida en esta ley es de 12 de marzo de 2010.

Así como con la Ley de 23 de enero de 2006 que reformó la Ley de 2001 anteriormente mencionada¹⁰.

El carácter problemático de esta última legislación se puso de manifiesto con la difícil negociación que hubo de realizarse con la oposición parlamentaria durante la tramitación de la ley, y con la intervención del Consejo Constitucional, que en una serie de «reservas de interpretación» (Decisión 2004-492 D. C., de 2 de marzo de 2004) circunscribió la aplicación de las numerosas hipótesis restrictivas de la libertad personal y de las garantías judiciales tan sólo a los delitos particularmente graves previstos en la ley.

2. LA LIMITACIÓN DE LOS DERECHOS POR RAZONES DE SEGURIDAD PÚBLICA Y ANÁLISIS DE LA LEGISLACIÓN APROBADA TRAS LOS ATENTADOS DE LAS TORRES GEMELAS

Con anterioridad a la Carta de Derechos y Libertades de 1982¹¹, las intervenciones para garantizar la seguridad colectiva se basaron tradicionalmente en la referida cláusula relativa a la «paz, orden y buen gobierno».

La *War Measures Act* de 1914¹², que fue utilizada tres veces (en las dos Guerras Mundiales y con motivo de la crisis de 1970 en Quebec) confirió al Gobierno tal concentración de poder que se ha escrito que no encontraban parangón desde Enrique VIII¹³. Los abusos que se han cometido invocándola probablemente estén en el origen de la aprobación, en 1960, de un *Bill of Rights* federal y de la Carta de Derechos y Libertades de 1982, aún cuando los Tribunales nunca han declarado la ilegalidad de medidas tomadas con base en la referida Ley.

Sea como fuere, la *War Measures Act* fue derogada en 1988 tras la aprobación de la *Emergencies Act*, S.C. de 1988. Esta última, ni contiene suspensión del *Bill of Rights*, ni aplica el art. 33 de la Carta; subraya el carácter temporal de las medidas y poderes en ella previstos y rodea las limitaciones a los derechos fundamentales de múltiples garantías, en particular relacionadas con el control parla-

¹⁰ Para una mejor comprensión de la legislación antiterrorista francesa y de su control constitucional, v. A. Barrero Ortega, «La legislación antiterrorista tras el 11-S: la experiencia francesa», *Revista de Derecho Político*, UNED, N.º 78 (mayo-diciembre 2010), págs. 299 a 316.

¹¹ http://www.solon.org/Constitutions/Canada/English/ca_1982.html

¹² <http://faculty.marianopolis.edu/c.belanger/quebechistory/docs/october/wm-act.htm>.

¹³ Lower, A.R.M., *Colony to Nation*, Toronto, Longmans, 1946, pág. 469, citado por Gropi, T., «Dopo l'11 settembre...», pág. 583. Sobre la base de la *War Measures Act* se considera que se han cometido violaciones muy graves de los derechos humanos en la historia canadiense, como la deportación de ciudadanos canadienses de origen japonés durante la II Guerra Mundial, la autorización para confiscar bienes de ciudadanos canadienses de origen japonés, así como el internamiento de ciudadanos de países enemigos durante las dos Guerras Mundiales.

mentario, a la vez que recuerda el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos.

No puede sorprender que Canadá reaccionara rápidamente ante los atentados de 11 de septiembre de 2001. A la proximidad geográfica¹⁴ con Estados Unidos¹⁵ se unía el hecho de que buena parte de la opinión pública norteamericana veía a Canadá como un paraíso para los terroristas. El 15 de octubre de 2001 el Gobierno presentó al Parlamento el *Bill C-36*¹⁶, *Anti-terrorism Act* (ATA en adelante) que fue rápidamente aprobado y sancionado el 18 de diciembre: Canadá no quería afrontar las consecuencias económicas que hubieran podido derivarse de la desconfianza de Estados Unidos respecto de la actitud canadiense hacia los terroristas. A la ATA siguieron otras medidas como los acuerdos sobre frontera inteligente (*Smart Border Agreement*) con Estados Unidos firmados en diciembre de 2001, el *Third Safe Country Agreement*, firmado entre Canadá y Estados Unidos en 2002 y orientado a impedir que los refugiados que llegaran a uno de los dos países solicitaran derecho de asilo en el otro, la nueva normativa de inmigración (*Immigration and Refugee Protection Act* de noviembre de 2001) y la *Public Safety Act de 2002*, cuya tramitación comenzó en 2002 pero que no sería sancionada hasta mayo de 2004. Este último texto legal, muy voluminoso, contiene medidas administrativas orientadas a mejorar la seguridad de los lugares que pueden ser objetivo para los terroristas; en él hay disposiciones sobre el control de los pasajeros que van a viajar en avión, la seguridad en los aeropuertos, la importación y la exportación, la fabricación de productos químicos y explosivos, la vigilancia de infraestructuras esenciales como gasoductos, oleoductos o líneas eléctricas; también contiene instrumentos que favorecen el intercambio de datos e información en el ámbito nacional e internacional.

En el ámbito organizativo, en diciembre de 2003 (confirmado por ley posterior de 2004) se creó, dentro del *National Security Directorate* el *Public Safety and Emergency Preparedness Department*, con una división especializada en antiterroris-

¹⁴ En los 45 minutos sucesivos a los ataques terroristas de Nueva York y Washington, cuando Estados Unidos cerró su espacio aéreo, Canadá permitió aterrizar 224 aviones con más de 33.000 pasajeros a bordo. (T. Groppi, op. ult. cit., pág. 587).

¹⁵ Acerca del contraste entre la reacción estadounidense y la reacción canadiense ante el terrorismo internacional v. Rosenfeld, Michel, «Judicial balancing in times of stress: la risposta di Stati Uniti, Canada e Israele alla “guerra al terrore”», en Groppi, Tania (a cura di) *Democrazia e Terrorismo*, Lezioni Volterrane, volumen I, 2005, Editoriale Scientifica, Nápoles, págs. 121 y sigs. Entre nosotros, v. P. Tenorio Sánchez, *Constitución, derechos fundamentales y seguridad. Panorama comparativo*, *Entwicklungen im Europäischen Recht Band 37. 1 Auflage*. Herausgegeben von Prof. Dr. Rainer Arnold, Jean Monnet-Lehrstuhl für Europarecht, Universität Regensburg, Regensburg, 2007.

¹⁶http://www2.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?Language=E&Parl=37&Ses=1&Mode=1&Pub=Bill&Doc=C-36_1.

mo; le siguió la creación de una comisión parlamentaria para la seguridad nacional en la Cámara de los Comunes. Pero la mayor peculiaridad en este ámbito es la creación de una mesa redonda transcultural para la seguridad, compuesta por miembros de las diversas comunidades etno-culturales y religiosas que fue anunciada en abril de 2004 en un documento presentado por el Primer Ministro Paul Martin y significativamente titulado «Proteger una sociedad abierta. La política canadiense de la seguridad nacional»¹⁷.

Pero la reacción canadiense frente a los atentados de 2001, como ha ocurrido en tantos otros países, no se ha encauzado por medio de la legislación de emergencia en sentido estricto, sino que ha consistido más bien en una «normalización de la emergencia». En efecto, la ATA introdujo medidas de carácter permanente que modificaron el Código Penal, la legislación procesal y el régimen jurídico relativo a la intimidad¹⁸. Solamente se prevé el carácter provisional (*sunset clause*) de dos normas: las que atribuyen a la policía la posibilidad de llevar a cabo *preventive arrest* (arresto preventivo) e *investigative hearings* (audiencias de investigación)¹⁹. Además, la utilización de estas facultades debe ser puesta en co-

¹⁷ www.pco-cp.gc.ca.

¹⁸ Tras un encendido debate parlamentario, la ATA reformó el Código Penal, la *Official Secrets Act*, la *Evidence Act*, el *Proceeds of crime (Money Laundering) Act* y, además, previó el establecimiento de medidas relativas al registro e inscripción de instituciones benéficas (*Charities Registration—Security Information—Act*) con el fin de combatir el terrorismo.

¹⁹ Para estas disposiciones se preveía un plazo de cinco años al término del cual el Parlamento podía acordar una prórroga por un período máximo de otros cinco años. Antes de que las disposiciones fueran a expirar, el Tribunal Supremo de Canadá y el Parlamento llevaron a cabo una revisión de las mismas. El Tribunal Supremo revisó la parte de las audiencias de investigación de la Ley en el marco del juicio de Air India. La Corona había interpuesto una demanda ex parte con el objeto de que se dictara una orden para que un testigo de la Corona asistiera a una audiencia de investigación de conformidad con la sección 83.28 del Código Penal. Dicha orden fue recurrida ante el Tribunal Supremo. El tribunal mantuvo la constitucionalidad de estas disposiciones, indicando que las audiencias de investigación no violaban el artículo 7 de la Carta de Derechos (contra la autoincriminación), ya que la prueba derivada de tales audiencias no se puede utilizar contra la persona, excepto en los juicios por perjurio.

