

LA COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN CANADIENSE EN MATERIA DE CRÍMENES DE DERECHO INTERNACIONAL: EL TRAYECTO HACIA UN *REFUGIO INSEGURO*

Helena Torroja Mateu*

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. DEL FINAL DE LA SEGUNDA GUERRA MUNDIAL AL CASO R. v. FINTA. 1. El problema de la presencia de criminales nazis en Canadá. 2. La reforma del Código Penal de 1987. 3. El fin de la estrategia de la represión judicial: el caso R. v. Finta. III. DEL ESTATUTO DE ROMA A LA *LEY DE CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD Y CRÍMENES DE GUERRA* DE 2000. 1. Canadá ante la justicia internacional penal. 2. La *Ley de Crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra* de 2000: aspectos generales, competencia y jurisdicción. IV. CONSIDERACIONES FINALES

I. INTRODUCCIÓN

En el momento actual, en el que en España parecen abrirse las puertas a una jurisdicción universal en materia de crímenes de derecho internacional, resulta de interés científico conocer las experiencias de otros Estados. Aquí se presenta el caso de Canadá¹, país cuya particular trayectoria en la materia ha merecido la calificación de *made in Canada solution*². A diferencia nuestra, Canadá tiene una historia social, política y jurídica en este ámbito marcada por la entrada en el país de numerosos criminales nazis tras la Segunda Guerra Mundial. Entonces y por algunos años, del país pudo decirse que era un “refugio seguro” para aquellos individuos que hubieran cometido dichos crímenes. Tales fueron las críticas y denuncias que en múltiples ocasiones, el Gobierno canadiense se vio compelido a declarar públicamente lo que hoy

* Doctora en Derecho. Profesora Ayudante de Derecho Internacional Público de la Universidad de Barcelona.

© Helena Torroja Mateu. Todos los derechos reservados.

¹ Este estudio se enmarca en el proyecto « La incidencia de la mundialización en los procedimientos de creación y aplicación del Derecho Internacional Público », dirigido por la Dra. Victoria Abellán, *Ministerio de Ciencia y Tecnología* (Espagne) (BJU2003-04240). Una versión más detallada sobre la materia por la autora se puede encontrar en: “Tipificación y represión de los Crímenes de Derecho Internacional en Canadá” en Esther Mitjans, edit. & José M^a Castellà, coord., *Derechos y libertades en Canadá*, Barcelona, Atelier, 2005. Igualmente, un análisis comparado con el derecho británico por la autora se puede encontrar en: “Accountability for Crimes against International Law in Canada: an overview and a comparison with UK practices” en: Waters, Ch. (Edit), *Canada-UK Perspectives on International Law*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2005 (en prensa).

² Sims, J. H., & Rikhof, J., "War Crimes and Crimes against Humanity: The Canadian Experience", en *The Canadian Bar Association Annual Meeting, 11th Commonwealth Law Conference, Public Law and Private Rights*, Vol. 3, 1996, p. 3.

sigue afirmando cada vez que presenta su Programa anual sobre Crímenes de Guerra: “The policy of the Government of Canada is unequivocal. Canada *will not be a safe haven* for persons involved in war crimes, crimes against humanity or other reprehensible acts”³. Que Canadá no sea hoy un refugio seguro para tales criminales es una afirmación que ha de corroborarse no sólo con un análisis de su legislación, sino también con el estudio de las políticas criminales de la fiscalía y la práctica de los tribunales. Lo que sí puede afirmarse *a priori* es el empeño de este país por lograr que no lo sea a lo largo de una trayectoria iniciada a mediados de los años setenta y que perdura hasta nuestros días.

Además, parece oportuno analizar el camino seguido en el orden interno por un país que en el orden internacional ha mostrado un interés implacable en la lucha contra la impunidad. La legislación actual en la materia - *Ley de crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra*, de 29 de junio de 2000⁴ (en adelante, Ley del 2000, o Ley)- está directamente marcados por las reformas legales y prácticas judiciales anteriores. Tal como indica su preámbulo, el objeto y fin de esta Ley es incorporar el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 18 de julio de 1998⁵ (en adelante, Estatuto de Roma), enmendando a su vez varias leyes canadienses.

El objeto de las líneas que siguen es presentar los hitos principales de esta trayectoria canadiense hacia un *refugio inseguro* para los criminales de derecho internacional. Esta perspectiva histórica permitirá demostrar que, al menos en su primera etapa, la tipificación y represión de los crímenes de derecho internacional en este país no ha sido la respuesta a una obligación jurídica internacional; antes bien, parecería ser el resultado de la presión de una sociedad alarmada por la presencia de estos criminales en su territorio. Desde una perspectiva técnico-jurídica se mostrará como la Ley de 2000, dada la influencia de la legislación anterior, ha incorporado unas definiciones de los crímenes de derecho internacional algo peculiares; y a su vez, que por la vía de la remisión al Derecho internacional, Canadá ha dotado a sus tribunales de una competencia material amplia que incluso podría ir más allá de las tipificaciones contenidas en el Estatuto de Roma. La competencia jurisdiccional tiene sin embargo un alcance más limitado, no llegándose a introducir una competencia jurisdiccional universal en sentido propio, al requerirse la presencia del presunto criminal en Canadá.

Siguiendo la trayectoria histórica, en primer lugar se presenta la práctica más destacada desde el final de la Segunda Guerra Mundial hasta 1994, año en que finaliza en el Tribunal Supremo el único caso de represión de un criminal nazi en Canadá en aplicación de la reforma del Código penal impulsada a mediados de los años ochenta: el caso *R. v. Finta (I)*. En segundo lugar, se analiza la legislación actual partiendo de la gran implicación canadiense en la adopción del Estatuto de Roma y dando un lugar especial al análisis de la tipificación de los crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad y genocidio, y a los criterios para atribuir jurisdicción a los tribunales (II). A modo de conclusión, se ofrecen unas consideraciones finales (III).

³ *Canada's War Crimes Program- Seventh Annual Report (2003-2004)*, énfasis añadido. En: <http://www.cbsa.gc.ca/general/enforcement/annual/annual7-e.html>.

⁴ *Crimes Against Humanity and War Crimes Act*, 2000, c. 24, *royal assent* de 29 de junio de 2000; algunas disposiciones están en vigor desde 23 de octubre de 2000.

⁵ Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (UN doc. A/CONF.183/9, de 17 de julio de 1998).

II. DEL FINAL DE LA SEGUNDA GUERRA MUNDIAL AL CASO R. V. FINTA

Canadá fue uno de los Estados Aliados que llevaron a cabo procesos judiciales contra criminales de guerra de la Segunda Guerra Mundial de nacionalidad alemana. Finalizada la contienda, una política demasiado flexible permitió la entrada de numerosos criminales de guerra en territorio canadiense. El conocimiento de esta realidad llevó al Gobierno a establecer una comisión nacional de investigación sobre el problema (la *Comisión Deschênes*) que recomendó promover, por este orden: extraditar, perseguir y reprimir judicialmente, y desnaturalizar y deportar. Se reformó la legislación penal para poder llevar a cabo la segunda de las vías. Su aplicación práctica no fue fácil y cuando se consiguió dar continuidad a uno de los casos iniciados, el resultado final fue la absolución del sospechoso de la mano de una interpretación judicial de la ley que cerraba la vía a futuras aplicaciones de la misma. Veamos estos hitos con más detenimiento.

1. El problema de la presencia de criminales nazis en Canadá

Al final de la Segunda Guerra Mundial Canadá llevó a cabo varios procesos por crímenes de guerra que implicaban a nacionales alemanes, en Aurich (Alemania)⁶, basándose en las *War Crimes Regulations*, adoptadas el 30 de agosto de 1945, reemplazadas un año más tarde por la *War Crimes Act*⁷. Estos procesos de Aurich fueron los únicos realizados en base a esta legislación, entre otras razones debido a un cambio de política, siguiendo la recomendación de la *British Commonwealth Relations Office* de no llevar a cabo más juicios a partir del 31 de agosto de 1948. Esta decisión se basaba en las recomendaciones del *Overseas Reconstruction Committee* del Consejo de Ministros Británico, que se empezaba a mostrar más preocupado por la reconstrucción política y económica de Alemania y otros países afectados, que por la represión de los criminales⁸. Esta política fue seguida a su vez por otros Estados como EEUU, Australia y Reino Unido, entre otros.

