

FRANÇOIS CRÉPEAU

Profesor Derecho Internacional, Director Científico del CÉRIUM (Centro de Estudios Internacionales), Universidad de Montreal (Canadá)
(agchueca@posta.unizar.es)

El extranjero y el derecho a la justicia en Canadá tras el 11 de septiembre^(*)

RESUMEN

EL EXTRANJERO Y EL DERECHO A LA JUSTICIA EN CANADÁ TRAS EL 11 DE SEPTIEMBRE

Desde los sucesos del 11-S, el peligro del terrorismo condujo a la adopción de nuevas medidas antiterroristas (eliminación de los recursos de apelación abiertos a los extranjeros, reducción de la asistencia jurídica, incremento de los poderes de detención, frecuente uso de los certificados de seguridad...). Pero en la *Canadian Charter of Rights and Freedoms* sólo el derecho a votar y a ser elegido, el derecho a entrar y a permanecer en el país y el derecho de ser educado en las lenguas minoritarias protegen específicamente a los ciudadanos. La protección de los derechos de los ciudadanos canadienses no puede basarse en la negación de los derechos de los extranjeros. Están en juego los mismos derechos: La violación de derechos de los extranjeros es una violación de derechos de los ciudadanos.

ABSTRACT

THE FOREIGNER AND THE RIGHT TO JUSTICE IN CANADA AFTER THE EVENTS OF SEPTEMBER 11

After the events of September 11, the fear of terrorism led to the adoption of new anti-terrorist measures (elimination of appeals available to foreigners, reduction of legal aid, increased powers of detention, easier use of security certificates...). But in *Canadian Charter of Rights and Freedoms* only the right to vote and be elected, the right to enter and remain in the country and the minority language educational rights specifically protect citizens. The protection of Canadian citizens cannot be based on the denial of foreigner's rights. The same rights are at stake: The violation of a foreigners's rights is a violation of citizen's rights.

(*) Ponencia presentada en la Canadian Federation for the Humanities and Social Sciences. Traducción de Ángel G. CHUECA SANCHO, Director Adjunto de la REDMEX.

François Crepeau

SUMARIO

I. Introducción.

II. La erosión de los derechos de los extranjeros en Canadá. A) Eliminación de los recursos de apelación de los extranjeros. B) Reducción de la asistencia jurídica. C) Incremento de las posibilidades de detención. D) Frecuente uso de los certificados de seguridad. E) Sanciones agravadas para los traficantes de personas. F) Acuerdos sobre Tercer País Seguro. G) Medidas de interceptación en las fronteras del Estado.

III. El extranjero, más que como un riesgo, es percibido como una amenaza para la seguridad.

IV. Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

En enero de 2003, el Comisionado para la Protección de la Vida Privada en Canadá afirmaba en su Informe de 2001-2002, enviado al Parlamento, que¹ “el Gobierno, simplemente, está usando el 11 de septiembre como una excusa para nueva recogida y nuevos usos de información personal sobre todos los canadienses, lo cual no puede justificarse por las exigencias del antiterrorismo y, además, no cabe en una sociedad democrática...

Estoy informando al Parlamento en esta comparecencia de que esta indiferencia gubernamental respecto a derechos privados de importancia crucial no surge sólo en instancias aisladas y parece ser sistemática. Ello conduce un derecho fundamental de cada canadiense a un profundo riesgo. Es muy urgente que se cambie esta tendencia...

Desgraciadamente este Gobierno ha perdido su brújula moral respecto a los derechos humanos fundamentales de la privacidad”.

Estas palabras son extremadamente duras, pronunciadas por un oficial de un Parlamento en el cual el Gobierno tenía mayoría en la Cámara. El Comisionado se refería a varios actos y a proyectos de ley del gobierno, preparados después del 11 de septiembre:

(1) Comisionado para la Protección de la Vida Privada en Canadá, Noticias, 29 de enero de 2003, en http://www.privcom.gc.ca/media/nc-r/2003/02_05_b_0330129_e.asp?V=Print.

El extranjero y el derecho a la justicia en Canadá tras el 11 de septiembre

- Nueva base de datos de los pasajeros de la Aduana y la Agencia Tributaria de Canadá;
- El acceso sin restricción de la Real Policía Montada del Canadá (RCMP) a cualquier información que las compañías aéreas obtengan de sus pasajeros y su transferencia a las autoridades de extranjería según la *Aeronautics Act*²;
- Fuerte incremento de los poderes estatales para controlar las comunicaciones, especialmente algunas internacionales;
- Posible creación de una Carta de Identidad con identificadores biométricos, como indicaba el Ministro de la Ciudadanía y la Inmigración, basado en el modelo que antes se utilizó para los residentes permanentes; y
- Apoyo del Gobierno a la colocación por la RCMP de vídeos de vigilancia en los espacios públicos.

Algunas de estas medidas nunca fueron aceptadas en la década pasada. ¿Pueden considerarse aceptables hoy?

Una razón para esta posibilidad se basaría en el miedo al terrorismo, exacerbado por las guerras en Afganistán e Irak y también, más recientemente, por el fracaso a la hora de remodelar el Mapa de Oriente Medio. Existe otro elemento de justificación que no se menciona en los documentos oficiales: En nuestra visión colectiva, las personas que se ven afectadas por las medidas antiterroristas son esencialmente extranjeras.