En el Parlamento, dos comités especiales se encargaron de la revisión de la Ley contra el terrorismo. En la Cámara de los Comunes, esta revisión se inició en diciembre de 2004 por el Subcomité de Seguridad Pública y Seguridad Nacional. Sin embargo, el Parlamento fue disuelto en noviembre de 2005, y se creó un nuevo subcomité para hacerse cargo de la revisión en mayo de 2006. La Subcomisión de Examen de la Ley contra el terrorismo de la Cámara de los Comunes escuchó una gran variedad de testimonios sobre las disposiciones y publicó un informe provisional en octubre de 2006. La Subcomisión señaló que estas disposiciones estaban en consonancia con la tradición jurídica de Canadá y que había garantías suficientes en el proceso, pero que todavía era necesaria alguna aclaración. Proponía una serie de enmiendas técnicas a las disposiciones, así como algunas modificaciones de fondo más amplias.

nocimiento anualmente en un informe al Parlamento que deben rendir el Ministro de Seguridad Pública y el Fiscal General del Estado.

En todo caso, la ATA²⁰ es un texto legal hasta el momento poco aplicado y una norma voluminosa que contiene cuatro tipos de intervenciones²¹.

En primer lugar, la inclusión en el Código Penal de una parte nueva relativa al terrorismo en la que, entre otras cosas, se define la actividad terrorista²². Los

En diciembre de 2004, en el Senado, una Comisión Especial sobre la ATA llevó a cabo un examen exhaustivo de las disposiciones y su funcionamiento. Una vez más, este Comité escuchó a numerosos testigos, algunos de los cuales consideraban que la Ley representaba un alejamiento sustancial de las tradiciones jurídicas de Canadá y temían que el uso de estas disposiciones se extendiera eventualmente más allá de los delitos de terrorismo a otros más genéricos del Código Penal. La Comisión publicó su informe final el 22 de febrero de 2007 titulado «Justicia Fundamental en tiempos extraordinarios», haciendo dos recomendaciones relativas a la modificación de las audiencias de investigación y del arresto preventivo.

Según la *sunset clause*, las disposiciones de la ATA en relación con las audiencias de investigación y el arresto preventivo iban a expirar el 1 de marzo de 2007, salvo prórroga mediante resolución aprobada por ambas cámaras del Parlamento. El Gobierno presentó una moción para extender su vigencia durante tres años, pero fue derrotado en la Cámara de los Comunes el 27 de febrero de 2007 por una votación de 159 a 124, y estas disposiciones dejaron de tener vigencia. Más adelante veremos que se siguen aplicando a través del Código Penal. V. Russo, Anna Margherita, «Canada: L'Anti-terrorism Act canadese e la "five-year sunset clause": "the peace, order and good government" in un'epoca di "emergenza permanente"», en *Civitas Europa*, n.º 19, diciembre 2007, págs. 145 y sigs. (El Código Penal puede consultarse en: http://www2.parl.gc.ca/Sites/LOP/LegislativeSummaries/Bills_ls.asp?lang=E&ls=s3&source=libraryprb&Parl=39&Ses=2).

²⁰ V. Petrillo, Pierluigi, «Forma di governo e legislazione antiterrorismo in Canada. Spunti di riflessione comparata sul ruolo dei Parlamenti al tempo dell' "emergenza permanente"», en Groppi, Tania (a cura di), *Democrazia e Terrorismo, Lezioni Volterrane*, volumen I, 2005, Editoriale Scientifica, Nápoles, 2006, págs. 381 y sigs.

²¹ Groppi, T., «Dopo l'11 settembre: la "via canadese" per conciliare sicurezza e diritti», *Quaderni costituzionali*, a. XXV, n. 3, septiembre 2005, págs. 573 y sigs., especialmente 591 a 594. Brillante y concienzudo trabajo que seguimos en general en este epígrafe.

²² La definición, que ocupa 5 páginas, se articula en dos partes. Constituye actividad terrorista una acción, cometida en Canadá o en el extranjero, que: viole una de las convenciones o de los protocolos de Naciones Unidas sobre el terrorismo (listados en la Ley); ponga en peligro la vida de una persona o cause su muerte, o le provoque lesiones; comprometa gravemente la salud o la seguridad de la población; cause daños materiales considerables, poniendo al mismo tiempo en peligro vidas humanas o causando riesgos para la salud o la seguridad; cause graves interferencias o interrupciones en los servicios esenciales, públicos o privados. Tal actividad debe ser cometida por «un fin, un objetivo o una causa de naturaleza política, religiosa e ideológica», a fin de intimidar a la población por lo que se refiere a su seguridad (incluida la económica) o de obligar a una persona, a un gobierno o a una organización nacional o internacional, a llevar a cabo un acto o a abstenerse de algún acto. También el complot, la tentativa, la amenaza de cometer una de las acciones listadas, la complicidad tras el hecho y el impulso para la realización, forman parte de la definición de terrorismo.

grupos cuyas acciones pueden ser incluidas dentro de la definición de actividad terrorista son considerados «grupos terroristas». Pero junto al sistema de definición se utiliza el sistema de lista, de modo que existe una lista de grupos considerados terroristas por el Gobierno, lista que se revisa cada dos años, sobre la base de la presencia de elementos suficientes que documenten que se trata de un grupo que ha desarrollado, o intentado desarrollar o facilitado la actividad terrorista, o bien ha actuado apoyando a o asociado con, un grupo terrorista. Según Faisal A. Babha, «muchos grupos están preocupados porque actos que no son terroristas podrían, potencialmente, entrar dentro del ámbito de esta definición, incluyendo en la misma tanto protestas políticas como manifestaciones públicas y huelgas. De hecho, insultaría al pensamiento de la mayor parte de los canadienses el hecho de que una protesta “ilegal” “o violenta” pudiera ser considerada “terrorismo”. No es sorprendente que la definición haya sido atacada por ser vaga y demasiado amplia, entre otros, por la Asociación Canadiense de Abogados (ACB): “La definición propuesta es demasiado global y de difícil manejo. Podría incluir actividades que no son conductas terroristas, como huelgas salvajes o manifestaciones públicas”. Además, podría llevar a no detener los ataques de tipo “terrorista” que carecen de una motivación religiosa o ideológica. La ACB, advertida del impacto potencial discriminatorio de una definición que explícitamente une la religión o la ideología “al terrorismo”, advierte que “los actos terroristas a cualquier escala, pueden tener objetivos totalmente desvinculados de la religión o de la ideología; la naturaleza del acto define la ofensa, no la motivación que hay detrás de ello”»²³. Además, no se prevé control jurisdiccional previo a la inclusión por parte del Gobierno en la lista de grupos terroristas, pero es posible recurrir al Tribunal Federal contra dicha inclusión²⁴.

En segundo lugar, también mediante modificación del Código Penal, se introducen nuevos delitos, relativos a la financiación y el apoyo al terrorismo. En este sentido, se castiga el apoyo financiero o la puesta a disposición de los terroristas de determinados bienes, cuando se sepa que serán usados para actividades terroristas, pero también es delito realizar operaciones o proporcionar servicios financieros con relación a bienes que pertenecen a terroristas, o que están a disposición de los mismos, cuando se tenga conocimiento de ello, con independencia por tanto de la actividad para la que son usados. Se prevé la confiscación de los bienes de los terroristas, aunque no se usen para cometer delitos y la infor-

²³ «Tracking «terrorists» or solidifying stereotypes? Canada's *Anti-terrorism Act* in Light of the *Charter's* equality guarantee», en *Windsor Review of Legal and Social Issues*, 95, vol. XVI, 95-136 (Noviembre 2003), pág. 111.

²⁴ En julio de 2002 se incluyeron siete grupos, uno de los cuales era Al Qaeda. Actualmente constan 42 grupos (<http://www.publicsafety.gc.ca/prg/ns/le/cle-eng.aspx>). V. Groppi, T., «Dopo l'11 settembre...», cit., pág. 592, nota 73.

mación obtenida para perseguir estos delitos puede provenir de agencias y Gobiernos extranjeros. Esta última característica supone, según Bahba, que Canadá acepta como válidas las normas relativas a las pruebas y el respeto a la libertad de asociación y expresión, de países que se rigen por unas reglas absolutamente distintas a las canadienses. Todo ello supone un peligro para numerosas instituciones benéficas vinculadas a grupos culturales, religiosos o étnicos, que pueden ser perseguidas en base a estereotipos injustos. Concluye este autor diciendo que «en esta alineación extraña de intereses, Canadá podría hacerse cómplice en el sostenimiento de gobiernos que sistemáticamente violan derechos humanos, al mismo tiempo que persigue y difama a canadienses bien intencionados que trabajan para promover los valores que este país reclama para avanzar»²⁵.