Además, el contexto de la guerra fría generó la aparición de otros temores que pesaron más que la represión de las atrocidades del nazismo. Se ha afirmado que el gobierno canadiense llegó a adoptar una política permisiva a la entrada de aquellos inmigrantes representantes de su *anticomunismo*, incluso si ello conllevó en ocasiones

⁶ Entre 1945-1946 se llevaron a cabo cuatro procesos, siendo el de Kart Meyer el más conocido (Cfr. Fenrick, W.J., "The Prosecution of War Criminals in Canada", *Dalhousie Law Journal*, vol. 12, n. 2, nov. 1989, pp. 288-291). Todos estos procesos se referían a ofensas cometidas contra *prisioneros* de guerra canadienses (Green, L.C., "Canadian Law, War Crimes and Crimes Against Humanity", *BYBIL*, vol. 59, 1988, p. 222, nota 38). A distinguir estos procesos de aquellos que se llevaron a cabo durante la guerra, ante tribunales civiles contra prisioneros de guerra custodiados por las *fuerzas canadienses en Canadá*, y que no necesariamente se referían a crímenes de guerra (Fenrick, W.J., *op. cit.*, pp. 286-287).

⁷ *War Crimes Regulations*, P. C. 5831, 30 August 1945; y *War Crimes Act*, 1946, S.C., 1946, C. 73, cuya entrada en vigor se retrotraía a la fecha de adopción de las *War Crimes Regulations*.

⁸ En opinión de este Comité, tal como envió en un telegrama secreto a varios países de la Commonwealth "...punishment of war criminals is more a matter of discouraging future generations than of meting out retribution to every guilty individual" (cfr. Amerasinghe, C.A., "The Canadian Experience", Bassiouni, M. Ch., *International Criminal Law, Vol. III, Enforcement*, 2nd Edition, New York, Transnational Publishers, Inc., 1999, p. 247).

la entrada de antiguos criminales⁹. Por esos años, una legislación y unos procedimientos demasiado flexibles en materia de inmigración, favorecieron la entrada y residencia de criminales de guerra en el país¹⁰. Este hecho se empezó a destapar entre la opinión pública con mayor intensidad hacia principios de los años sesenta, cuando corrió el rumor de que Mengele -el conocido como *ángel de la muerte* de Auschwitz-, había solicitado visado para entrar en Canadá. Este dato nunca se demostraría pero sirvió para movilizar a determinados grupos sociales y desencadenar toda una serie de quejas sobre la presencia de estos criminales ante la *Royal Canadian Mounted Policy (RCMP)*, quien no tenía por entonces recursos suficientes para abordar el problema.

Tras un primer intento fracasado de afrontar el problema mediante la represión judicial de estos criminales, se consideró más viable la estrategia de fomentar su extradición. El entonces *Solicitor-General* de Canadá trató de fomentar peticiones de extradición por parte de los países europeos que tuviesen algún vínculo con los sospechosos¹¹. La primera petición de extradición llegó en breve de la mano de la República Federal de Alemania. Se trataba de Albert Helmut *Rauca*, ciudadano de origen alemán, instalado en 1950 en Canadá y de nacionalidad canadiense desde 1956. En 1982 fue arrestado y detenido en Toronto y en 1983, fue extraditado a Alemania, donde murió en prisión mientras esperaba ser enjuiciado. Entre otros aspectos, la decisión judicial sirvió para confirmar dos aspectos de interés. Primero, la extradición de *nacionales* no era contraria a la *Carta de Canadiense de Derechos y Libertades*, pues en este caso, el derecho a permanecer en Canadá (art. 6.1) tenía un *límite razonable prescrito por la ley, demostrablemente justificado en una sociedad libre y democrática* (art. 1 de la Carta canadiense). Segundo, la legislación en vigor en aquellos momentos no permitía reprimir a estos criminales¹².

Por entonces, estaba teniendo lugar el proceso de repatriación de la Constitución Canadiense y un aspecto esencial fue la adopción de un catálogo de derechos humanos y libertades fundamentales que se incluiría en la misma: la *Carta Canadiense de Derechos y Libertades* de 1982 (en adelante, la Carta). Estando el problema de los criminales nazis en auge en aquellos momentos, no es de extrañar que ello quedara de algún modo reflejado en la formulación de los *derechos de justicia fundamental*. Así, en la redacción del *derecho a no ser declarado culpable de una infracción de forma retroactiva* se descubre precisamente esta preocupación. Según el artículo 11 g) de la Carta: “Any person charged with an offence has the right (...) not to be found guilty on account of any act or omission unless, at the time of the act or omission, it constituted

⁹ Denunciándose cierta connivencia de la clase gobernante de los años cincuenta en la entrada de criminales de guerra en Canadá (Szabo, D., & Joffe, A., “La represión des crimes contre l’humanité et des crimes de guerre au Canada”, en Colin, M. (Dir), *Le crime contre l’humanité*, Erès, Ramonville Saint-Agne, 1996, p. 57).

¹⁰ Vid. Matas, D. & Charendoff, S., *Justice Delayed- Nazi War Criminals in Canada*, Toronto, Summerhill Press Ltd., 1987, pp. 17 y ss. El lector interesado encontrará en esta obra una visión global y crítica sobre el problema de los criminales de guerra nazis en Canadá.

¹¹ Todo ello con más detalle en: Williams, Sh. A., “Laudable Principles Lacking Application: The Prosecution of War Criminals in Canada”, in McCormack, T. L. H. & Simpson, G. J., *The Law of War Crimes – National and International Approaches*, The Hague, Kluwer Law International, 1997, en especial pp. 152-153. Así como en el *Report of the Commission of Inquiry into War Criminals*, 30 de diciembre de 1986, Canadá (el conocido como Informe Deschênes, sobre el que se incidirá más abajo).

¹² Green, L. C., *op. cit.*, p. 220; Fenrick, W.J., *op. cit.*, p. 292.

an offence under Canadian or international law or was criminal according to the general principles of law recognized by the community of nations”. Detrás de la referencia al *derecho internacional y a los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad de naciones* –no incluida en una primera redacción- estaban las peticiones de determinados grupos sociales especialmente sensibles al problema que nos ocupa¹³. De esta manera, quedaba salvada la *constitucionalidad* de una futura tipificación y represión judicial de los criminales nazis.

Las quejas privadas continuaban y ante tal presión social, en 1985, el gobierno decidió establecer una comisión de investigación para estudiar y buscar soluciones sobre la presencia de criminales de guerra en Canadá, presidida por el Honorable juez Jules Deschênes. En 1986, la Comisión presentaba su informe -conocido como el *Informe Deschênes*-¹⁴, en el que se proponían recomendaciones (I parte) y se informaba sobre la situación fáctica del problema (II parte). El Informe basó sus recomendaciones en tres líneas de actuación. En primer lugar, se consideraba que la solución idónea, tanto desde un punto de vista práctico como jurídico, era facilitar la *extradición* de los sospechosos a los Estados donde hubiese un mayor vínculo que los reclamasen. En segundo lugar, se recomendaba *perseguir y reprimir* internamente a los sospechosos, para lo cual debería *reformarse el Código Penal*. Y en tercer y último lugar, se proponía proceder a la *desnaturalización -o denegación de la residencia, en su caso- y posterior deportación* al Estado de origen de los sospechosos criminales.

En respuesta a estas recomendaciones se procedió a enmendar el Código Penal, la Ley de Inmigración y la Ley de Ciudadanía en 1987¹⁵. Las enmiendas del Código Penal iban dirigidas a tipificar los crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad y dar jurisdicción a los tribunales canadienses con carácter retroactivo en determinados casos. Las reformas relativas a la Ley de inmigración prohibían la entrada en Canadá de todos aquellos que hubiesen cometido dichos crímenes. Las enmiendas de la Ley de ciudadanía prohibían conceder la nacionalidad a toda persona que estuviese siendo investigada, acusada, procesada o sentenciada por tales ofensas. Paralelamente se creaba una unidad especializada en la investigación sobre la presencia de estos criminales y en la iniciación de las acciones legales más oportunas, la *War Crimes Unit*, en el Ministerio de Justicia. Se apartaba en este punto del modelo estadounidense que por entonces creaba una Oficina de Investigación especial en Washington, dirigida principalmente a la desnaturalización y deportación y a la extradición en algunos casos, abandonando la vía de la represión¹⁶. Entonces la política del gobierno era clara: Canadá *no sería un refugio seguro* para estos criminales.