“Si Usted no tiene nada que esconder, usted no tiene nada que temer”: Es el argumento que ponen sobre la mesa todos cuantos justifican la adopción de drásticas medidas en la lucha contra el terrorismo. Según ello, las nuevas medidas darán protección efectiva a los buenos ciudadanos que respetan la ley frente a todos los extranjeros “que nos odian”.

Opera aquí la clásica retórica de la distinción entre “ellos” y “nosotros”. El deterioro de los derechos de los extranjeros en Canadá, así como en otros países occidentales, encuentra su origen en la idea según la cual, cuando la seguridad está en peligro, un extranjero no tiene por qué disfrutar necesariamente de los mismos derechos fundamentales que un ciudadano.

Esta ruptura de la dignidad humana de la persona no será cuestionada por una amplia mayoría de la población, aun cuando tenga devastadoras consecuencias para los individuos y sus familias, siempre que esas personas sean extranjeras.

(2) *Act to amend the Aeronautics Act*, S.C. 2001, cap. 38 (Ley C-44), aprobada el 18 de diciembre de 2001, puede consultarse en http://www.parl.gc.ca/37/1/parlbus/chambus/house/bills/government/C-44/C-44_3/C-44_cover-F.html. Ver oficina del Comisionado para la Protección de la Vida Privada en Canadá, Comunicados de Prensa, 30 de noviembre de 2001.

En efecto, desde el punto de vista únicamente moral, resulta un poco difícil de conciliar la ola de simpatía originada por el caso Maher Arar³ con la casi total indiferencia, cuando no hostilidad, con la cual numerosos extranjeros habrían de sufrir un destino semejante.

Este es el peligro al que se enfrentan los extranjeros, con riesgo para su libertad, su seguridad o su vida cuando retornan a casa, o simplemente cuando son detenidos o deportados con argumentos muy débiles. Este riesgo lo corren también sus familias en Canadá. Los individuos son desarraigados, las familias son separadas y los niños son arrancados del único mundo que conocen hasta ese momento. Las decisiones que provocan estas consecuencias deben ser cuidadosamente controladas.

En primer lugar deseo ilustrar la erosión de los derechos de los extranjeros durante la última década y especialmente la derivada de la presente agenda de seguridad, y analizar el hecho de que los extranjeros no son en todo caso considerados como personas necesariamente merecedoras de justicia y dignidad.

II. LA EROSIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS EXTRANJEROS EN CANADÁ

Durante los noventa, según Didier BIGO, la inmigración era analizada desde el paradigma de la seguridad interna. La inmigración era considerada cada vez más como una cuestión relacionada con la criminalidad⁴.

Tras los sucesos del 11 de septiembre, el peligro del terrorismo condujo a la adopción de nuevas medidas antiterroristas y al reforzamiento del aparato policial de seguridad en Canadá y en otros lugares. La inmigración fue considerada el reino de la lucha antiterrorista⁵.

Dos meses después, los Gobiernos de Canadá y USA adoptaban *la Declaración Conjunta sobre Cooperación y las Cuestiones de la Migración Regional y los 30 puntos del Plan de Acción para Crear una Frontera Segura y Abierta*⁶. Según estos instrumentos, el órgano canadiense de Ciu-

(3) Se trata de un canadiense, de origen sirio, detenido en Nueva York en septiembre de 2002, cuando volvía de un viaje a Túnez. Enviado a Siria por los agentes estadounidenses, al volver tras muchos meses de detención ilegal, alegaba que había sufrido torturas (N. del T.).

(4) Didier BIGO: *L'Europe des polices et la sécurité intérieure*, Complexe, Paris 1992.

(5) Citizenship & Immigration Canada, *Strengthened Immigration Measures To Counter Terrorism*, 12 de octubre de 2001, en <http://www.cic.gc.ca/english/press/01/0119-pre.html>. Los fondos destinados a medidas antiterroristas desde 2001 a 2007 se estiman en 7.700 millones de dólares canadienses: Office of the Auditor General of Canada, Citizenship and Immigration Canada, Control and Enforcement, abril 2003, Informe, cap. 5, en <http://www.oag-bvg.gc.ca/domino/reports.nsf/html/20030405ce.html>.

(6) La Declaración Conjunta sobre la Frontera Abierta fue firmada el 12 de diciembre de 2001 por John MANLEY, Ministro de Asuntos Exteriores y de Comercio Internacional (Canadá) y Tom RIDGE, Director de la Oficina de Seguridad Interior (USA), puede verse en <http://dfait-maeci.gc.ca/anti-terrorism/ca-us-border-en.asp>.

El extranjero y el derecho a la justicia en Canadá tras el 11 de septiembre

dadanía e Inmigración asume sobre todo la responsabilidad, por parte de Canadá, para aplicar diez iniciativas entre las cuales se hallan:

- La administración de las solicitudes de los refugiados y solicitantes de asilo, incluyendo la investigación sobre seguridad y riesgos de delitos y el control de la información;
- La gestión de las reclamaciones sobre el estatus del refugio y asilo, incluyendo la negociación de un acuerdo para gestionar los flujos fronterizos de los individuos que solicitan asilo;
- El desarrollo de las bases de datos sobre inmigración, mediante los intercambios automatizados existentes de la información conseguida y el desarrollo paralelo de las bases de datos sobre inmigración para un intercambio regular de información.