En todos los casos a que acabamos de hacer referencia el acusado puede ser condenado solamente si se prueba que sabía que tenía relación con terroristas. Pero esto no excluye que la Policía y la Fiscalía puedan investigar a todos aquellos que, incluso inconscientemente, hayan apoyado a terroristas. De tal manera que las actividades de grupos etno-culturales completos quedan sujetas a vigilancia, con graves interferencias en sus transacciones comerciales ordinarias.

También se introducen, todavía dentro de este segundo grupo de medidas, cinco nuevos delitos, castigados con penas de privación de libertad muy duras para los que presten ayuda al terrorismo. Pero en todo caso se trata de delitos que requieren que el sujeto que apoya a los terroristas lo haga conscientemente²⁶.

En tercer lugar se amplían las facultades de investigación. En esta línea, se establece la posibilidad de que la Policía lleve a cabo vigilancia electrónica durante un año, en lugar de sesenta días como estaba previsto normalmente, sin obligación de demostrar que se podían utilizar otras formas de investigación menos intrusivas²⁷. Los dos instrumentos más innovadores del Ordenamiento canadiense

²⁵ F. A. Bahba: «Tracking «Terrorists» or Solidifying Stereotypes?», cit., pág. 111 y sig.

²⁶ De esta manera, se castiga al que conscientemente participa en la actividad de un grupo terrorista, incluso indirectamente, a fin de aumentar la capacidad de desarrollar la actividad terrorista; al que, conscientemente, facilite actividades terroristas; al que conscientemente instruye a otra persona para llevar a cabo actividades a favor de grupos terroristas; al que instruye a una persona para desarrollar actividades terroristas; al que conscientemente aloja o esconde a una persona que sabe que ha desarrollado o que desarrollará actividad terrorista, a fin de permitirle dedicarse a tal actividad. En este último caso, se trata de una tipificación mucho más restrictiva que la contenida en la *Patriot Act*, que se aplica a todos los que «habrían debido saber» que estaban prestando asistencia a un terrorista. (Roach, K., September 11: Consequences for Canada, Montreal-Kingston, Mc Gill-Queen's University Press, 2003, pág. 45, cit. por Groppi, T., «Dopo l'11 settembre...», cit., p. 593.)

²⁷ La persona sometida a vigilancia puede no saberlo durante un período de tres años. En todo caso, hace falta autorización judicial.

que se aprueban en ese momento son el arresto preventivo (*preventive arrest*²⁸) y las audiencias de investigación (*investigative hearings*²⁹). Ambos instrumentos requieren el consentimiento del Fiscal General y, salvo circunstancias extraordinarias, autorización judicial.

Como ya hemos dicho anteriormente, estas medidas expiraron en febrero de 2007. A pesar de su escaso uso, el Gobierno quiso contar con estos instrumentos en la lucha contra el terrorismo y presentó ante el Senado un Proyecto de Ley, la S-3³⁰, el 23 de octubre de 2007, en el que se proponían enmiendas al Código Penal para restablecer estas disposiciones de lucha contra el terrorismo.

El Proyecto de Ley se convirtió en Ley (R.S., 1985, c. C-46³¹; está vigente desde el 2 de octubre de 2009) y estas disposiciones se encuentran en la Parte II.1 relativa al terrorismo, en los epígrafes *Investigative Hearing* y *Recognizance with Conditions*. En términos generales, la sección 83.28 del Código Penal procura que las personas que puedan tener información sobre un delito de terrorismo, se presenten ante un juez para una audiencia de investigación. El objetivo no es sólo enjuiciar a una persona por cometer un delito del Código Penal, sino también

²⁸ El arresto preventivo permite a la policía, en casos de urgencia en los que no sea posible dirigirse previamente al juez, arrestar sin orden judicial a una persona con la finalidad de impedirle realizar un acto terrorista, siendo suficiente la sospecha razonablemente fundada. El arresto debe ser convalidado por el juez lo antes posible, y en todo caso, no después de 24 horas. El juez tiene 44 horas para decidir la convalidación, siendo por tanto la duración total máxima de esta detención preventiva, 72 horas. El juez puede, si considera la sospecha razonable, establecer medidas de prevención o la puesta en libertad bajo fianza, imponiendo condiciones como la buena conducta y la obligación de no tener armas y explosivos. Todo ello hasta un máximo de doce meses. Acerca de la comparación con Estados Unidos, v. Bassu, Carla, «Libertà personale e lotta al terrorismo: i casi di Canada e Stati Uniti», en Groppi, Tania (a cura di) *Democrazia e Terrorismo*, Lezioni Volterrane, volumen I, 2005, Editoriale Scientifica, Napoli, págs. 425 y sigs.

²⁹ El interrogatorio de investigación supone una innovación en el Derecho procesal canadiense, basado tradicionalmente en el principio de contradicción. A petición de la Autoridad de Seguridad Pública, con el consentimiento previo del Fiscal General, el juez puede obligar a declarar, con asistencia de su propio abogado, a todos los que considere que tienen informaciones sobre un delito de terrorismo ya cometido o que podrá ser cometido, incluso en el caso de que la respuesta pueda conducir a la incriminación del testigo. Las informaciones obtenidas de esta manera, sin embargo, no podrán ser utilizadas como pruebas contra este último. Si la persona interrogada se niega a contestar, corresponderá al juez la decisión a adoptar, permitiendo la Ley que elija entre la acusación de desobediencia al Tribunal o el uso del *contempt power* (se trata de una atribución que tiene el Tribunal para castigar a quien se revela contra el proceso, las órdenes o procedimientos que lleva a cabo dicho Tribunal) del que puede derivar incluso la condena a muchos años de privación de libertad.

³⁰ http://www2.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?Language=E&Parl=39&Ses=2&Mode=1&Pub=Bill&Doc=S-3_3.

³¹ http://laws.justice.gc.ca/eng/C-46/page-3.html#anchorbo-ga:l_II_1-gb:s_83_28.

reunir información. Según la disposición, un juez de paz, con el consentimiento previo del Fiscal General, puede solicitar a un Tribunal superior o a un juez de un Tribunal provincial que se recabe información con las siguientes condiciones: si hay motivos razonables para creer que un delito de terrorismo se ha cometido; si hay motivos razonables para creer que la información relativa a la infracción o al paradero de un sospechoso es probable que se obtengan como resultado de la orden, y si ha habido intentos razonables para obtener dicha información por otros medios.

Si se concede, por ejemplo, una orden judicial que obligue a una persona a asistir a una audiencia para responder a las preguntas que se le hagan, podría incluir las instrucciones para que la persona asista en las circunstancias apropiadas. El uso de la palabra «deberá» en lugar de «puede» para garantizar que cualquier disposición adoptada en virtud del artículo 83.28 (5) del Código Penal obligará a una persona a asistir a una audiencia, es el resultado de una de las recomendaciones de la Subcomisión de la Cámara de los Comunes. Además, establece la propia sección 83.28 que cualquier persona que tenga que asistir a una audiencia de investigación tiene derecho a un abogado en cualquier etapa del procedimiento. La persona está obligada a responder preguntas, pero puede negarse a hacerlo en determinados supuestos excepcionales.

Respecto a la orden de detención que recoge el siguiente epígrafe (el artículo 83.29), se establece que el juez podrá dictar una orden de detención de la persona nombrada en la misma (que deberá estar por escrito y bajo juramento) si se demuestra que esa persona: (a) intenta evadir el mandamiento de la orden; (b) está a punto de fugarse, o (c) no asistió al examen previsto. La orden puede ser ejecutada en cualquier lugar de Canadá por un juez de paz con jurisdicción en ese lugar.

Según la sección *Preventive Arrest*, con el consentimiento previo del Fiscal General, un oficial de policía puede decir a un juez del Tribunal provincial que sospecha que se va a llevar a cabo un acto terrorista y que, para impedirlo, es necesaria la imposición de una fianza con determinadas condiciones o la detención de una persona y hacer que esa persona sea llevada ante un juez del Tribunal provincial. Si ha sido llevado ante un juez de paz, éste deberá recabar la información pertinente o ponerlo en libertad, dentro del plazo establecido por la propia norma. Además, el detenido deberá ser llevado ante un juez del Tribunal provincial de conformidad con las siguientes normas: si un juez provincial está disponible, en un plazo de veinticuatro horas después de que la persona ha sido detenida, ésta deberá ser llevada sin demora injustificada y, en cualquier caso, dentro de ese período; y si no está disponible el juez provincial en un plazo de veinticuatro horas después de que la persona ha sido detenida, se le llevará tan pronto como sea posible. «El juez ordenará que la persona sea liberada a menos que el oficial de paz que le informó demuestre que la causa de la detención está justificada por uno de los siguientes motivos: (A) la detención es necesaria para garantizar que la per-

sona comparezca ante un juez del Tribunal provincial, (B) la detención es necesaria para la protección o la seguridad del público, incluidos los testigos, teniendo en cuenta todas las circunstancias».