¹³ La influencia del Congreso judío canadiense, así como de la Asociación norteamericana de estudiantes judíos en Canadá fue directa. *Cfr.* Szabo, D., & Joffe, A., *op. cit.*, pp. 59-60 ; *Vid.* también Chevrette, F. y Cyr, H., “La protection en matière de fouilles, perquisitions et saisies, en matière de détention, la non-rétroactivité de l’infraction et la peine la plus douce” en Beaudoin, G. A., et Mendes, E. P., *La Charte Canadienne des Droits et Libertés*, 3^{ème}. Éd., Montréal, Wilson & Lafleur Ltée, 1996, pp. 627-631.

¹⁴ *Report of the Comisión of Inquiry into War Criminals*, de 30 de diciembre de 1986, ya citado. Un resumen del mismo, con datos actualizados es consultable en la página Web <http://www.parl.gc.ca/information/library/PRBpubs/873-e.pdf>.

¹⁵ Act to Amend the Criminal Code, the Immigration Act, 1976, and the Citizenship Act, S.C. 1987, C. 37, assented el 16 de septiembre de 1987.

¹⁶ Williams Sh. A., *op. cit.*, pp. 157-158.

2. La reforma del Código Penal de 1987

Ahondemos más en la segunda de las recomendaciones de la Comisión Deschênes. Para que la represión judicial fuera posible debía reformarse la legislación penal vigente para salvar la inconstitucionalidad de una parte de la legislación y colmar la laguna jurídica que suponía la inexistencia de una norma que atribuyera jurisdicción a los tribunales canadienses sobre estos crímenes.

Efectivamente, la legislación vigente que tenía ante sí la Comisión Deschênes no permitía a los tribunales canadienses enjuiciar a *criminales de guerra*, por crímenes cometidos *fuera* del territorio canadiense contra *víctimas no canadienses*, hacía más de 45 años antes y sin violar la Carta canadiense de derechos y libertades. Canadá contaba entonces con dos leyes cuya aplicación a los casos en cuestión podía plantearse: la *War Crimes Act* de 1946, a la que ya se hizo mención *supra*; y la *Geneva Conventions Act* de 1965¹⁷.

La *War Crimes Act* de 1946 no era acorde a la Carta canadiense por contravenir los principios de justicia fundamental y de imperio de la ley, como señalaba el Informe Deschênes y la doctrina¹⁸. Cualquier intento de procesar a los sospechosos con base en esta legislación sería una iniciativa frustrada. Por otra parte, la *Geneva Conventions Act* de 1965 tampoco era suficiente para atribuir jurisdicción a los tribunales canadienses sobre estos crímenes. Por esta ley se incorporaban los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 sobre la protección de las víctimas de los conflictos armados. En los cuatro Convenios de Ginebra se definen las *infracciones graves* a los mismos (art. 50-51-130-147 de los Convenios)¹⁹; y se contienen disposiciones por las cuales los Estados parte se obligan a “tomar todas las medidas legislativas necesarias para fijar las sanciones penales adecuadas”²⁰; así como la obligación de extraditar o juzgar (“*aut dedere aut iudicare*”²¹). Se trata en este punto de unos convenios internacionales de naturaleza *non self-executing*, por lo que en principio, independientemente del sistema estatal relativo a la recepción de tratados internacionales en el Ordenamiento jurídico interno (monista/dualista), los Estados parte deberían adecuar su legislación a los efectos de reprimir los crímenes de guerra²².

A través de la *Geneva Conventions Act*, Canadá -que sigue un sistema dualista en la recepción de normas contenidas en tratados internacionales- incorporaba el texto *in toto* de los cuatro Convenios. El problema jurídico interno que se planteaba era si esta

¹⁷ *Geneva Conventions Act*, 1964-1965, c. 44, R.S.C 1985, c G-3, modificada en algunos aspectos en 1990 y 1995.

¹⁸ Estudiado con detalle en Green, L. C., *op. cit.*, pp. 224 y ss; Amerasinghe, C.A., *op. cit.*, pp. 244-248; Fenrick, W. J., *op. cit.*, pp. 288-291.

¹⁹ Esto es, los crímenes de guerra; los artículos 85-86 del PA I lo dejan textualmente claro, cerrando así la clásica controversia doctrinal.

²⁰ A aplicarse a quienes cometieren o dieran orden de cometer las infracciones graves definidas en los convenios (arts. 49.1-50.1-129.1-146.1 de los Convenios); y art. 85.1 PAI.

²¹ Arts. 49.2-50.2-129.2-146.2 de los Convenios; y art. 88 PAI.

²² Sobre esta adaptación en el caso español: Pérez González, M., “Un caso test en las relaciones entre el Orden internacional y el interno: la adaptación de la legislación penal española a las exigencias del Derecho Internacional Humanitario”, en Mariño Menéndez, M. (Ed.), *El Derecho internacional en los albores del siglo XXI : homenaje al profesor Juan Manuel Castro-Rial Canosa*, Madrid, Trota, 2002, pp. 533-544.

incorporación bastaba por sí sola para tipificar estos crímenes y para atribuir competencia jurisdiccional a los tribunales canadienses sobre éstos. En opinión de la Comisión Deschênes la respuesta era negativa. Además, su aplicación retroactiva iría en contra del principio de irretroactividad de la ley penal, recogido en el artículo 11. g) de la Carta Canadiense. Ahora bien, esta disposición sí permitía, sin embargo, que por una ley se atribuyese jurisdicción a los tribunales con carácter retroactivo sobre crímenes que ya existían en el momento de la comisión de los hechos u omisiones. Se trataba, en el fondo, de colmar una laguna jurisdiccional.

La reforma del Código Penal realizada en 1987, incluía nuevas disposiciones que tipificaban los *crímenes de guerra* y los *crímenes contra la humanidad* y daban jurisdicción a los tribunales canadienses para conocer estas violaciones de forma *retrospectiva y prospectiva*, con respecto a ofensas cometidas *fuera* de Canadá por nacionales y *no nacionales*²³. Por orden de redacción, los primeros artículos tienen por fin *atribuir jurisdicción a los tribunales*, dedicándose los siguientes a la *tipificación de los crímenes*. La técnica jurídica elegida en su conjunto no es sencilla; más bien es *particularmente compleja*²⁴. Estas disposiciones están hoy derogadas por la Ley de 2000, pero el legislador actual las ha seguido en su mayor parte, cambiando únicamente algunos aspectos.

La técnica jurídica elegida para *atribuir jurisdicción a Canadá* sobre estos crímenes pone de manifiesto que el legislador tenía delante unos casos muy concretos a los que quería dar cabida de forma conciliadora con los fines generales que ha de tener toda ley. Y sobre todo, respetando el principio de legalidad de la ley penal en todas sus dimensiones (*lex praevia, scripta, stricta et certa*)²⁵, pero especialmente en su proyección de *lex praevia*.

De forma más restrictiva que la recomendada por el Informe Deschênes, se atribuye jurisdicción retrospectiva y prospectivamente en el artículo 7.3.71 del CP. El primer requisito que se exige en todos los casos para exceptuar el principio de la jurisdicción territorial de la ley penal canadiense es que: el acto u omisión cometido fuera de Canadá y que es un crimen de guerra o contra la humanidad –según lo que tipifica después el artículo 7.3.76 del CP que luego veremos-, *de haberse cometido en Canadá hubiera sido contrario a las leyes de Canadá en vigor en el momento de la comisión del acto*²⁶. Esto es, se venía a exigir una especie de *ficción de criminalidad* del acto u omisión *según las leyes en vigor en Canadá en el momento* de su comisión. El legislador estaba ciertamente muy preocupado por respetar el principio de legalidad. El

²³ *Criminal Code* R. S., 1985, c. C-. 46. Nuevos artículos 7.3.71- 7.3.77.