Algunas de estas medidas constituyen compromisos perfectamente compatibles con la práctica anterior. Son una herramienta necesaria en la lucha contra las actividades criminales internacionales, como el terrorismo.

Pero es claro que no son adoptadas para proteger mejor a los individuos de la persecución sufrida en su país de origen. Por el contrario, una gestión eficiente de las fronteras incluye una gestión segura de modo que, el escaso número de personas a las que se les permita alcanzar la frontera, puedan solicitar protección. En estos instrumentos no existe ninguna decisión para una aplicación completa de las obligaciones derivadas de la *Convención de las Naciones Unidas sobre el Estatuto de los Refugiados*.

Por otra parte es necesario recordar que, cuando se infrinjan los derechos fundamentales y las libertades de los extranjeros de modo inaceptable, ello también puede ser aplicado a los ciudadanos en Canadá o a los ciudadanos canadienses en el exterior por autoridades extranjeras.

A) Eliminación de los recursos de apelación de los extranjeros

En el Derecho canadiense de inmigración, desde los años noventa, han sido eliminados numerosos recursos de apelación, previamente abiertos a los extranjeros⁷. Además sólo se puede obtener la revisión judicial de una sentencia después de haber obtenido permiso para su ejecución. La revisión judicial ya no existe *de jure*. La gestión de la inmigración se realiza de modo más rápido, incluso puede ser más eficiente, pero la protección de los derechos humanos ha disminuido de modo radical. Desde 2002, cuando los patrocinadores canadienses de extranjeros fueron declarados inadmisibles por razones de “seguridad, violación de derechos humanos o derecho internacional, delitos graves o criminalidad organizada”, los extranjeros han sido privados del derecho de apelación.

(7) Por ejemplo, en 2002 la nueva *Immigration and Refugee Protection Act* elimina todo derecho de apelación y de revisión de las órdenes contra cualquier persona, incluso un residente permanente, acusado de atentar contra la seguridad, violación de los derechos humanos o derecho internacional, delitos graves o criminalidad organizada. Consultar la sec. 64 de la *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, cap. 27, en <http://laws.justice.gc.ca/en/I-2.5/text.html>.

B) Reducción de la asistencia jurídica

El sistema canadiense de determinación de la condición de los refugiados es considerado uno de los mejores del mundo. Los Ministros afirman que Canadá es “el Cadillac” de los sistemas de protección de los refugiados. Basado en la *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, este sistema es cuasi-judicial y cada refugiado demandante tiene el derecho a ser oído con el correspondiente intérprete y el derecho a un abogado. Sin embargo, nunca se ha considerado importante, en el derecho y en la política de Canadá, el dar suficiente asistencia jurídica para ayudar a los refugiados a preparar su defensa. Mientras el sistema de determinación de la condición de los refugiados pertenece a la jurisdicción federal, la asistencia jurídica en tales materias pertenece a los órganos provinciales de asistencia jurídica, sin garantizar ninguna equiparación. En Ontario el promedio de los honorarios por asistencia jurídica para determinar la condición de refugiado está fijado en 1.500 \$ canadienses. En Québec, que alcanza 455 \$ canadienses, lo que representa tres horas de trabajo, no incluye a un intérprete. En la Columbia Británica la asistencia jurídica para determinar la condición de refugiado era totalmente eliminada en junio de 2003, aun cuando posteriores negociaciones dieron como resultado la reintroducción en marzo de 2004 de un servicio limitado. También hay que subrayar la importancia de la asistencia jurídica en el caso de los delitos, de modo que se ayude a las personas acusadas a defenderse de modo apropiado y asegure la legitimidad de cualquier veredicto posterior de culpabilidad. Si hasta los jefes mafiosos tienen derecho a asistencia jurídica, en el caso de los refugiados ¿cuáles serán las consecuencias de una decisión errónea si ha existido muerte, tortura o prisión, cuando la prestación de la asistencia jurídica no ha sido considerada como igualmente importante?

C) Incremento de las posibilidades de detención

Aun cuando la práctica de la detención en Canadá no es tan dura como la existente en otros países como Estados Unidos, en los últimos años se han incrementado considerablemente las detenciones de indocumentados solicitantes de asilo. Este incremento de las detenciones ha sido fijado por el ministro como un objetivo policial.

Por ejemplo, la *Immigration and Refugee Protection Act* regula en una norma la posibilidad de que un agente arreste y detenga a un extranjero sin orden de detención, cuando “tenga motivos razonables para sospechar que el residente permanente o el extranjero es inadmisibles por razones de seguridad”: Como esta posibilidad está abierta a su decisión, el agente decide, entre otras cosas, que el arresto y la detención de la persona en cuestión es necesario para prevenir la preparación de actos terroristas⁸. El nivel normal de prueba en estas materias exige que el agente esté obligado a “creer por motivos razonables” que puede ser cometido un acto criminal. Pero ¿dónde está el umbral más bajo de la “sospecha por motivos razonables”? ¿Qué sucede si la sospecha se basa en motivos no razonables? Estas cuestiones se hallan hoy ante los tribunales canadienses⁹.