No obstante, ha de señalarse que esta norma va acompañada de una cláusula de caducidad de cinco años y requiere que el Fiscal General y el Ministro de Seguridad Pública y Preparación para Emergencias emitan por separado un informe anual a este respecto.

Siguiendo con las novedades introducidas en su día por la ATA, en cuarto lugar, se añadieron nuevas normas contra la incitación al odio. Concretamente, se incluyeron en el Código Penal nuevas medidas que habilitan a los jueces para ordenar la eliminación del material que contenga tal incitación y que se halle en sitios web canadienses, con independencia del lugar en que se encuentre el propietario del material e incluso aunque no sea posible identificarlo³². Además, también en el Código Penal, se creó un nuevo delito de daño a lugar de culto o a bienes conectados con el culto, incluidos cementerios, cometido por prejuicio u odio basados en raza, religión, color, origen nacional o étnico. Incluso, por medio de una modificación de la Ley canadiense de Derechos Humanos se ha prohibido el uso del teléfono o de cualquier otro medio de comunicación para difundir mensajes que inciten al odio.

Las críticas a la ATA fueron relativamente abundantes. El aspecto más criticado es probablemente al mismo tiempo su principal característica: el carácter permanente. Se dice que se debía de haber aprobado como un acto excepcional que confiriera poderes de emergencia.

De todas formas, las medidas previstas en la ATA se han aplicado escasamente³³. También se han dirigido críticas a puntos concretos de la ATA. En este sentido, se ha señalado que la definición de actividad terrorista poniéndola en relación con «un fin, un objetivo o una causa de naturaleza política, religiosa e ideológica» constituye un peligro para el principio de igualdad³⁴. A lo que se ha añadido que la definición referida deja demasiado espacio interpretativo al Gobierno, que podría utilizarla para sofocar manifestaciones legítimas de discrepancia política. Igualmente, se ha criticado el procedimiento para la inscripción en la lista de grupos terroristas, no solo porque únicamente cabe el recurso previo, sino porque incluso este solo cabe con requisitos bastante estrictos. También se ha criticado la falta de normas contra la discriminación. Naturalmente, se ha discutido si las audiencias de investigación y los arrestos preventivos no vulneran

³² Corresponde al sujeto que divulga este tipo de material probar que no se trata de incitación al odio.

³³ En los tres años posteriores a la entrada en vigor no se aplicaron ni una sola vez. V. Groppi, T., «Dopo l'11 settembre...», cit., pág. 595.

³⁴ V. F. A. Bahba: «Tracking «Terrorists» or Solidifying Stereotypes?», cit., págs. 113 a 123.

el derecho al proceso justo y equitativo. Se ha puesto en duda la compatibilidad con la Carta de Derechos de determinadas intromisiones en la intimidad, como la ampliación de los plazos de vigilancia electrónica o la utilización de las listas de pasajeros de determinados vuelos por motivos de seguridad³⁵.

Del mismo modo, se ha criticado la legislación relativa a la inmigración que, acaso, ha jugado un papel más importante que la ATA en la lucha contra el terrorismo.

La parte más conocida y polémica de la Ley de Inmigración y Protección al Refugiado de 2001 (IRPA) lo constituyen las previsiones que permiten a los Ministros de Inmigración y de Seguridad Pública firmar certificados de seguridad en los que se califica como amenaza a la seguridad pública a sujetos que no son ciudadanos, basándose, entre otras razones, en el hecho de que dichas personas son miembros de un grupo que ha estado, está o estará relacionado con el terrorismo en algún lugar del mundo. Hasta que puedan ser deportados, se presume la detención obligatoria de los no ciudadanos que no sean residentes permanentes. Los niveles de prueba utilizados en los certificados de seguridad son inferiores a los empleados en los casos civiles, sin hablar de los criminales. Una vez que el juez determina que la liberación del detenido es perjudicial para la seguridad nacional o la seguridad de las personas, al detenido se le prohíbe ver las pruebas que se presentan al juez para determinar la conveniencia del certificado en cuestión. Esta decisión no es apelable y este certificado, considerado razonable por el juez, se convierte en una medida de expulsión³⁶.

El 22 de octubre 2007 se presentó en la Cámara de los Comunes un Proyecto de Ley (C-3) para modificar la IRPA, proporcionar un nuevo procedimiento relativo a los «certificados de seguridad» de inmigración y, en particular, prever el nombramiento de un abogado especial para representar los intereses de la persona que se encuentre sometida a un «certificado de seguridad». El Tribunal Supremo de Canadá dictaminó en febrero de 2007 que el procedimiento para la aprobación judicial de los certificados de seguridad infringía la Carta Canadiense de Derechos y Libertades y suspendió la declaración durante un año para dar tiempo al Parlamento a modificar el procedimiento. El Proyecto de Ley recibió la sanción real el 14 de febrero de 2008 y las Secciones 1 a 10 entraron en

³⁵ Hay autores que consideran que incluso se han puesto en peligro varios derechos y libertades de la Carta, como la libertad de expresión y asociación y otros derechos básicos. V. Alexandra Dobrowsky, «(In)Security and Citizenship: Security, Im/migration and Shrinking Citizenship Regimes», en *Theoretical Inquiries in Law*, vol. 8, No. 2, 628-661 (Julio 2007), pág. 655. Se puede consultar en: <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?collection=journals&handle=hein.journals/thinla8&div=29&id=&page=>.

³⁶ K. Roach, «National Security, Multiculturalism and Muslim Minorities», en *Singapore Journal of Legal Studies*, National University of Singapore, 405-438 (2006), pág. 422.

vigor el 22 de febrero de 2008. Lleva a cabo diversas modificaciones en la IRPA relacionadas con el uso de los certificados de seguridad, añadiendo una cláusula 4 a la que se agregan nuevas secciones [77(2) a 80, 83(1) y 86 a 87(1)] y cambia sustancialmente el procedimiento de los certificados de seguridad. Se prevé el nombramiento de un defensor especial, así como un derecho limitado de apelación. Establece la igualdad de trato de los residentes permanentes y ciudadanos extranjeros en la toma de decisiones relativas a la detención, y requiere de revisiones periódicas de estas detenciones. Clarifica las responsabilidades ministeriales, se ocupa de diferentes cuestiones internas y contiene disposiciones transitorias, así como la consiguiente enmienda a la Ley de Pruebas del Canadá³⁷.

La *Public Safety Act* de 2002, aprobada el 6 de mayo de 2004, es parte del Plan Antiterrorista del Gobierno de Canadá, que comenzó con la ATA (Bill C-36) y obtuvo un colchón de 7.7 billones de dólares de inversión en los presupuestos federales de diciembre de 2001. La ATA se centra principalmente en los aspectos penales de la ley para combatir el terrorismo, mientras que esta ley establece un sistema federal orientado a la seguridad pública y a la protección de la población.

Esta legislación, que ha sido diseñada para mejorar la capacidad del país en la prevención de ataques terroristas, proteger a los ciudadanos y responder con prontitud en cuanto se identifique una amenaza, contiene unos principios clave que incluyen:

- Intensificar la capacidad del Gobierno de Canadá para proporcionar un entorno seguro para viajar en avión;
- Permitir la recopilación de información relativa a pasajeros, llevada a cabo por determinados departamentos federales y agencias con fines relacionados con el transporte y la seguridad nacional, asegurando la protección del derecho a la intimidad de los canadienses;
- Tener en cuenta el establecimiento de órdenes provisionales en situaciones de emergencia, a la vez que se aseguran los controles necesarios sobre la actuación del Gobierno;
- Impedir las bromas que ponen en peligro a la población o aumentan su ansiedad;
- Establecer controles más firmes sobre explosivos y sustancias peligrosas, sobre actividades relacionadas con otras sustancias peligrosas que producen enfermedades, así como la exportación y transferencia de tecnología;
- Detener la proliferación de armas biológicas;

³⁷ La IRPA ha sido objeto de varias modificaciones, siendo la última versión de 29 de junio de 2010. Se puede consultar en: <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/I-2.5/>.

3. EL TRIBUNAL SUPREMO CANADIENSE

3.1. Examen de las características generales de la actuación del TSC en este ámbito

Con motivo de la aprobación de la legislación antiterrorista, se debatió³⁸ en Canadá si el control de las medidas antiterroristas debía asignarse al Parlamento o al Poder Judicial.

A la vista de las Sentencias que ha dictado el Tribunal Supremo canadiense (TSC en adelante) con posterioridad al 11 de septiembre de 2001, parece claro que dicho Tribunal se ha comportado como buen garante de los derechos fundamentales.

Esta era la línea que seguía el Tribunal Supremo con anterioridad a 2001. Cabe mencionar al respecto la Sentencia *R. v. Mentuck*³⁹.