²⁴ También, Szabo, D., & Joffe, A., *op. cit.*, p. 64; Amerasinghe, C. A., “The Domestic Tribunals’ Universal Jurisdiction for War Crimes and Crimes against Humanity: from Finta to Today”, en Canadian Institute for the Administration of Justice-Institut Canadien d’Administration de la Justice, *Colloque: the Canadian Highway to the International Criminal Court: All Roads Lead to Rome- La Voie canadienne vers la Cour Pénale Internationale: tous les chemins mènent à Rome*. Montréal, Université de Montréal, 2003 (manuscrito), p. 3.

²⁵ Tal como exigen las cuatro manifestaciones del principio de legalidad de la ley penal : *lex praevia, scripta, stricta et certa* (vid. Fernández Pons, X., “El principio de legalidad penal y la incriminación internacional del individuo”, REEL, 2002, p. 2).

²⁶ Por lo que se ha dicho que esto no era una “retroactive criminalisation” de las conductas sino más bien una “retrospective assumption of jurisdiction over the offence” (Williams, Sh. A., *op. cit.*, p. 162)

quid es entonces qué leyes estaban en vigor en Canadá en el momento de la comisión, lo que tendrá que determinar el juez canadiense no sin problemas, como se verá en el caso *Finta*.

Cumplido este requisito general era necesario otro: que en el momento de la comisión de los hechos u omisiones se diesen al menos *uno* de los dos supuestos enunciados a continuación. El *primero*, se refiere a individuos que no necesariamente han de estar presentes en Canadá pero que tienen un cierto vínculo con Canadá, activo o pasivo²⁷. Se verán con más detallé al analizar la legislación actual. Lo que es sí es claro es que no se dio entonces jurisdicción sobre actores nacionales de Estados aliados o personas que trabajan a su cargo, cerrando toda posibilidad a que se reprimiesen en Canadá crímenes como la masacre de Katyn perpetrada por las fuerzas armadas soviéticas contra soldados polacos²⁸. Ni sobre criminales que hubiesen cometido los crímenes en un conflicto armado en el que Canadá no era parte, o en conflictos armados internos.

El *segundo* de los supuestos se refiere a individuos que han de estar presentes en Canadá, después de la comisión de los hechos u omisiones. Pero ello no basta y se exige que Canadá en el momento de los hechos pudiera ejercer jurisdicción sobre estos individuos conforme al derecho internacional de haber estado en Canadá²⁹. Se vuelve a introducirse lo que podría denominarse como una ficción de jurisdicción de haberse cometido los crímenes en Canadá. En el apartado anterior (a), no se exigía esta conformidad de la jurisdicción canadiense con el derecho internacional; en esos caso se presumía³⁰. Como señalara en su día el profesor Green *no* se trata en absoluto de una *jurisdicción universal*³¹. En este caso, esta *jurisdicción universal está restringida o limitada* a la presencia del criminal en Canadá. No se exige ni que Canadá participe en un conflicto armado, ni cualquier otro vínculo activo o pasivo con Canadá, pero sí que el criminal esté *en Canadá*, además de la *ficción de jurisdicción*.

En todos los casos, para poder iniciar un procedimiento se exigía el consentimiento escrito del *Attorney General* o del *Deputy Attorney General*.

La *tipificación de los crímenes de guerra y contra la humanidad* se hace a continuación -quizás hubiera sido más claro hacerlo antes- de manera tampoco suficientemente precisa. Así, tras definir lo que se entiende por derecho internacional convencional, se establecen las definiciones de crímenes contra la humanidad y

²⁷ "...a) at the time of the act or omission, i. that person is a Canadian citizen or is employed by Canada in a civilian or military capacity, ii. that person is a citizen of, or is employed in a civilian or military capacity by, a state that is engaged in an armed conflict against Canada, or, iii. the victim of the act or omission is a Canadian citizen or a citizen of a state that is allied with Canada in an armed conflict; or ...” (art. 3.71 a) del CP).

²⁸ Tal como hubiesen querido grupos de inmigrantes de Europa del Este, por entonces (Green, L. C., *op. cit.*, pp. 227.229).

²⁹ "... or b) at the time of the act or omission, Canada could, in conformity with international law, exercise jurisdiction over the person with respect to the act or omission on the basis of the person's presence in Canada, and subsequent to the time of the act or omission the person is present in Canada". ((art. 3.71 b) del CP).

³⁰ Fenrick, W. J, *op. cit.*, p. 296.

³¹ Green, L. C., *op. cit.*, p. 229.

crímenes de guerra, ceñidos únicamente a los supuestos de conflictos armados internacionales³². La técnica jurídica consiste en remitir la tipificación de los crímenes contra la humanidad y de los crímenes de guerra al derecho internacional consuetudinario y convencional en ambos casos, así como a los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad de naciones, únicamente en el caso de los crímenes contra la humanidad. De manera que la norma internacional vigente en el momento de la comisión del acto u omisión era la que tipificaba directamente estos crímenes, con independencia de que ello constituyera o no una violación del derecho en vigor en el momento y lugar de su comisión (así, se excluía la defensa de obediencia a la ley local). Dado que estas definiciones son retomadas por el legislador actual con algunas modificaciones, se analizan con más detalle *infra*. El genocidio no se tipifica expresamente, pero ha de entenderse comprendido dentro de la noción de crímenes contra la humanidad. En ambos casos, en el acto u omisión se entiende incluida la intención, conspiración, complicidad, aconsejar para cometer los actos, o ser accesorio a los mismos³³.

En su conjunto, de las disposiciones que atribuyen jurisdicción y de las que tipifican los crímenes se extrae la exigencia de un *doble requisito* sobre las infracciones penales para que los tribunales canadienses pudieran conocer de un caso: - que el acto u omisión *fuera una ofensa según el Derecho internacional en el momento y lugar de su comisión*; y - que el mismo hubiera sido una *ofensa según el Derecho canadiense aplicable en el momento de la comisión, de haberse cometido en Canadá (ficción de criminalidad)*³⁴. Esto es, se ha de dar una *doble criminalidad* sobre las infracciones, además del cumplimiento de los requisitos jurisdiccionales³⁵. Ciertamente el legislador de entonces estaba muy preocupado en no violar el principio de irretroactividad de la ley penal.

3. El fin de la estrategia de la represión judicial: el caso *R. v. Finta*

Una vez adoptada la legislación adecuada, la *War Crimes Unit* inició acciones legales contra cuatro presuntos criminales. Se eligieron cuatro casos en los que por contar con más pruebas, las posibilidades de éxito eran mayores, de los que sólo la

³² “Crime against humanity” means murder, extermination, enslavement, deportation, persecution or any other inhumane act or omission that is committed against any civilian population or any identifiable group of person, *whether or not it constitutes a contravention of the law in force at the time and in the place of its commission*, and that, *at that time and in that place, constitutes a contravention of customary international law or conventional international law or is criminal according to the general principles of law recognized by the community of nations*”. Y “war crime” means an act or omission that is committed during an international armed conflict, whether or not it constitutes a contravention of the law in force at the time and in the place of its commission, and that, *at that time and in that place, constitutes a contravention of the customary international law or conventional international law applicable in international armed conflicts.*” (art 7. 3.76, énfasis añadido).

³³ Art. 7. 3.77 del CP.

³⁴ McManus, J., “A New era of accountability through domestic enforcement of International Law”, Canadian Institute for the Administration of Justice-Institut Canadien d’Administration de la Justice, *Colloque: the Canadian Highway to the International Criminal Court: All Roads Lead to Rome- La Voie canadienne vers la Cour Pénale Internationale: tous les chemins mènent à Rome*. Montréal, Université de Montréal, 2003 (manuscrito), p. 25.

³⁵ Fenrick, W. J., *op. cit.*, p. 295.

acción contra Imre Finta prosperó³⁶. Finta, nacional canadiense de origen húngaro, fue acusado de cometer crímenes contra la humanidad y/o crímenes de guerra por secuestro, detención ilegal, robo, y homicidio de 8.617 judíos en el campo de concentración de Szeged (Hungría), donde ocupaba el cargo de capitán de la *Royal Hungarian Gendarmerie*, en 1944. El caso llegó hasta el Tribunal Supremo, que dictó una controvertida sentencia, el 24 de marzo de 1994³⁷. En ésta se mantenía la decisión del Tribunal de Apelación de Ontario (*Ontario Court of Appeal*), que a su vez mantenía una primera decisión judicial del Alto Tribunal de Ontario (*High Court of Ontario*) que absolvía de todos los cargos a Finta. No es difícil imaginarse la decepción que este resultado pudo causar en una sociedad que venía manifestando desde los años setenta su deseo de tomar medidas eficaces contra estos criminales. La interpretación que hicieron los Tribunales y confirmó el Tribunal Supremo convirtió prácticamente en inoperantes las disposiciones del Código Penal, por lo que se entenderá también que el caso Finta fuese causa de molestia entre algunos juristas, con respecto a algunos puntos.