(8) *Immigration and Refugee Protection Act*, sec. 55 (3) y 34.

(9) Consultar Kent ROACH: *Canada's Response to Terrorism* (en publicación).

El extranjero y el derecho a la justicia en Canadá tras el 11 de septiembre

Durante el verano de 2003, alrededor de veinte personas, sobre todo ciudadanos de Pakistán e India que estudiaban en Canadá, fueron arrestadas sin orden de detención. Se sugirió que habían creado una célula durmiente de Al-Qaeda. Esta sugerencia se basaba en cierta información obtenida en una escuela de navegación, en una escuela de negocios ya desaparecida, en dos domicilios diferentes en los que se habían pagado elevadas sumas por seguros de vehículos y en algunos documentos que medían la torre CN de Toronto. La mayoría de estas sugerencias desaparecieron en seguida. Los miembros del Cuerpo de Inmigración y Refugio fueron autorizados a presentar una alegación indicando que todo ello no afectaría al trato a los potenciales nuevos inmigrantes¹⁰.

D) Frecuente uso de los certificados de seguridad

Los certificados de seguridad, un instrumento para expulsar extranjeros que suponen una amenaza a la seguridad para Canadá, por motivos de seguridad o por motivos de violación de derechos humanos o del derecho internacional, delitos graves o criminalidad organizada, se utilizan en la legislación canadiense de inmigración desde 1991.

Los extranjeros, a los que se incluye en un certificado de seguridad, son detenidos automáticamente. Si el juez decide que el certificado no es válido, es anulado. Pero, si el juez decide que el certificado es válido, ello se considera una prueba decisiva, de modo que el extranjero en él incluido no puede ser admitido. A pesar de los hechos, en este caso el extranjero no tiene acceso al resto de las pruebas.

La *Immigration and Refugee Protection Act* incrementó los efectos de los certificados de seguridad, al regular la suspensión o la terminación de una demanda de protección del refugiado por desistimiento, al ampliar los casos de desistimiento en asuntos de crimen organizado, al eliminar apelaciones, al facilitar el acceso al órgano de Examen de los Riesgos antes de la Devolución¹¹ y al agilizar el proceso de expulsión¹².

En todo sistema jurídico son esenciales los procedimientos específicos para concretar la información sensible que afecte a la seguridad y por ello recientemente se han añadido algunas normas al Código Penal como las relativas a las cuestiones de seguridad, estableciendo por ejemplo algunas pruebas que deben permanecer secretas, si el juez decide que es necesario hacerlo sin poner en peligro la justicia en el procedimiento penal concreto¹³.

(10) Canadian Council for Refugees, *CCR denounces detention based on "suspicion"*, 2 de septiembre de 2003, en <http://www.web.net/%7Eccr/20detained.html>.

(11) Es el Pre-Removal Risk Assessment u órgano de examen de los riesgos antes de la devolución. Según el derecho canadiense, para cumplir el principio de No-Devolución, antes de que un extranjero sea expulsado de territorio canadiense puede formular sus alegaciones a este órgano (N. del T.).

(12) Consultar *Immigration and Refugee Protection Act*, sec. 77, 81, 115; Citizenship & Immigration Canada, *Keeping Canada Safe*, 7 de julio de 2002, en <http://www.cic-gc-ca/english/irpa/fs-keeping.html>

(13) Consultar Kee ROACH: *Canada's Response to Terrorism* (en publicación).

Pero parece completamente arbitrario un procedimiento, que puede llegar a obligar a una persona a volver a su país, donde eventualmente puede sufrir persecución o tortura, sin conocer cuáles son los hechos por los que se decide tal medida.

Existen soluciones para este dilema real y algunas podemos imaginarlas aquí. Por ejemplo, algunos autores han sugerido que deben estar acreditados en materia de seguridad un pequeño número de abogados defensores, que serían obligados a prestar un juramento especial para ello y serían designados para la defensa de los extranjeros a los que se ha atribuido un certificado de seguridad. Estos abogados deben poder consultar todas las pruebas presentadas contra sus clientes –pero no pueden comunicarla a sus clientes– y deben estar en posición de defender a tales clientes de modo adecuado¹⁴.

Está en juego la legitimidad de todo el sistema de los certificados.

E) Sanciones agravadas para los traficantes de personas

Canadá fue de los primeros Estados que firmó en 2001 la *Convención de las Naciones Unidas contra el Crimen Organizado Transnacional*¹⁵ y sus dos Protocolos, incluyendo el *Protocolo sobre el Tráfico de Migrantes por Tierra, Mar y Aire*. Por eso la actual *Immigration and Refugee Protection Act*, que entró en vigor en junio de 2002, modificó la pena para los traficantes de personas. La *Immigration and Refugee Protection Act* impuso la pena más elevada para la organización de la entrada ilegal en Canadá y algunas penas muy severas para los nuevos delitos de tráfico de personas, pero no distinguió, como afirma el Protocolo, entre las personas que actúan por motivos humanitarios y las restantes¹⁶.