En la Sentencia *Suresh v. Canada*⁴⁰, el TSC hubo de resolver acerca de la expulsión de un ciudadano extranjero que se consideraba perteneciente a un grupo terrorista (concretamente, los Tigres Tamil, grupo activo en Sri Lanka) a un país que admitía la tortura. Se planteaba la violación de los derechos reconocidos por el art. 7 de la Carta de Derechos, que establece que deben ser respetados en todo caso los «principios de justicia fundamental». El TSC, por unanimidad, señaló que hacía falta contrapesar por un lado el interés de Canadá en combatir el terrorismo y, por otro, el derecho de todo refugiado a no ser expulsado a un país en el que corre riesgo de ser torturado. Señala el Tribunal que Canadá tiene un interés legítimo y acuciente en combatir el terrorismo, pero que también acepta los principios de justicia fundamental, que la proporcionalidad es un aspecto esencial de su ordenamiento constitucional y que, por tanto, se debe preguntar si la medida de expulsión dictada por el Gobierno es o no razonable respecto de la amenaza. El Tribunal considera que la necesidad de tutelar la seguridad del Es-

³⁸ En este trabajo en general nos basamos en el libro del profesor Pedro Tenorio Sánchez *Constitución, derechos fundamentales y seguridad. Panorama comparativo*, Cívitas- Thomson Reuters, Madrid, 2010.

³⁹ La referencia completa es *R. v. Mentuck* [2001] 3 RCS 442. Se trataba de la prohibición de publicar durante un año noticias relativas a investigaciones secretas llevadas a cabo por la policía, que el juez de instancia había justificado por el riesgo de que se identificara a los agentes que las habían llevado a cabo. El TSC confirmó el criterio del juez, considerando ajustada al art. 1 de la Carta de Derechos la limitación de derechos, en particular del derecho a ser informados, que correspondía a las partes en el juicio y a la opinión pública, pero subrayó que la razonabilidad estaba conectada con la breve duración de la limitación, que en todo caso no debía ser superior a un año.

Prácticamente igual es la STSC *R. v. O.N.E.*, [2201] 3 RCS 478.

⁴⁰ *Suresh v. Canada* [2002] 1 RCS 3.

tado no puede suponer, en principio, la expulsión de un ciudadano extranjero que se considere que es terrorista a un país en el que corre el riesgo de ser torturado. Sin embargo, no excluye que en casos excepcionales tal expulsión sea posible⁴¹. Con dos resoluciones de 2004⁴², el TSC rechazará las acusaciones de inconstitucionalidad relativas a la reforma del Código Penal que introdujo los *investigative hearings* (audiencias de investigación). Se considera que el principio de justicia fundamental consistente en el derecho a no acusarse a sí mismo queda salvado y que la participación del juez en una investigación policial no viola la independencia del Poder Judicial sometiéndolo al Ejecutivo, habida cuenta de que la tarea del juez en el procedimiento en cuestión es asegurar los derechos de la persona sometida a investigación y que en todo caso, se trata de un procedimiento que debe desarrollarse de manera transparente y abierta al público. Son interesantes las declaraciones que hace el Tribunal respecto de su propio papel:

Mientras Cicerón hace mucho tiempo escribió *inter arma silent leges* (la ley permanece en silencio en la guerra) (*Pro Milone* 14), nosotros, como otros, debemos discrepar enérgicamente [ver A. Barak, «Foreword: A Judge on Judging: The Role of a Supreme Court in a Democracy» (2002=, 116 *Harvard Law Review* 16, páginas 150-151)... El reto de la respuesta de un Estado democrático al terrorismo exige hacer lo que es necesario para una efectiva respuesta al terrorismo de tal modo que los valores fundamentales del Estado de Derecho sean debidamente reconocidos. En una democracia, no vale cualquier respuesta al reto del terrorismo. A primera vista, esto puede parecer una desventaja, pero en realidad, no lo es. Una respuesta al terrorismo dentro del Estado de Derecho preserva y mejora las apreciadas libertades que son esenciales para la democracia (...) Aunque la constitucionalidad del enfoque legislativo del terrorismo será en última instancia determinado por el poder judicial en cuanto árbitro de las discusiones constitucionales del país, no debemos olvidar que los poderes legislativo y ejecutivo también quieren, como actores democráticos del máximo nivel, alcanzar soluciones y enfoques que se adecuen a los derechos y libertades fundamentales»⁴³.

⁴¹ «We do not exclude the possibility that in exceptional circumstances, deportation to face torture might be justified...»

⁴² La decisión *Application under s.83.28 of the Criminal Code (Re) (2004) 2 SCR 248* y la decisión *Vancouver Sun (Re) (2004) 2 SCR 332*.

⁴³ Barak, A., Presidente del Tribunal Supremo israelí, en «Democrazia, terrorismo e Corti di giustizia», en *Giurisprudenza costituzionale*, 2002, págs. 3384 y sigs., en la página 3390 escribe: «Nosotros, jueces de las democracias modernas, estamos llamados a desarrollar un papel clave en la protección de la democracia. Debemos protegerla tanto del terrorismo, como de los medios que el Estado pretende emplear para combatir el terrorismo».

3.2. Sentencia *Charkaoui v. Canada*

Sobre la facultad del juez para decidir si el certificado emitido por el Gobierno es o no razonable cuando se trata de una cuestión de seguridad nacional, Graig Forcese, que analiza la cuestión desde la perspectiva de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y se basa especialmente en la STSC *Suresh v. Canadá (Minister of Citizenship and Immigration)*, de 2002, pone de manifiesto la marcada deferencia que demuestran los jueces frente a las decisiones de los ministros; decisiones que, únicamente serán objeto de revisión, si son calificadas como «manifiestamente irrazonables»⁴⁴.

Nosotros vamos a estudiar la Sentencia *Charkaoui v. Canada* de febrero de 2007⁴⁵ relativa a la Ley sobre Inmigración y Protección a los Refugiados (IRPA en su abreviatura en inglés, en adelante)⁴⁶ que ha tenido particular resonancia. La referida Ley, que entró en vigor el 28 de junio de 2002⁴⁷, permitía al Ministro de Ciudadanía e Inmigración y al Ministro de Seguridad Pública y de Protección Civil expedir un certificado⁴⁸ que declarara que a un extranjero o a una persona con residencia permanente se le podía prohibir entrar o permanecer en el terri-

⁴⁴ G. Forcese, «Through a Glass Darkly: the Role and Review of «National Security». Concepts in Canadian Law», en *Alberta Law Review*, 963-1000 (Mayo 2006), pág. 985.

⁴⁵ La referencia completa es *Charkaoui v. Canada (Citoyenneté et Immigration) [2007] CSC 9*. Se puede consultar en: <http://csc.lexum.umontreal.ca/en/2007/2007sc9/2007sc9.html>.

⁴⁶ V. Scattone, Nicoletta, «La disciplina dell'immigrazione in Canada: tra esigenze di sicurezza e tutela dei diritti fondamentali», en Groppi, Tania (a cura di) *Democrazia e Terrorismo, Lezioni Volterrane*, volumen I, 2005, Editoriale Scientifica, Nápoles, págs. 449 y sigs.

⁴⁷ Como ya hemos dicho, la Ley ha sido modificada en varias ocasiones siendo su última versión de 29 de junio de 2010. A pesar de esto, hemos analizado la Ley del 2002 porque es la aplicada en la sentencia *Charkaoui v. Canada*. Para consultar la nueva Ley, v. [http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/I-2.5/..](http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/I-2.5/)

⁴⁸ Las medidas relativas a los certificados de seguridad han existido durante muchos años en la Ley de Inmigración, pero se han utilizado en contadas ocasiones. En total, se han emitido 28 certificados de seguridad desde 1991, seis de los cuales se emitieron después de los ataques terroristas de 11 de septiembre de 2001. De los 28 emitidos, tres han sido anulados por el Tribunal por considerarlos no razonables. Uno de estos tres fue posteriormente reeditado. Un total de 19 acabaron en traslados. Los dos más recientes fueron uno de 2006, cuando un hombre llamado Pablo William Hampel fue trasladado a Rusia acusado de espionaje, y otro de marzo de 2005, en el que un individuo llamado Ernst Zundel fue deportado a Alemania por estar relacionado con el extremismo de derechas. Se han expedido certificados de seguridad contra cinco musulmanes: Adil Charkaoui, Mohamed Harkat, Hassan Almrei, Mahmoud Jaballah y Mohamed Mahjoub. En el 2007 estaban todos en libertad bajo fianza, salvo Hassan Almrei, al que se ha anulado el certificado el 14 de diciembre de 2009 y ha sido puesto en libertad bajo fianza.

torio de Canadá por razón de seguridad (art. 77)⁴⁹, conllevando dicho certificado la detención de la persona a la que el mismo se refiriera. El certificado y la detención quedaban sometidos al control de un juez del Tribunal Federal, y la persona podía ser privada del acceso a la totalidad o a una parte de las informaciones sobre la base de las cuales el certificado se había expedido o la detención se había ordenado (art. 78)⁵⁰. Tras la expedición del certificado, el residente permanente

⁴⁹ Art. 77.(1): «El ministro [de Ciudadanía e Inmigración] y el ministro de Seguridad Pública y de Protección Civil remitirán al Tribunal Federal el certificado declarando que una persona con residencia permanente o un extranjero les está prohibido permanecer en el territorio por razón de seguridad o por peligro de los derechos humanos o internacionales, criminalidad a gran escala o criminalidad organizada para que se disponga de él de acuerdo con lo previsto en el art. 80. ...».