Muchos fueron los problemas jurídicos planteados en la primera y segunda apelación a los que se enfrentó el Tribunal Supremo³⁸. Aspectos tan relevantes como la constitucionalidad de la reforma del Código Penal³⁹; siendo de especial interés la argumentación sobre la constitucionalidad del carácter retroactivo de la Ley. A los efectos de este estudio interesan especialmente dos aspectos.

El primero hace referencia a los *elementos de los crímenes (actus reus y mens rea)* contra la humanidad y crímenes de guerra -esto es, lo que ha de ser probado ante los tribunales canadienses con respecto a estos crímenes-. Con su decisión el Tribunal Supremo elevaba demasiado alto el nivel de prueba del elemento de *mens rea* de ambos crímenes, especialmente argumentado con respecto al crimen contra la humanidad. En opinión de la mayoría de magistrados, que se centra en este punto en los crímenes contra la humanidad, estos crímenes tenían el rasgo de conllevar una “*barbarous cruelty*”⁴⁰, un rasgo de *inhumanidad*, de “*inflicting untold misery on his victims*”⁴¹ que debía ser conocido por el actor. Así, “*an added element of inhumanity must be demonstrated to warrant a conviction under this section. The mental element required to be proven to constitute a crime against humanity is that the accused was aware of or wilfully blind to facts or circumstances which would bring his or her acts within the*

³⁶ Paralizándose en los otros casos los procedimientos por problemas de prueba o por enfermedad del acusado. Cfr. Schwarz, M. J., “Prosecuting Crimes against Humanity in Canada: what Must be Proved”, *The Criminal Law Quarterly*, vol. 46, n° 1, April, 2002, p. 44.

³⁷ Aprobada por mayoría de cuatro frente a tres (Cory, Gonthier, Major y Lamer frente a La Forest, L’Heureux-Dubé y McLachlin). R. v. Finta, [1994] 1 S.C.R. 701, Supreme Court of Canada, March 24, 1994.

³⁸ Con mayor detalle en Cotler, I., Note on “Regina v. Finta”, [1994] 1 S.C.R. 701, Supreme Court of Canada, March 24, 1994”, *AJIL*, vol. 90, n.3, 1996, pp. 462 y ss.; y Szabo, D., & Joffe, A., *loc. cit.*

³⁹ En concreto, si había violación de los artículos de la Carta Canadiense: 7 (principles of fundamental justice), 11(a) (the right to be informed without unreasonable delay of the specific offence), 11(b) (the right to trial within a reasonable time), 11(d) (the right to be presumed innocent), 11(g) (the requirement that an act or omission constitute an offence), 12 (the prohibition against cruel and unusual punishment) or 15 (the equality guarantees). Y si había violación si ello era justificable bajo el artículo 1 de la misma (*R. v. Finta*, [1994], *loc. cit.*, p. 705). La respuesta del TS fue que no había violación de ninguno de estos artículos.

⁴⁰ R. v. Finta, [1994], *loc. cit.*, p. 818.

⁴¹ *Ibidem*, p. 816.

definition of a crime against humanity. However it would not be necessary to establish that the accused knew that his or her actions were inhumane”⁴².

De tal manera que el requisito del elemento mental de un crimen de guerra y contra la humanidad debía basarse en un “*subjective test*”⁴³. Ésta fue la particularidad del caso Finta en este punto. La jurisprudencia internacional del Tribunal Internacional Penal para la Ex Yugoslavia y del Tribunal Internacional Penal para Rwanda no ha venido exigiendo tanto. Así, por ejemplo, con relación a la *mens rea* de un crimen contra la humanidad de asesinato han de demostrarse tres aspectos, a saber: la intención de cometer el asesinato (la ofensa concreta), el conocimiento de la existencia de un ataque generalizado y sistemático contra la población civil (elemento general) y el conocimiento de que la ofensa concreta forma parte de este ataque⁴⁴. En el caso Finta, sin embargo, se exigía un *elemento subjetivo adicional de inhumanidad*, en la determinación del *mens rea* del tipo delictivo; éste no había sido demostrado en Imre Finta *sin ninguna duda razonable* por el jurado en primera instancia, y así fue considerado en ambas apelaciones.

El segundo aspecto del caso Finta que interesa destacar se refiere a la interpretación que se hace de determinadas defensas como la de obediencia debida y de error de hecho⁴⁵. En este punto, se consideró que era conforme al derecho canadiense alegar la defensa de obediencia a órdenes superiores y la defensa de “*peace officer*” del artículo 25 del Código Penal, *cuando no se tenía otra opción* que seguir estas órdenes, *aunque éstas fuesen manifiestamente ilegales*. Además, se consideraron que determinadas circunstancias de hecho que rodeaban las infracciones penales (como la propaganda *antijudía* en los periódicos, afirmando que éstos eran subversivos y desleales al régimen húngaro, entre otras⁴⁶), habían llevado a Finta al error de *creer en la propaganda odiosa* y considerar la orden de llevar a cabo la *solución final* en Hungría (la orden *Baker*) como legal. De esta manera, la defensa de obediencia a órdenes superiores y de error de hecho tenían un “*aire de realidad*” (“*air of reality*”), pudiéndose escudar Finta en ellas conforme a la ley canadiense.

En conclusión, esta jurisprudencia creaba un precedente que impedía reinterpretar el Código Penal en otro sentido. A partir de entonces, se hizo difícil seguir la vía de la represión y a principios de 1995, el Gobierno anunciaba su intención de pasar a fomentar la vía de la desnaturalización y deportación de sospechosos criminales⁴⁷.

⁴² *Ibidem*, p. 820, énfasis añadido.

⁴³ *Ibidem*, p. 816.

⁴⁴ Entre otros, *cf.* *Prosecutor v. Blagojevic and Dragan Jokic*, caso n° IT-02-60-T, Trial Chamber I, judgement, 17 January 2005, párr. 548.

⁴⁵ “The questions raised with regard to the defences available to the respondent at trial are essentially the following: (1) should the defence of obedience to military orders and the peace officer defence be available to persons accused of offences pursuant to s. 7(3.71); (2) was the trial judge justified in putting the defences of mistake of fact and obedience to superior orders to the jury? (*R. v. Finta*, [1994], *loc. cit.*, p. 824).

⁴⁶ *Ibidem*, pp. 847-848.

⁴⁷ Cotler, I, “Note on Regina v. Finta...”, *op. cit.*, p. 461; Sims, J. H., & Rikhof, J., *op. cit.*, pp. 6 y ss.

III. DEL ESTATUTO DE ROMA A LA LEY DE CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD Y CRÍMENES DE GUERRA DE 2000

Mientras en el ámbito interno canadiense, el Tribunal Supremo debatían entre las diversas argumentaciones jurídicas que llevarían a una interpretación de la ley demasiado restrictiva en opinión de algunos, en el plano internacional la diplomacia canadiense se mostraba líder de los nuevos desarrollos de la justicia internacional penal. Adoptado el Estatuto de Roma, Canadá adoptó en breve, en el año 2000, la legislación necesaria para su incorporación en el Ordenamiento Jurídico Canadiense. Además modificó el programa interno dedicado a la lucha contra la presencia de criminales de derecho internacional en Canadá, *Canada's War Crimes Program*. La Ley de 2000 incorpora una tipificación peculiar de los tres *core crimes* y unos criterios jurisdiccionales que reflejan la influencia de la legislación penal reformada en 1987. Veamos estos aspectos más detenidamente.