Algunos se preguntan cómo ayudar al miembro de una familia que huye de una persecución cuando se rechaza su solicitud de refugio o de residencia permanente sin posibilidad de apelación. La ayuda a al menos diez personas a cruzar ilegalmente la frontera, sin ninguna amenaza para las personas o propiedades, constituye ahora un delito castigable con la cadena perpetua. Está más castigado que la violación o el atraco a mano armada, que está castigado con un máximo de 14 años. Es la misma pena que se impone por un acto de genocidio o de crimen contra la humanidad¹⁷. ¿Quién puede equiparar seriamente a un líder nazi con un pequeño traficante de personas? ¿Qué miedo subconsciente respecto al extranjero se expresa cuando la agravación de las penas es distorsionada de esta descarada manera?

(14) Consultar Kent ROACH: *Canada's Response to Terrorism*, (en publicación).

(15) Asamblea General, Resolución 55/25, anexo I, en vigor desde el 29 de septiembre de 2003, en http://www.uncjin.org/Documents/Conventions/dcatoc/final_documents:2/convention_eng.pdf.

(16) Estibalitz JIMÉNEZ y François CRÉPEAU: "The Immigration and Refugee Protection Act", *Horizons, Bulletin of Canadian Policy Research Initiative*, n.º 2, sept. 2002, en http://policyresearch.gc.ca/page.asp?pagenm=w5n2_art-o8.

(17) Consultar el artículo 272 del Código Penal de Canadá, R.S. 1985, cap. C-46, artículos 4 y 6, *Crimes Against Humanity and War Crimes Act*, S.C. 2000, cap. 24.

F) Acuerdos sobre Tercer País Seguro

Canadá y Estados Unidos firmaban el Acuerdo sobre el Tercer País Seguro en diciembre de 2002¹⁸. Este acuerdo permite a cada parte devolver a la otra todos los solicitantes de asilo que procedan del territorio de la anterior. Según las estadísticas de Citizenship & Immigration Canada (CIC) entre 1995 y 2001 aproximadamente un tercio de todos cuantos solicitaban refugio en Canadá habían llegado desde o a través de territorio de Estados Unidos. Para los que solicitaban el estatuto de refugiados en un puerto de entrada (o en un aeropuerto o en un puesto fronterizo), cuando la verificación de los países de tránsito pudo realizarse fácilmente, del 60% al 70% se dirigían a Canadá desde Estados Unidos. No parece que existan datos tan concluyentes sobre el flujo de los demandantes de refugio desde Canadá a Estados Unidos sino que puede tratarse de un porcentaje anual más bajo¹⁹.

Semejante cooperación internacional es deseable en principio: Debe favorecer a los refugiados el que los Estados cooperen para protegerlos mejor. Sin embargo, en este caso, se puede cuestionar la premisa básica según la cual EE. UU. es un país “seguro” para los solicitantes de asilo. Algunas ONG²⁰ y el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados expresaron dudas sobre ciertas prácticas de EE. UU., especialmente en cuanto a los procedimientos de detención y de expulsión rápida. Canadá debe pues prevenir a los extranjeros que llegan desde EE. UU. que solicitan asilo en Canadá, puesto que sabe que no van a ser tratados de modo similar a como esperan ser tratados en Canadá.

Al decidir el retorno a los EE. UU. de los solicitantes de asilo, Canadá reduce a través de un tercero el volumen de casos del Immigration and Refugee Board (IRB). Pero al actuar así, Canadá priva a estas personas del sistema de decisión sobre el refugio basado en la *Canadian Charter of Rights and Freedoms* que no tiene equivalente en EE. UU. Es bien conocido que el sistema americano de decisión sobre el refugio es claramente inferior, especialmente en cuanto al nivel del U.S. Board of Immigration Appeals²¹. Además existe la sensación según la cual, respecto a ciertas nacionalidades, el sistema americano no es claro, como se deduce de algunas personas que solicitan protección en Canadá.

(18) Citizenship & Immigration Canada, *Canada and U.S. Negotiators Agree to Final Draft Text of Safe Third Country Agreement*, en <http://www.cic.gc.ca/english/policy/safe-third.html>

(19) Standing committee on citizenship and immigration, report of third country regulations, diciembre 2002, en <http://www.parl.gc.ca/InfoComDoc/37/2/CIMM/Studies/Reports/cimmp01/03-cov-e.htm>; declaración del Ministro de Asuntos Exteriores a la Conferencia del Foro Público para la Gestión de la Frontera con EE. UU. (Toronto, 28 de Noviembre de 2001) en http://webpps.dfait-maeci.gc.ca/minpub/Publication.asp?publication_id=378840&Language=E; U.S. Committee for refugee, *Word Refugee Survey 2003 United States Report*, en http://www.refugees.org/world/countryrpt/amer_carib/2003/united_states.cfm.

(20) Canadian Council For Refugees, *10 Reasons Why The U.S.-Canada Refugee Deal Is A Bad Idea*, en <http://web.net/%7Eccr/10reasons.html>.

(21) U.S. Committee for refugees, *word refugee survey 2003, United States report*, en http://www.refugees.org/world/countryrpt/amer_carib/2003/united.states.cfm.

Sin duda puede predecirse que la aplicación de estas políticas está creando un ingente mercado para los traficantes de personas, que ayudan a la gente a cruzar la frontera sin ser detectados, antes de solicitar el estatuto de refugiados en Canadá. Ello puede degradar la imagen de los solicitantes de asilo, transformándolos, ante la opinión pública, en amenazadoras figuras de criminales internacionales. A ello puede contribuir la adopción de medidas preventivas o disuasorias contra esta situación que sean inadecuadas.