Art. 80.(1): «El juez decide acerca del carácter razonable del certificado y, en su caso, de la legalidad de la decisión del ministro, a la vista de las informaciones y restantes elementos de prueba de que él dispone.

(2) Anula el certificado del que no puede concluir que es razonable...».

⁵⁰ Art. 78: «Serán de aplicación al asunto las siguientes reglas:

- a) el juez resuelve el asunto;
- b) el juez está obligado a garantizar la confidencialidad de las informaciones que justifiquen el certificado y de los restantes elementos de prueba que pudieran serle comunicados y cuya divulgación afectaría, a su parecer, a la seguridad nacional o a la seguridad de los demás;
- c) procede, en la medida en que las circunstancias y las consideraciones de equidad y de justicia natural lo permiten, sin formalismo y según un procedimiento expeditivo;
- d) examina, dentro de los siete días siguientes a la entrega del certificado y a puerta cerrada, las informaciones y restantes elementos de prueba;
- e) a petición de un ministro, examina, sin presencia del residente permanente o del extranjero y de su representante o asesor, toda o parte de las informaciones o restantes elementos de prueba cuya divulgación afectaría, a su parecer, a la seguridad nacional o a la seguridad de los demás;
- f) estas informaciones o elementos de prueba deben ser remitidos a los ministros y no pueden servir como fundamento a la resolución en caso de que el juez decida que no son pertinentes o en caso de que siéndolo, deban formar parte de las resúmenes, o en caso de desistimiento de la demanda;
- g) si el juez decide que son pertinentes, pero que su divulgación afectaría a la seguridad nacional o a la de los demás, no pueden formar parte de las resúmenes, pero pueden servir de fundamento en el asunto;
- h) el juez proporciona al residente permanente o al extranjero, a fin de permitirle estar suficientemente informado de las circunstancias que han dado lugar al certificado, un resumen de la prueba que no incluya ningún elemento cuya divulgación afectaría, a su parecer, a la seguridad nacional o a la seguridad de los demás;
- i) dará al residente permanente o al extranjero la posibilidad de ser oído acerca de la prohibición de permanecer en el territorio que le afecta;
- j) puede recibir y admitir como prueba cualquier elemento que estime útil—incluso los inadmisibles procesalmente— y puede fundar su decisión en el mismo».

podía ser detenido, y su detención debía ser controlada en el plazo de 48 horas; en el caso de un extranjero, la detención era automática y no se podía presentar ninguna solicitud de control en los 120 días siguientes a la confirmación por un juez del carácter razonable del certificado (arts. 82 a 84)⁵¹. La decisión del juez acerca del carácter razonable del certificado no era susceptible de apelación ni de control judicial (art. 80). El certificado, considerado razonable por el juez, se convertía en medida de expulsión contra la que no cabía apelación y su ejecución podía ser inmediata (art. 81).

En el caso en cuestión, los ministros habían expedido certificados de prohibición de permanecer en el territorio canadiense contra tres apelantes: Adil Charkaoui, Hassan Almrei y Mohamed Harkat.

A) Hechos

a) Legislación objeto del juicio de constitucionalidad

Aunque nos hemos referido ya sucintamente a la IRPA, resulta conveniente traer a colación el resumen que hace de la misma el propio TSC en la Sentencia Charkaoui, para entender mejor el contenido de la misma. Es lo que hacemos a continuación en este epígrafe.

Las disposiciones recurridas —dice el TSC— forman parte del derecho canadiense de la inmigración. Permiten la repatriación de extranjeros que vivan en Canadá —residentes permanentes y extranjeros— por diversos motivos, incluido el vínculo con actividades terroristas. La regulación autoriza la expulsión sobre la base de informaciones confidenciales que no se comunican ni a la persona objeto de la medida ni a quién fuere que actúe en su nombre o defienda sus in-

⁵¹ Arts. 83 y 84: «83.(1) En las 48 horas siguientes al comienzo de la detención del residente permanente, el juez iniciará el control de los motivos que justifican el mantenimiento de la detención, siendo de aplicación al control, con las adaptaciones necesarias, el artículo 78.

(2) Aunque no esté previsto en el certificado, el interesado comparecerá al menos una vez en los seis meses siguientes a cada control, o cuando decida el juez.

(3) El interesado será mantenido privado de libertad sobre la base de prueba de que sigue constituyendo un peligro para la seguridad nacional y para la seguridad de los demás o que verosíblemente se sustraerá al procedimiento o a la expulsión.

84.(1) El ministro puede, a instancia de parte, dejar en libertad al residente permanente o al extranjero si quiere abandonar Canadá.

(2) A instancia del extranjero cuya medida de expulsión no haya sido ejecutada en los 120 días siguientes a la decisión del certificado, el juez puede, con las condiciones que estime oportunas, ponerlo en libertad cuando haya prueba de que la medida no será ejecutada en un plazo razonable y de que la puesta en libertad no constituirá un peligro para la seguridad nacional o la seguridad de los demás.»

tereses. Tenía por objeto «facilitar la repatriación rápida de las personas a las que se expulse del territorio por motivos graves, en particular aquellos que constituyan un peligro para la seguridad de Canadá». Ahora bien, de hecho, puede también conllevar largos períodos de encarcelamiento.

La IRPA exige que los ministros firmen un certificado que justifique que un determinado extranjero o un residente permanente debe ser expulsado del territorio por razón de seguridad, de modo que no esté autorizado ni a entrar ni a permanecer en Canadá (art. 77). Un juez de un tribunal federal examina seguidamente el certificado para determinar si es razonable (art. 80). Si el Estado lo pide, el examen se desarrolla a puerta cerrada y en ausencia del interesado. La persona objeto del certificado no tiene derecho a conocer los documentos en base a los cuales se emite el certificado. Las informaciones que no sean sensibles pueden ser comunicadas. En cambio, las informaciones sensibles o confidenciales no pueden ser divulgadas si el Gobierno se opone a dicha divulgación. Ni la persona objeto del certificado ni su abogado pueden acceder a las informaciones que se consideren secretas, aunque los ministros y el juez pueden apoyarse en ellas. En definitiva, el juez proporciona al interesado un resumen de la prueba presentada contra él (resumen que no divulgue ningún elemento susceptible de afectar a la seguridad nacional). Si el juez concluye que el certificado es razonable, su decisión no es susceptible de apelación y no existe ningún medio de someterla a control judicial (art. 80.3).

Las consecuencias de la emisión y de la confirmación de un certificado de expulsión del territorio, continua diciendo la Sentencia del TSC, son diferentes según que el interesado sea residente permanente en Canadá o extranjero pendiente de confirmación de su derecho a permanecer en Canadá. Los residentes permanentes, respecto de los que los ministros tengan motivos razonables para creer que constituyen un peligro para la seguridad nacional, *pueden* ser detenidos. Para hacer esto, los ministros deben emitir una orden indicando que constituyen una amenaza, bien para la seguridad nacional, bien para la seguridad de los demás o que verosíblemente se sustraerán al procedimiento o a la repatriación. Por su parte, los extranjeros *deben* ser detenidos desde la expedición del certificado (art. 82.2) y dicha detención es automática. La detención de un residente permanente debe ser controlada en un plazo de 48 horas, mientras que un extranjero debe presentar una demanda para hacer que se controle su detención y no está autorizado a presentar su demanda antes de que trascurra un plazo de 120 días desde la decisión de un juez del Tribunal Federal que resuelva el carácter razonable del certificado. En los dos casos, el certificado considerado razonable por el juez se convierte en medida de repatriación. A raíz de esta medida, los residentes permanentes pierden su particular estatuto; su detención será controlada entonces de la misma manera que las de los restantes extranjeros.

Frente a la medida de repatriación no cabe recurso y puede ser ejecutada inmediatamente, lo que excluye la obligación de efectuar o llevar a cabo un control

o investigación. Sea residente permanente o extranjero, el detenido ya no puede presentar demanda de protección (art. 81). Además, una persona protegida o un refugiado que sea expulsado del territorio por uno u otro de los motivos por los que se expide un certificado, ya no se beneficia del principio de no devolución establecido en el art. 115(1) si, según el Ministro, esa persona no debería estar en Canadá por la naturaleza y gravedad de sus actos, o por del peligro que constituye para la seguridad del país [art. 115(2)]. Por tanto, podría, al menos en teoría, ser enviada a un país donde corra el riesgo de padecer tortura.