1. Canadá ante la justicia internacional penal

En nuestros días, parecería adecuado ubicar la política canadiense de *no safe haven* en el marco de lo que se viene denominando como *seguridad humana*, término éste bajo el cual se buscaría poner la seguridad de los individuos en el centro principal de las políticas nacionales e internacionales⁴⁸. En este marco, el impulso de Lloyd Axworthy, Ministro de Asuntos Exteriores de Canadá, fue especialmente relevante durante los años noventa⁴⁹. Desde entonces se han ido elaborando todo un conjunto de políticas y medidas englobadas hoy bajo esta noción de seguridad humana. Entre tales medidas se sitúa la lucha contra la impunidad y Canadá ha sido un Estado con una política exterior especialmente implicada en esta lucha y en el desarrollo de la justicia internacional penal⁵⁰. Y ello no sólo mediante su contribución al establecimiento de los Tribunales Penales *ad hoc* como el de la Ex Yugoslavia y el de Rwanda, así como del tribunal *ad hoc* mixto, el Tribunal Especial de Sierra Leona, sino también a través de su gran impulso en la adopción del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (en adelante también, CPI).

Al respecto, Canadá desempeñó una importante labor en la elaboración y adopción del Estatuto de Roma. Ya durante la Conferencia de Roma sobre el establecimiento de la Corte Penal Internacional, celebrada del 15 al 17 de julio de 1998, Canadá tuvo un papel esencial de liderazgo de los *Like-Minded Group of States* (los Estados afines favorables al establecimiento de una CPI fuerte), a través del entonces embajador canadiense Philip Kirsh -hoy presidente de la CPI-⁵¹. Durante la Conferencia

⁴⁸ Formulada originariamente esta noción por el PNUD, Canadá se ha convertido en uno de sus mayores promotores, llegando a crear junto con Noruega la "Red sobre Seguridad Humana" en 1999.

⁴⁹ Desde el éxito de la Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción, conocida como la Convención de Ottawa, de 1977, hasta la ratificación del Estatuto de Roma, pasando por otras múltiples acciones.

⁵⁰ La Corte Penal Internacional es considerada como la "cornerstone of human security" (Cotler, I., "Globalization, Human Security, and the Role of International Criminal Law", AAVV, *The Changing Face of International Criminal Law – Selected Papers*, Vancouver, ICCLR&CJP, 2001, pp. 33-34)

⁵¹ Quien fue elegido presidente del *Committee of the Whole*, dirigiendo las negociaciones de la Conferencia. Varios autores destacan este papel esencial de Canadá en la Conferencia (*vid.* entre otros Robinson, D., "The International Criminal Court", McRae, R. & Hubert, D., *Human Security and the New*

la influencia canadiense en la definición y redacción de algunos de los artículos más relevantes del Estatuto de Roma fue notable⁵². También Canadá ha sido Estado pionero en la asistencia a países en vías de desarrollo en materia de justicia internacional penal. Ya fuera durante la Conferencia de Roma -contribuyendo a un Fondo fiduciario para ayudar a aquellos países menos desarrollados con dificultades para asistir a la misma-, ya sea en la actualidad mediante programas de asistencia a estos países con el fin de ayudarles a adaptar su legislación interna al Estatuto de Roma. Y, no menos interesante, también desde Canadá se ha impulsado la iniciativa de establecer un Colegio de Abogados Penal Internacional, que agruparía a los abogados ante la CPI.

El gran interés canadiense por impulsar el establecimiento de la CPI, se tradujo en el ámbito interno en ser el primer Estado del mundo en adecuar su legislación al Estatuto de Roma, según se viene afirmando. En el análisis de tal legislación conviene tener presente que la CPI está regida por el *principio de complementariedad*. Sin entrar en detalle ahora⁵³, valga recordar ahora que una de las vías que abre la puerta a la jurisdicción de la CPI, tras cumplirse determinados requisitos previos, es que los Estados *no puedan o no quieran* reprimir estos crímenes de derecho internacional (art. 17 del Estatuto de Roma). De la lectura de este artículo se desprende que tras la expresión “*no puedan*”, se piensa en el colapso total o sustancial de la administración nacional de justicia o en carecer de ella⁵⁴. Ahora bien, desde otro ángulo, también puede plantearse que un Estado no pueda reprimir estos crímenes por no haberlos incorporado en su legislación interna ni haber atribuido competencia a sus tribunales. Como clarifica el profesor Pigrau ello significaría que el Estado no dispone de las “herramientas jurídicas necesarias para garantizar completamente” el cumplimiento del deber de

Diplomacy – Protecting People, Promoting Peace, Montreal & Kingston, McGill-Queen’s University Press, pp. 75-76).

⁵² Como el principio de complementariedad (arts. 1, 17 del Estatuto), la definición de crímenes contra la humanidad (art. 7 del Estatuto), la limitación a 12 meses del lapso temporal durante el cual el Consejo de Seguridad puede decidir que un asunto llevado a la Corte se paralice (art. 16 del Estatuto), la inclusión de los crímenes sexuales, junto a Nueva Zelanda y diversas ONG de defensa de derechos de las mujeres (arts. 7 y 8 del Estatuto), la extensión de los crímenes de guerra a casos de conflictos armados internos, junto a Nueva Zelanda y Suiza (art. 8 del Estatuto), algunos aspectos del procedimiento relativos a la seguridad nacional o aspectos relativos a la excusa de obediencia debida y a la responsabilidad del superior jerárquico, entre otros. La obra del profesor R. S. Lee facilita este estudio (Lee, R. S., *The International Criminal Court - The Making of the Rome Statute – Issues, Negotiations, Results*, The Hague, London, Boston, Kluwer Law International, 1999, *passim*).

⁵³ Sobre la competencia de la CPI y su complementariedad con las jurisdicciones nacionales véase: Escobar Hernández, C., “El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”, Abogacía General del Estado, *Hacia una Justicia Internacional- XXI Jornadas de Estudio 9 a 11 de junio de 1999*, Madrid, Civitas, 2000, pp. 499-526; Alcaide Fernández, J., “La complementariedad de la Corte Penal Internacional y de los Tribunales Nacionales ¿tiempos de “ingeniería jurisdiccional”?”, en Carrillo Salcedo, J.A., *La criminalización de la barbarie: la Corte Penal Internacional*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2000, pp. 385-433.

⁵⁴ Vid. Quesada Alcalá, C., *La Corte Penal Internacional y la soberanía estatal*, Valencia, Cruz Roja Española- Tirant lo Blanch, 2005, pp. 327-328. En este punto se ha señalado que ello conlleva el riesgo de conducir a la Corte Penal Internacional a realizar juicios de valor sobre las jurisdicciones nacionales, calificándolas de “aceptables o inaceptables, invocando el concepto de las divisiones de los Estados entre bárbaros, semicivilizados y civilizados, según su capacidad de organización judicial”, como señala el profesor Rodríguez Carrión (“Aspectos procesales más relevantes presentes en los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales: condiciones para el ejercicio de la jurisdicción, relación con las jurisdicciones nacionales”, en Quel López, F. J., *Creación de una jurisdicción penal internacional*, Colección Escuela Diplomática, nº 4, Madrid, 2000, p. 172).

ejercer la jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales establecido en el Preámbulo del Estatuto de Roma⁵⁵.

En este sentido, puede afirmarse que los Estados parte son los primeros interesados en adecuar su legislación al Estatuto de Roma para así, al menos, *poder* reprimir por tener sus tribunales competencia material y jurisdiccional. Si en algunos aspectos el Estatuto de Roma crea obligaciones de modificar la legislación interna (para permitir la cooperación con la Corte o para facilitar el ejercicio de sus funciones), en otros los Estados pueden optar. Tal es el caso de la incorporación de los crímenes de derecho internacional que tipifica el Estatuto, como se ha afirmado⁵⁶. Porque es posible que algunos Estados no deseen tipificar algunos de estos crímenes al preferir que los investigue y reprima la CPI. Pese a esta posibilidad, lo más usual será que en aras a la protección de uno de los atributos de su soberanía (su competencia jurisdiccional exclusiva, su *ius puniendi* en definitiva), los Estados tengan el máximo interés en incorporar estos crímenes y de la manera óptima posible..

A través de la Ley de crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra de 2000, Canadá procedía a la modificación de su legislación interna con una doble finalidad: adecuar el Ordenamiento Jurídico canadiense al Estatuto de Roma y, a la vez para reforzar su sistema penal interno y evitar que el país fuera un *refugio seguro* para cualquier criminal de este tipo⁵⁷. Canadá había firmado el Estatuto el 18 de diciembre de 1998 -cinco meses después de su adopción-. Prácticamente una semana antes de su ratificación el 7 de julio de 2000, se daba el *Royal assent* a esta Ley, cuyos artículos esenciales entrarían en vigor el 23 de octubre de 2000. Algunos datos más sobre esta Ley y el contexto social canadiense en el que se adopta son los que siguen.