G) Medidas de interceptación en las fronteras del Estado

La canadiense *Immigration and Refugee Protection Act* contiene algunas normas que consideran a los transportistas responsables de los costes del transporte de los pasajeros indocumentados que llegan a los aeropuertos canadienses²². Según la *Immigration and Refugee Protection Act*, el Departamento de Ciudadanía e Inmigración carga al transportista los honorarios de la administración de todo aquel que llegue indocumentado. El Departamento ha firmado acuerdos con la mayoría de las líneas aéreas que realizan rutas regulares en Canadá. Según estos acuerdos, a los transportistas con buenos promedios en el rechazo de estos viajeros que llegan a Canadá se les reduce el pago de ciertos gastos de administración. A su vez, las compañías aéreas con sus medios apoyan a los oficiales del control de inmigración y les ayudan en los aeropuertos extranjeros a identificar a los pasajeros que carecen de los adecuados documentos de viaje²³. Todas estas medidas pretenden la eficiencia en la interceptación de los extranjeros indocumentados antes de su llegada a la frontera canadiense. Las prácticas desarrolladas para controlar los documentos por los transportistas aéreos en todo caso deben respetar algunas directrices y no pueden ser abiertamente discriminatorias: En todo caso, su control por los tribunales canadienses o por otros de un tercer país es inexistente.

Es muy difícil controlar las acciones de los servicios canadienses de inmigración o de inteligencia en el exterior. Aunque son controlados anualmente algunos miles de expedientes de inmigración y sistemáticamente se alega discriminación, se decide en un escaso número. Como en la mayoría de los países occidentales, las autoridades de Canadá han aprobado políticas sistemáticas para la interceptación fuera de territorio canadiense de los inmigrantes irregulares y la prohibición de su entrada y en este terreno es muy activa la cooperación internacional²⁴. Canadá asegura que respeta sus obligaciones internacionales en cuanto a la protección de los refugiados y los derechos humanos en general, pero en las políticas de interceptación y de prohibición de entrada el Gobierno canadiense no prevé medidas efectivas para cubrir las necesidades reales de protección de los inmigrantes irregulares que se hallan en Canadá. El control

(22) Ver la sec. 148 (1) (a) de la *Immigration and Refugee Protection Act* y la sec. 279 (1) de las *Immigration and Refugee Protection Regulations*; Citizenship & Immigration Canada, *Guide For Transporters*, 2002, en <http://www.cic.gc.ca/english/pdf/pub/transporters.pdf>

(23) Office of the auditor general of Canada, *Citizenship & Immigration Canada, control and enforcement*, abril 2003, Informe, cap. 5, en http://www.tbs-sct.gc.ca/est-pre/20032004/CI-CI/CI-Cir34_e.asp.

(24) Ver citizenship & immigration Canada, *Report of the plans and priorities 2003-2004*, febrero de 2003, en http://www.tbs-sct.gc.ca/est-pre/20032004/CI-CI/CI-Cir34_e.asp.

El extranjero y el derecho a la justicia en Canadá tras el 11 de septiembre

judicial de estas políticas, basado en la *Canadian Charter of Rights and Freedom*, resulta improbable en estos momentos.

III. EL EXTRANJERO, MÁS QUE COMO UN RIESGO, ES PERCIBIDO COMO UNA AMENAZA PARA LA SEGURIDAD

El extranjero no siempre es considerado como una persona a la que, por principio, siempre se le haga justicia y se respete su dignidad.

Los extranjeros no gozan de la simpatía directa de la opinión pública. No tienen representación política propia. Algunos dicen que no forman parte del espacio social. Pueden ser inicialmente temidos. Puede crearse fácilmente antipatía política respecto a los extranjeros y muchas instituciones sociales, incluso tribunales, pueden verse influidas por tales sentimientos. Pero muchos derechos humanos no están condicionados a la participación en ningún espacio social: Ser humano es la condición suficiente, en el marco del derecho internacional o en el marco de numerosos derechos internos.

En la *Canadian Charter of Rights and Freedoms* solamente las secciones 3 (derecho al voto y a ser elegido), 6 (derecho a entrar en el país y a permanecer en él) y 23 (derecho a la educación en una lengua minoritaria) protegen específicamente a los ciudadanos. Los demás derechos, incluido el derecho a la igualdad y la no discriminación por motivos de origen nacional (artículo 15), deben aplicarse igualmente a todos los seres humanos que se hallan bajo el imperio de la Carta, y el Tribunal Supremo ha señalado que ello afecta a “toda persona físicamente presente en Canadá y en virtud de esta presencia sujeta al derecho canadiense”²⁵.

El artículo 1 de la *Canadian Charter of Rights and Freedoms* incluye el deber de proteger los derechos y libertades de todos, excepto en los casos previstos en la ley, que sean razonables y estén justificados en una sociedad libre y democrática. Hasta ahora, este test ha sido sometido a una estricta interpretación de modo que se diera a los derechos el más amplio efecto posible. Espero que, a pesar de las presiones ejercidas por el gobierno y por la opinión pública, los tribunales no alteren su posición simplemente porque en algunos casos los implicados sean extranjeros. Para tener una mejor comprensión de la situación es necesario esperar los resultados de las decisiones de los tribunales sobre la constitucionalidad de algunas de las medidas mencionadas.