El residente permanente detenido en virtud de un certificado, prosigue el TSC en la exposición de los antecedentes de hecho que venimos sintetizando, tiene derecho a que se controle su detención cada seis meses. Según el art. 83.3, el juez ordenará mantenerle detención del residente permanente si está convencido de que el mismo sigue constituyendo un peligro para la seguridad nacional o la seguridad de los demás o que se sustraerá verosímelmente al procedimiento o a la repatriación.

En cambio, la detención de los extranjeros es preceptiva. Un juez puede poner en libertad, con los requisitos que estime apropiados, a cualquier extranjero respecto del cual no haya sido ejecutada la medida de repatriación, ciento veinte días después de que un juez haya resuelto el carácter razonable del certificado, «cuando haya prueba de que la medida no será ejecutada en un plazo razonable y de que la puesta en libertad no constituirá un peligro para la seguridad nacional o la seguridad de los demás» (art. 84.2). El extranjero, dice el TSC concluyendo su síntesis de las disposiciones de la IRPA cuya constitucionalidad se le plantea, puede ser expulsado incluso aunque haya sido vuelto a poner en libertad.

b) Circunstancias de hecho relativas a los recurrentes

Una vez descritos los preceptos jurídicos objeto del caso, la STSC Charakaoui pasa a describir sucintamente las circunstancias de hecho de los recurrentes. «El señor Charakaoui, nos dice el TSC, es residente permanente, mientras que los señores Harkat y Almrei son extranjeros que habían obtenido el estatuto de refugiado con base en el correspondiente tratado. Vivían todos ellos en Canadá en el momento de su arresto y detención. En el momento de las decisiones dictadas en apelación, estaban todos ellos detenidos desde un determinado período de tiempo —desde 2003, 2002 y 2001 respectivamente. En 2001, un juez del Tribunal Federal resolvió que el certificado relativo al señor Almrei era razonable; otro juez concluyó el carácter razonable del certificado relativo al Señor Harkat en 2005. Ninguna decisión se ha tomado todavía sobre el carácter razonable del certificado relativo al Señor Charakaoui. Los Señores Charakaoui y Harkat fueron liberados condicionalmente en 2005 y 2006 respectivamente. El señor Harkat sin embargo ha sido informado de que será expulsado a Argelia y discute esta decisión en otro proceso. El señor Almrei sigue detenido. Todos ellos fue-

ron detenidos sobre la base de que constituían una amenaza para la seguridad de Canadá en razón de su participación en actividades terroristas. A lo largo de su detención, los tres recurrentes han impugnado, sin éxito, la constitucionalidad del régimen de certificados y el procedimiento de control de la detención establecidos por la IRPA⁵²».

B) Quejas de los recurrentes

Los recurrentes adujeron ante el Tribunal Supremo la inconstitucionalidad del régimen de certificados establecido en la IRPA, en aplicación del cual se ordenó su detención. Dicen que este régimen vulnera cinco disposiciones de la Carta: el art. 7, que garantiza a toda persona el derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad; el art. 9, que reconoce la protección frente a la detención arbitraria; el art. 10.c que garantiza a toda persona el derecho de que se controle lo más rápido posible la legalidad de su detención; el art. 12, que garantiza el derecho a la protección contra todo tratamiento cruel e inusitado; el art. 15, que garantiza a todos el derecho a la misma protección y a los mismos beneficios de la ley. Alegaron también la violación de principios constitucionales no escritos.

C) Criterio del TSC

a) Procedimientos de examen del carácter razonable de un certificado y de control de la detención

Los procedimientos de examen del carácter razonable de los certificados y de control de la detención establecidos por la IRPA contravienen el art. 7 de la Carta. Aunque la expulsión de un extranjero en el contexto de la inmigración no queda incluida quizás *en sí misma* en el art. 7, determinados elementos vinculados a la expulsión podrían implicar la aplicación del mismo. En este caso, está claro que el art. 7 es aplicable porque la persona a la que hace referencia un certificado puede ser detenida hasta el final del procedimiento y porque el proceso puede conllevar su envío a un destino en el que su vida o su libertad estén amenazados. Además, la afectación de la IRPA al derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de la persona no es conforme a los principios de justicia fundamental. Los procedimientos de examen del carácter razonable de los certificados y de control de la detención no garantizan el principio de audiencia equitativa establecido

⁵² Como ya hemos dicho anteriormente, en el 2007 Charkaoui y Harkat estaban en libertad bajo fianza y Almrei, al que se había anulado el certificado el 14 de diciembre de 2009, fue también puesto en libertad bajo fianza.

por el art. 7 cuando el Estado desarrolla una actividad que afecta a este derecho (FFDD 13, 14, 17, 18 y 65).

El derecho a una audiencia equitativa comprende el derecho a ser oído por un magistrado independiente e imparcial, que sea competente para tomar una decisión fundada sobre los hechos y el derecho, el derecho de toda persona a conocer la prueba que se pretenda eximir contra ella y el derecho de responder. Aunque los procedimientos establecidos por la IRPA tienen en cuenta exigencias propias en el contexto de la seguridad, los problemas de seguridad no pueden servir para legitimar, desde la perspectiva del art. 7, un procedimiento no conforme con la justicia fundamental. En este caso, el régimen establecido por la IRPA incluye una vista o audiencia y satisface la exigencia de independencia y de imparcialidad del juez, pero el secreto requerido por el sistema impide a la persona contra la que se dirige el certificado saber qué es lo que se le reprocha, y por tanto, discutir la tesis del Gobierno. Lo que tiene por efecto minar la capacidad del juez de proporcionar una decisión fundada sobre el conjunto de los hechos y del derecho pertinentes. Los jueces del Tribunal Federal, que están obligados por la IRPA a proceder a un examen riguroso del carácter razonable del certificado, de manera independiente y judicial y a partir de las informaciones de que disponen, no están investidos de todos los poderes independientes para promover los elementos de prueba que les conferiría un proceso inquisitorial. En cambio, la persona contra la que se dirige el certificado no se beneficia ni de la divulgación de la prueba ni del derecho a participar en el procedimiento propios de un proceso contradictorio. En consecuencia, tememos que el juez, a pesar del despliegue de medios para obtener la pruebas necesarias, se vea obligado —quizás sin saberlo— a dictar su decisión sobre la base solamente de una parte de dicha prueba necesaria. Problemas similares se plantean respecto de la exigencia de que la decisión sea fundada en derecho. Al no saber lo que se le reprocha, puede ocurrir que la persona contra la que se dirige el certificado no pueda plantear una objeción jurídica contra un elemento de prueba o hacer valer argumentos jurídicos fundados en la prueba. Para respetar el art. 7, es preciso, bien comunicar las informaciones necesarias al interesado, bien encontrar otra manera de informarle de lo esencial. La IRPA no prevé ni una cosa ni otra (FFDD 23, 27 a 31, 38, 45, 50 a 52 y 61).

La vulneración del art. 7 no resulta convalidada por la aplicación del art. 1 de la Carta⁵³. Aunque la protección de la seguridad nacional de Canadá y de las fuentes en

⁵³ Según dijimos, el art. 1 de la Carta establece que los derechos tutelados por la Constitución pueden ser sometidos a limitaciones en vía legislativa, siempre que tales limitaciones sean razonables y que su justificación pueda ser demostrada en el marco de una «sociedad libre y democrática». Como decíamos al comienzo de este trabajo, ese precepto, que debilita los derechos reconocidos en la Carta, hace que el TSC, una vez constatado que un precepto legal limita un derecho reconocido por la Carta deba a continuación plantearse si tal limitación está o no justificada desde la perspectiva del art. 1 para decidir si es o no constitucional.

materia de información constituyen un objetivo urgente y real y la no comunicación de elementos de prueba en el marco de una vista o audiencia sobre un certificado tenga un nexo racional con este objetivo, la IRPA no lleva a cabo la menor afectación posible a los derechos de las personas contra las que se dirige el certificado. Las soluciones menos atentatorias concedidas en Canadá y en el extranjero, en particular el recurso a un abogado especial para representar a las personas contra las que se dirige el certificado, demuestran que el legislador puede hacerlo mejor de lo que lo ha hecho en la IRPA para proteger a los individuos preservando la confidencialidad de las informaciones sensibles (FFDD 66, 68, 70, 73, 85 y 87).

b) Detención de los extranjeros

La detención sin mandamiento de los extranjeros no viola el derecho a la protección contra la detención arbitraria garantizada en el art. 9 de la Carta. El hecho, que se encuentra en el origen de la detención de un extranjero, es la firma en virtud del art. 77 de la IRPA del certificado que justifica que el extranjero en cuestión no debe entrar en el territorio por razones de seguridad, de afectación a los Derechos Humanos o internacionales, criminalidad grave o criminalidad organizada. El motivo de la seguridad se basa en el peligro que representa la persona que consta en el certificado y constituye un fundamento racional para la detención. Sin embargo, la falta de control de la detención de los extranjeros antes que hayan transcurrido 120 días después de la confirmación judicial del carácter razonable del certificado (párrafo 84.2) afecta a la protección contra la detención arbitraria garantizada por el art. 9 de la Carta, que comprende el derecho a que sea controlada con prontitud la legalidad de la detención garantizada por el art. 10.c de la Carta.