2. La Ley de Crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra de 2000: aspectos generales, competencia y jurisdicción

De la Ley de crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra de 2000 interesa destacar en este lugar algunos aspectos generales y los instrumentos que se establecen para su aplicación; la técnica jurídica elegida para tipificar los crímenes de derecho internacional; y los criterios jurisdiccionales para atribuir competencia a los tribunales sobre estos crímenes.

⁵⁵ Pigrau Solé, T., "Hacia un sistema de justicia internacional penal: cuestiones todavía abiertas tras la adopción del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional", en Quel López, F. J., *op. cit.*, p. 68.

⁵⁶ Oosterveld, V., "Implementing the Rome Statute of the International Criminal Court: the Canadian Experience", AAVV, *Breaking New Ground – A Collection of Papers in the International Centre's Canada-China Cooperation Paper*, Vancouver, ICCLRCJP, 2002, p. 243. Pese a que algunos autores consideran que la tipificación interna es una obligación derivada de la firma del Estatuto de Roma (McManus, J., "A new era of accountability through domestic enforcement of international Law", in Canadian Institute for the Administration of Justice, *The Canadian Highway to the International Criminal Court: All Roads Lead to Rome- La voie canadienne vers la Cour Penale Internationale: tous les chemins mènent à Rome*, May 1st., & 2nd., 2003, Les Jounées Maximilien-Caron 2003, policopiado, p. 34).

⁵⁷ Schabas, W. A., "Canadian implementing Legislation for the Rome Statute", *Yearbook of International Humanitarian Law*, The Hague, T.M.C. Asser Institut, 2000, p. 338; Oosterveld, V., *op. cit.*, p. 242.

A) Aspectos generales e instrumentos para su aplicación

La Ley de 2000 refuerza la legislación estrictamente de derecho penal derogando algunas disposiciones del Código Penal, así como otras disposiciones de múltiples leyes (en los artículos 33 a 75 de la Ley). Entre estas enmiendas, a fin de permitir la cooperación con la CPI se encuentran las siguientes. Se enmienda la Ley de Extradición estableciendo un procedimiento específico más abreviado para entregar a los criminales a la CPI u otros tribunales establecidos por el Consejo de Seguridad; además de establecer la imposibilidad de alegar inmunidad diplomática de los presuntos culpables⁵⁸. A su vez enmienda la Ley de asistencia mutua en asuntos penales, para facilitar y ampliar la asistencia a la CPI, además de otras medidas⁵⁹; así como la Ley sobre misiones extranjeras y Organizaciones Internacionales, para incluir los privilegios e inmunidades del personal de la CPI⁶⁰; y la Ley de Protección de testigos, para extender la protección a los testigos que presten asistencia a las actividades de cualquier tribunal penal internacional⁶¹. Con respecto al ámbito más estrictamente del *derecho penal* (material y procesal), la Ley deroga los artículos del Código Penal reformados en 1987, tipificando de nuevo los crímenes de derecho internacional, modificando los criterios de jurisdicción de los Tribunales, regulando algunos principios del procedimiento, las circunstancias eximentes de responsabilidad penal⁶², el procedimiento de libertad condicional ("*parole eligibility*")⁶³ y tipificando los delitos contra la administración de justicia de la CPI⁶⁴. Por último, la Ley establece un Fondo de crímenes contra la humanidad⁶⁵.

Se incluyen los tres crímenes básicos (*core crimes*) de derecho internacional definidos en el Estatuto de Roma: el genocidio - siendo una novedad con respecto a la legislación anterior-, los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra. A su vez, se tipifica detalladamente la responsabilidad del mando militar y del superior jerárquico, por primera vez en la legislación interna canadiense (art. 5 y art. 7 de la

⁵⁸ *Extradition Act, S.C.*, 1999, C. 18, enmendada en algunas disposiciones por arts. 47-53 de la ley de 2000. Con detalle en: Oosterveld, V., Perry, M. & McManus, J., "How the World will Relate to the Court: the Cooperation of States with the International Criminal Court", *25 Fordham International Law Journal* 767, 2000, pp. 775-778.

⁵⁹ *The Mutual Legal Assistance in Criminal Matters Act, RSC, 1985, c.30 (4^o supp)*, enmendada por los arts. 56-69 de la Ley de 2000. Vid. Oosterveld, V., Perry, M. & McManus, J., *op. cit.*, pp. 792-797 y 824-829

⁶⁰ *Foreign Missions and International Organizations Act, S.C., ch. 41 (1999)*, enmendada por art. 54 de la Ley de 2000. Vid. Oosterveld, V., Perry, M. & McManus, J., *op. cit.*, pp. 806.

⁶¹ *The Witness Protection Act, S.C. 1996, c. 15*, enmendada por los arts. 71-75 de la Ley del 2000. Vid. Oosterveld, V., Perry, M. & McManus, J., *op. cit.*, pp. 812-816.

⁶² Al respecto, el derecho aplicable al proceso será el que esté en vigor en el momento de éste, aunque el crimen se haya cometido antes de la entrada en vigor de la ley. Se permite alegar las defensas que estuviesen en vigor en Canadá o en el Derecho internacional en el momento de la comisión del crimen o en el momento del procedimiento. Se concretan las defensas de *autrefois acquit*, *autrefois convict* o *pardon*, salvo que la intención del juicio anterior hubiera sido sustraer al acusado de su responsabilidad criminal. Y se regula la defensa del cumplimiento de la ley interna, o del cumplimiento de órdenes superiores (arts. 9- 14 de la Ley).

⁶³ Art. 15 de la Ley

⁶⁴ Tal como obliga el artículo 70.4 del Estatuto de Roma (arts. 16-28 de la Ley).

⁶⁵ Que canalizará los fondos obtenidos mediante la aplicación de la Ley hacia el Fondo de contribuciones voluntarias de la CPI (arts. 30-32 de la Ley).

Ley)⁶⁶. En todos los casos, se tipifica tanto la autoría directa como el complot, tentativa, conspiración, o asistencia en la comisión de los crímenes (art. 4. 1.1, art. 5. 2.1, art. 6 1.1, y art. 7. 2. 1 de la Ley).

A diferencia de la legislación anterior, ahora *sí se fijan las penas* de los crímenes. De forma genérica para los tres crímenes y de manera similar en los dos supuestos (en y fuera de Canadá), se penaliza con cadena perpetua cuando la base del crimen es un asesinato (“*intentional killing*”). Para el resto de supuestos -incluida el complot, tentativa, conspiración, o asistencia en la comisión de los crímenes (arts. 4.2, y 6.2 de la Ley)-, y para el caso de la responsabilidad del superior jerárquico (arts. 5.3 y 7.4 de la Ley) se deja abierta la *posibilidad* de cadena perpetua, sin fijar el número de años⁶⁷. No se aplica la pena de muerte en Canadá.

Si esta es la nueva legislación, paralelamente a su adopción se decide establecer una estrategia política conjunta -*Canada’s War Crimes Program*-, ejecutada en cooperación y coordinación por tres ministerios: el *Department of Justice*, el *Canada Border Services Agency (CBSA)*, - que reemplaza a *Citizenship and Immigration Canada* desde 2003- y la *Royal Canadian Mounted Police (RCMP)*. Las políticas de actuación son las siguientes⁶⁸: investigación y persecución en Canadá, extradición, entrega a tribunales internacionales, denegación de visados o de admisión en Canadá, denegación o exclusión del estatuto de refugiado⁶⁹, revocación de la ciudadanía y deportación de Canadá en varios supuestos⁷⁰. Como se observará, la práctica de los tribunales internacionales añade una nueva medida de acción a las tradicionalmente adoptadas por Canadá ante el problema de la eventual o real presencia de criminales de derecho internacional bajo su jurisdicción: la entrega de estos criminales a una jurisdicción internacional, dado el caso. Pero las políticas tradicionales siguen plenamente vigentes, pues las actuales no se diferencian en demasía a las recomendadas por la Comisión Deschênes en 1987. La diferencia es que a los crímenes de la Segunda

⁶⁶ Según doctrina canadiense, desde este momento en Canadá y a diferencia del Estatuto de Roma, esta responsabilidad no es un principio general de derecho procesal que penaliza esta forma de participación, sino que se considera como un *crimen de derecho internacional específico*. Además, en la tipificación de su contenido, el legislador canadiense se aleja en algún punto del art. 28 del Estatuto de Roma, para respetar su legislación penal (Schabas, W. A., “Canadian implementing legislation...”, *op. cit.*, pp. 342-343; Oosterveld, V., *op. cit.*, pp. 245-246).