Tomemos como ejemplo el derecho a la igualdad y el derecho a un juez imparcial, recordando que todos los instrumentos de derechos humanos deben ser objeto de una generosa interpretación para proporcionar la máxima protección a todas las personas, por la misma razón que las normas penales son interpretadas restrictivamente.

(25) *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, (1985) 1 S.C.R. 177.

El derecho a la igualdad ante la ley ha sido siempre interpretado como inaplicable a los procedimientos que afectan a extranjeros en situación irregular²⁶. Al defender esta tesis como una exención, se afirma que tales procedimientos en nada afectan al ciudadano. Pero, si se adopta una interpretación centrada en los efectos, como la propugnada por el Tribunal Supremo Canadiense en el caso *Andrews*²⁷ por ejemplo, no hay razón alguna para diferenciar la detención de un extranjero de la detención de cualquier otra persona, puesto que los efectos de la detención (o sea, privación de la libertad física) son los mismos en ambos casos. Los procedimientos de expulsión deben interpretarse asimismo mediante referencia a sus consecuencias. Cuando mediante procedimientos particulares se coloca a un individuo en riesgo de muerte, de tortura, de detención, de tratos crueles, inhumanos o degradantes, no hay razón para juzgar que estos procedimientos tienen menor gravedad que los que someten a los ciudadanos a un trato similar, como los procedimientos de extradición. La aplicación práctica del derecho a la igualdad y la pugna contra la discriminación se incrementan y los extranjeros pueden beneficiarse de ello.

El derecho a un juez imparcial, a su vez, es claro que no debe aplicarse sólo a los procedimientos penales. Todo el trato aplicable a los extranjeros en situación irregular, así como la detención y la expulsión, suele ser considerado como un procedimiento administrativo al cual no se aplican las reglas de la imparcialidad procesal. Así sucede en la *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Esta interpretación procede de un momento en el cual el derecho administrativo se hallaba en un estadio embrionario y no se contemplaba el futuro desarrollo de los instrumentos de derechos humanos, a pesar de que esta interpretación tiene un impacto extremo sobre los derechos y las libertades. Si consideramos los modernos instrumentos de derechos humanos, habrá que admitir que el derecho a un juez imparcial se ha expandido hasta cubrir todos los procedimientos jurídicos, tengan carácter penal o administrativo. La reciente *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*²⁸ (la Carta de la UE) no realiza esta distinción. El artículo 47 de la Carta de la UE²⁹ extiende “el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial” a “toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el derecho de la Unión hayan sido violados”. Ello incluye el derecho de toda persona a que “su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial”, así como el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

Los tribunales internos no han asumido totalmente este cambio. La protección de los derechos de los extranjeros equivale hoy, *mutatis mutandis*, a la protección de los derechos de los trabajadores hace cien años, los derechos de las mujeres hace cincuenta años, los derechos de los aborígenes hace veinticinco años o los derechos de los gays y lesbianas hoy día. En su momento, todas esas categorías de personas fueron consideradas fuera del círculo de la ciudadanía o de

(26) Consultar *Chiarelli v. Canada, Minister of Employment and Immigration* (1992), 1 S.C.R. 711; *Huynh v. Canada (C.A.)*, 1996, 2 F.C. 976.

(27) *Andrews v. Law Society of British Columbia* (1989), 1 S.C.R. 143. En este caso la demanda de un ciudadano canadiense para conseguir un abogado fue rechazada mediante una distinción discriminatoria, cuando el ciudadano afirmó que no había ninguno con la calificación o la lealtad profesional que satisficiera los criterios exigibles a un abogado.

(28) *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Diario Oficial de la UE, C 364, p. 1, 18 de diciembre de 2000.

(29) Se trata del actual artículo II-107 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa (N. del T.).

El extranjero y el derecho a la justicia en Canadá tras el 11 de septiembre

la legalidad, fueron juzgadas menores de edad, como objetos, no respetadas como sujetos de derechos.

Los tribunales se toman su tiempo antes de decidir cuestiones sociales difíciles, pero no se toman menos tiempo que el conjunto de la sociedad. Los tribunales pueden ser una avanzadilla de su sociedad y ayudarle a entender las complejas implicaciones de los derechos que los ciudadanos han reconocido como esenciales para su propia dignidad, para la propia comprensión de sí mismos.

Ya sea un extranjero o ya un ciudadano, cuando se hallan ante la justicia, se juegan sus derechos fundamentales. Y, siendo todos ellos iguales ante la misma justicia, en el sistema penal no se les puede privar de la posibilidad de recurrir, pues tanto el culpable como el inocente tienen el mismo derecho a la justicia.

Defendemos por tanto la moderna concepción del derecho según la cual la protección de los derechos fundamentales importa más que la Razón de Estado, a menos que esté justificada por una situación de emergencia nacional.

La protección de los ciudadanos canadienses no puede estar basada en la negación de los derechos de los extranjeros. Están en juego los mismos derechos: La violación de los derechos de los extranjeros es una violación de los derechos de los ciudadanos.

Ha llegado el momento de que entendamos que la lucha contra el delito puede ser apoyada legítimamente sólo cuando respete los derechos del acusado y que aceptemos que es más importante no encarcelar a un inocente que dejar que un criminal escape al castigo.