Ciertamente, una cierta flexibilidad puede ser necesaria en cuanto a la detención de una persona sospechosa de terrorismo, pero esto no puede justificar la ausencia total de posibilidad de controlar con prontitud la detención (FFDD 88, 89, 91, 93 y 94).

La vulneración de los arts. 9 y 10.c no resulta justificada con base en el art. 1 de la Carta. La IRPA asegura a los residentes permanentes que planteen un peligro para la seguridad nacional el control obligatorio de su detención en un plazo de 48 horas. Por tanto, la negativa a permitir el control de la detención de los extranjeros durante los 120 días siguientes a la confirmación del certificado no afecta *lo mínimo posible* a los derechos que les garantizan a los mismos los arts. 9 y 10.c. (FD 93).

c) Detención prolongada

Aunque la garantía contra todo tratamiento cruel e inusitado no sea un mecanismo que pueda servir para discutir globalmente el carácter equitativo de un

régimen legislativo particular, la detención con una duración indeterminada sin esperanza de ser liberado, ni ninguna vía jurídica para conseguir una liberación, puede causar un estrés psicológico y constituir por tanto un tratamiento cruel e inusitado. La IRPA no impone, en principio, la detención más que en espera de la expulsión, pero puede de hecho permitir una detención prolongada o con una duración indeterminada, o el sometimiento a requisitos muy severos para la puesta en libertad durante un largo periodo de tiempo. Los principios de justicia fundamental y el derecho a la protección contra todos los tratamientos crueles o inusitados exigen que la detención de una persona o su sometimiento a severos requisitos de puesta en libertad durante un largo periodo de tiempo, en virtud del derecho de la inmigración, sean dotados de un proceso válido de control continuo que tenga en cuenta el contexto y las circunstancias peculiares de cada caso. Toda persona debe tener la posibilidad real de discutir la continuidad de su detención o los requisitos para su puesta en libertad (FFDD 97, 98, 105 y 107).

Los largos periodos de detención en espera de la expulsión permitidos por las disposiciones de la IRPA que regulan los certificados, no vulneran los arts. 7 y 12 de la Carta si se les dota de un proceso que ofrezca la posibilidad de hacer controlar regularmente la detención en función de todos los factores pertinentes, incluyendo los motivos de la detención, el tiempo pasado en la misma, las razones que retrasan la expulsión, la duración anticipada de la prolongación de la detención, en su caso, y la existencia de soluciones sustitutivas de la detención. Esto no excluye sin embargo la posibilidad de que, en un caso particular, un juez llegue a la conclusión de que la detención constituye un tratamiento cruel e inusitado o es incompatible con los principios de justicia fundamental (FFDD 110 a 116 y 123).

d) Tratamiento diferente de los ciudadanos y de los extranjeros

Como el art. 6 de la Carta prevé expresamente un tratamiento diferente para los ciudadanos y para los extranjeros en materia de expulsión, un régimen de expulsión que se aplique únicamente a los extranjeros, y no a los ciudadanos, no es por este hecho contrario al art. 15 de la Carta. A pesar de la detención muy prolongada de determinados recurrentes, las actuaciones no establecen falta de vínculo entre las detenciones en cuestión y el objetivo del Estado de expulsar a los interesados (FFDD 129 y 131).

e) Primacía del Derecho

Ni (1) la ausencia del derecho de recurrir contra la conclusión del juez designado que declare que el certificado es razonable, ni (2) las disposiciones que permiten al poder ejecutivo emitir una orden de arresto, en caso de un residente permanente, o prevén el arresto obligatorio sin orden con base en una decisión

del poder ejecutivo, en el caso de un extranjero, son incompatibles con la primacía del Derecho. En primer lugar, el derecho de recurso no está garantizado por la Constitución y no se puede afirmar que tal derecho se derive de la primacía del Derecho en este contexto. En segundo lugar, la primacía del Derecho no prohíbe categóricamente la detención automática ni la detención ordenada por el ejecutivo y las protecciones constitucionales en caso de arresto y de detención son enunciadas en la Carta (FFDD 133, 136 y 137).

f) Reparación

El procedimiento de confirmación judicial de los certificados establecido por la IRPA es incompatible con la Carta y, por ello, inoperante. El efecto de esta declaración queda suspendido por un año a partir de la fecha de la presente Sentencia. Si el Gobierno decide hacer examinar el carácter razonable del certificado relativo a Charkaoui durante este período, se aplicará el procedimiento existente previsto en la IRPA. Después de este plazo, los certificados relativos a Harkat y Almrei perderán el carácter «razonable» que se les ha reconocido y podrán solicitar la anulación de los mismos. Del mismo modo, el examen de un certificado y el control de la detención realizados después de la inspiración de este período de un año se someterán al nuevo proceso establecido por el legislador. Además, el art. 84.2, que niega a los extranjeros detenidos el derecho a ser oídos en un plazo breve, prohibiendo cualquier demanda de puesta en libertad durante un período de 120 días siguientes a la confirmación del certificado es excluido y el art. 83 es modificado para permitir el control de la detención de los extranjeros tanto antes como después de que se haya resuelto sobre el carácter razonable del certificado (FFDD 139 y 141).

D) Conclusión del TSC

En definitiva, la Sentencia concluye que la IRPA vulnera de manera injustificable el art. 7 de la Carta al autorizar la emisión de un certificado de expulsión del territorio sobre la base de documentos secretos, sin prever la participación de un representante independiente en la fase del control judicial para garantizar el mayor respeto a los intereses de la persona objeto del certificado. Se determina, igualmente, que algunos de los plazos previstos por las disposiciones que permiten mantener a un extranjero detenido contravienen los arts. 9 y 10.c de la Carta porque son arbitrarios. También se establece que no se ha demostrado ninguna vulneración del art. 12 habida cuenta de que existe un recurso contra la posibilidad de una detención de duración indeterminada que constituye un proceso válido de control. Finalmente, se concluye que no se vulnera el derecho a la igualdad garantizado por el art. 15 de la Carta.

4. RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES

1. Canadá, con una reforma de 1982, estableció la supremacía de la Constitución y una Carta de Derechos; pero esa supremacía constitucional y esa Declaración de Derechos están algo debilitadas sobre todo por el art. 1 de la Ley constitucional de 1982 que establece que los derechos tutelados por la Constitución pueden ser sometidos a limitaciones en vía legislativa, siempre que tales limitaciones sean razonables y que su justificación pueda ser demostrada en el marco de una «sociedad libre y democrática».

2. Con anterioridad a la Carta de Derechos y Libertades de 1982, las intervenciones para garantizar la seguridad colectiva se basaron tradicionalmente en la referida cláusula relativa a la «paz, orden y buen gobierno». La *War Measures Act* de 1914, que fue utilizada tres veces y confería al Gobierno una gran concentración de poder, fue derogada en 1988.

3. Canadá reaccionó rápidamente ante los atentados de 11 de septiembre de 2001. El 15 de octubre de 2001 el Gobierno presentó al Parlamento el *Bill C-36, Anti-terrorism Act (ATA)* que fue rápidamente aprobado y sancionado. A la ATA siguieron otras medidas como la nueva, en ese momento, normativa de inmigración (*Inmigration and Refugee Protection Act* de noviembre de 2001).

4. Pero la reacción canadiense frente a los atentados de 2001, como ha ocurrido en tantos otros países, no se ha encauzado por medio de la legislación de emergencia en sentido estricto, sino que ha consistido más bien en una «normalización de la emergencia». En efecto, la ATA introdujo medidas de carácter permanente que modificaron el Código Penal, la legislación procesal y el régimen jurídico relativo a la intimidación. Solamente se previó el carácter provisional (*sunset clause*) del arresto preventivo y de las audiencias de investigación. Estas medidas expiraron en febrero de 2007 pero el Gobierno quiso contar con estos instrumentos en la lucha contra el terrorismo y reformó el Código Penal.

5. De todas formas, las medidas previstas en la ATA se han aplicado escasamente.

6. El TSC se ha comportado tradicionalmente como buen garante de los derechos fundamentales. Esta línea de actuación se ha confirmado con posterioridad al 11 de septiembre de 2001 siendo en este sentido destacable la Sentencia *Charkaoui v. Canada* de febrero de 2007 relativa a la Ley de Inmigración y Protección a los Refugiados.

7. Con la profesora Tania Groppi, que ha dirigido una obra colectiva sobre análisis comparado de legislaciones antiterroristas y control por los correspondientes Tribunales Supremos, y autora ella misma de publicaciones sobre la legislación antiterrorista canadiense, ha de concluirse que la Carta de Derechos y Libertades canadiense, garantizada por un Tribunal Supremo vigilante, constituye un buen ejemplo entre las democracias occidentales.