Además la lucha contra el terrorismo es un objetivo en primer lugar político y social de nuestros Estados y debe ser realizada con todos los medios necesarios, incluyendo las medidas de inteligencia para la seguridad, el contra-espionaje, las operaciones policiales, los arrestos, las detenciones, etc.

Sin embargo, esta lucha no puede realizarse a cualquier precio. La lucha contra el terrorismo, para que sea legítima a largo plazo, debe subordinarse a la protección de los derechos humanos de cualquier sospechoso, incluido el sospechoso extranjero.

Durante las pasadas décadas, los extranjeros obtuvieron progresivamente más de lo logrado por los delincuentes en el s. XIX, obtuvieron que el reconocimiento de sus derechos prevalezca sobre los intereses de los Estados.

Es bien sabido que desde 1982³⁰ la protección de los derechos fundamentales prevalece sobre la soberanía parlamentaria, las personas democráticamente elegidas no pueden ir contra ellos,

(30) Año en el que se adopta la Carta Canadiense de Derechos y Libertades (N. del T.).

la legitimidad de los actos colectivos depende del respeto de los derechos fundamentales de todos.

Si se acepta hoy una excepción aplicable a los extranjeros en esta materia clave del Estado de Derecho, habrá que aceptar mañana otras excepciones: Resulta posible afirmar que nada puede prevenir la restricción de los derechos de personas discapacitadas, cuando el Estado declare que ello favorece nuestro interés. Pero nuestra condición humana se basa en el principio de igualdad. Los tribunales canadienses fueron en el pasado los campeones de esta concepción del derecho a la igualdad y Canadá proyectó la imagen de un país preocupado por los derechos humanos, la dignidad humana y el “deber de protección”, incluido en la Agenda para la Seguridad Humana promovida por Canadá.

Nuestra apertura a la inmigración y nuestro compromiso fundamental de respetar los derechos humanos son elementos esenciales de la imagen de Canadá en el exterior, una imagen de la cual todos los canadienses se benefician. El Departamento Canadiense de Política Internacional, según declaraciones de abril de 2005³¹, utiliza ampliamente este argumento. Consideremos fija esta imagen de nuestro país siempre desde el respeto de los derechos humanos de todos. Pero algunos de nuestros policías rompen esta imagen con los extranjeros. Ciertamente el caso Maher Arar distorsiona bastante. El debate sobre los certificados de seguridad continuará: Su necesidad debe ser demostrada respecto a las condiciones de su aplicación y respecto a las mejores garantías de los derechos humanos. A veces se ha aducido y discutido de inmigración al hablar de otras políticas, alegando discriminación, como reflejaba el *Globe & Mail* de 10 de mayo de 2005, cuando un ciudadano canadiense invocaba la *Charter* para atacar la decisión del CIC de rechazar una subvención sanitaria a su madre de 73 años de edad, diabética no dependiente de la insulina, por razones de una “excesiva demanda” sobre el servicio sanitario³².

Si reconsideramos la cuestión de si los derechos de los extranjeros deben ser reconocidos en Canadá, en relación con los derechos de los ciudadanos, nos arriesgamos a dejar la moral al mismo nivel que el existente en décadas pasadas.

IV. CONCLUSIÓN

En conclusión, defiendo que hoy hay que aceptar que, en el terreno internacional, un Estado en ningún caso puede invocar su soberanía territorial para justificar una violación sistemática de los derechos fundamentales, ya sea de un extranjero ya de un ciudadano.

(31) Foreign Affairs Canada, *A Role of Pride and Influence in the World, Canada's International Policy Statement*, abril de 2005, en <http://www.dfait-maeci.gc.ca/cip-pic/ips/ips-en.asp>.

(32) Marina JIMÉNEZ: “Diabetic prevented from moving to Canada”, *Globe & Mail*, 10 de mayo de 2005, p. 8.

El extranjero y el derecho a la justicia en Canadá tras el 11 de septiembre

Es cierto que el Derecho Internacional no reconoce una absoluta primacía de los derechos fundamentales sobre la soberanía del Estado, pero los considera una característica esencial del derecho interno en todas las democracias gobernadas por el Estado de Derecho.

Es asimismo cierto que los sucesos del 11 de septiembre nos han asustado hasta el punto de que algunas personas han defendido la oportunidad de establecer unos certificados de tortura³³, a pesar de que esta prohibición absoluta de la tortura es uno de los más valiosos legados de la generación que vivió las atrocidades de la Segunda Guerra Mundial y del Holocausto.

Nuestro miedo actual no puede llevarnos hasta, ciudadanos o extranjeros, denegar la igualdad en la justicia y la necesaria lucha contra el terrorismo no puede realizarse en detrimento de nuestro sistema de protección de los derechos fundamentales. Este sistema es un bien común de todos nosotros y una contribución esencial a nuestra civilización basada, desde 1945, en la absoluta primacía de la dignidad humana.

(33) Alan M. DERSHOWITZ: "Want to torture? Get a warrant", *San Francisco Chronicle*, 22 de enero de 2002, en <http://www.sfgate.com/cgi-bin/article.cgi?file=/chronicle/archive/2002/01/22/ED5329.DTL>.