⁶⁷ Aspecto éste que debe complementarse con los requisitos para solicitar libertad condicional, regulados en el art. 15 de la Ley.

⁶⁸ Su seguimiento puede hacerse a través del Informe anual que se publica sobre el *Canada’s War Crimes Program*: <http://www.cbsa.gc.ca/general/enforcement/annual/annual7-e.html>

⁶⁹ Estas dos últimas medidas en aplicación de la recientemente modificada *Immigration and Refugee Protection Act, 2001, c. 27, assented 1* de noviembre de 2001. Sobre ello, *vid.* Goodes, C., “No Safe Haven War Criminals are not welcome here: the Immigration Policy and Practice of the Canadian Government”, Wiggers, R. D., & Griffiths, A. L., *Canada and International Humanitarian Law: Peacekeeping and War Crimes in the Modern Era*, Halifax, The Centre for Foreign Policy Studies, 2002, pp. 167-188; Rikhof, J., “War Crimes, Crimes Against Humanity and Immigration Law”, 19 *Immigration Law Reports*.

⁷⁰ En aquellos casos en que se sospeche y compruebe que la persona nacionalizada *canadiense* hubiese cometido crímenes de guerra; se ha de demostrar judicialmente, siendo la falsedad en el procedimiento de nacionalización lo que se ha de probar. Se aplica la *Citizenship Act, R.S., 1985 c. C-29*, enmendada por la Ley de Crímenes contra la Humanidad y Crímenes de Guerra de 2000 (art. 33; el art. 76, prevé una enmienda eventual en caso de que prosperase el proyecto de ley para modificar la *Citizenship Act, Bill C-18: The Citizenship of Canada Act, first reading, 31 octubre de 2002*.

Guerra Mundial, hoy se añaden los crímenes contemporáneos, cometidos en determinados Estados y en lapsos de tiempo concretos, previamente identificados por Canadá (Somalia, Haití, Afganistán, Rwanda, R. F. de Yugoslavia,...).

Ciertamente, la presencia de criminales de derecho internacional en Canadá en nuestros días sigue siendo un dato real. Aún hay algún sospechoso de la II Guerra Mundial, a lo que se suman los crímenes contemporáneos. Tal ha sido el caso de Leon Mugesera, ciudadano de origen rwandés identificado como incitador a cometer genocidio, que entra en el país, adquiriendo la residencia en 1995. La elección entre una u otra vía para afrontar el problema (denegación de residencia o desnaturalización y deportación, extradición, represión en Canadá) no deja de ser una cuestión de política criminal interna. Desde un punto de vista práctico, van a ser las investigaciones previas y los datos obtenidos los que cumplirán una función determinante en la elección inicial de la vía a seguir. En la medida en que según las pruebas obtenidas será más o menos viable un proceso judicial de represión por estos crímenes, o un proceso judicial de revocación de nacionalidad o de denegación de residencia⁷¹. Pero no puede desconocerse que hay límites y en ocasiones son otros intereses los que entran en juego, paralizando alguna de las vías. Es el caso de Mugesera, que aún privado del estatuto de residente, su deportación ha permanecido paralizada por considerarse que el sistema rwandés no era lo suficientemente respetuoso con los derechos humanos⁷²; el caso, ligado al procedimiento de inmigración, ha llegado hasta el Tribunal Supremo quien ha dictado sentencia recientemente dando por válida la orden de deportación inicial; falta esperar ver como se desenlaza el asunto en la práctica⁷³. Otro caso reciente, éste sí en el contexto de la represión judicial, es el de Désiré Munyaneza, nativo rwandés residente en Toronto, contra el que se ha iniciado en octubre de este año un procedimiento penal por crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad y genocidio en aplicación de la Ley de 2000⁷⁴. Veamos ahora con más detalle la competencia material y jurisdiccional de los tribunales según esta Ley.

B) Unas definiciones de los crímenes algo peculiares

En la tipificación de los tres crímenes principales, la ley se caracteriza tanto por recibir una clara *influencia* de la reforma de 1987, como por tratar de *abarc*ar las definiciones incluidas en el Estatuto de Roma. Además, la tipificación se extiende ahora a los delitos cometidos *en* Canadá además de los delitos cometidos *fuera de* Canadá.

⁷¹ En este caso, lo que se demuestra no es la comisión de estos crímenes sino la falsedad en el momento de la obtención de residencia o nacionalidad. Es la *War Crimes Unit* sita en el Ministerio de Justicia, la que realiza las primeras investigaciones de los casos con la asistencia de los otros Ministerios del *War Crimes Program*. Los elementos de prueba con los que se cuentan serán en el fondo los que servirán para determinar cuál de las vías puede ser más eficaz (entrevista con Terry M. Beitner, *Department of Justice, Canada, Directeur/Avocat général, Section des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre* (jueves, 4 de septiembre de 2003).

⁷² Schabas, W., « Mugesera v. Minister of Citizenship and Immigration », 93 *AJIL*, 1999, p. 529 y ss.

⁷³ Supreme Court of Canada, *Mugesera v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 SCC 40. Un comentario reciente de esta sentencia en: Rikhof, J., "Hate Speech and International Criminal Law- The Mugesera Decision by the Supreme Court of Canada", *Journal of International Criminal Justice*, November 2005, vol. 3, n.5, pp. 1121-1133.

⁷⁴ Más en CBC News: http://www.cbc.ca/story/canada/national/2005/10/19/rwanda_051019.html, a 20 de diciembre de 2005

Influido por ello, el legislador actual mantiene un apartado dedicado a los delitos cometidos *fuera* de Canadá, al que titula “*Offences outside Canada- Infractions commises à l'étranger*”, (arts. 6, 7 y 8), que se basa en la legislación de 1987. A éste añade uno nuevo dedicado a los delitos cometidos *en* Canadá que coloca en primer lugar, bajo el título “*Offences within Canada- Infractions commises au Canada*” (arts. 4 y 5), prácticamente con el mismo contenido que el anterior. La intención de cada apartado es sin embargo distinta. Se ha afirmado que tipificar estos crímenes cometidos *en* Canadá, cumple la función de facilitar la entrega de los sospechosos a la CPI, para que se cumpla así el requisito de la doble criminalidad que exige la legislación de extradición⁷⁵. La tipificación de los crímenes cometidos *fuera* de Canadá cumple la misma finalidad que tenía en la anterior legislación: atribuir al juez competencia sobre estos crímenes que se configuran como ofensas en sí mismas. En este apartado, sin embargo, se permite la aplicación *retroactiva* de la ley; se matiza la interpretación del derecho consuetudinario en el contexto de la Segunda Guerra Mundial, y se delimitan los criterios para atribuir jurisdicción a los Tribunales canadienses -innecesaria, como es lógico, en el supuesto anterior-. Esta división (crímenes *en* y *fuera* de Canadá) podrá sorprender a otros legisladores, y solo se explica si se conoce la trayectoria canadiense en este ámbito.

Tanto para las ofensas cometidas en Canadá como fuera, la Ley recurre a las mismas definiciones consecutivamente y por este orden: crímenes contra la humanidad, genocidio y crímenes de guerra. Las definiciones son algo peculiares⁷⁶. Las tres siguen la misma técnica legislativa: una relativamente corta definición que se *completa necesariamente* con una remisión directa al Derecho Internacional vigente en el momento y lugar de la comisión de los crímenes, con independencia de que fuera o no en contra de la ley interna aplicable entonces. Es la misma técnica jurídica utilizada por el legislador de 1987, a quien, de hecho, copia el actual introduciendo algunos matices *con relevancia jurídica*. La remisión al Derecho internacional cumple una *función esencial* en la tipificación y por tanto, las definiciones han de *interpretarse en todo su contenido*.

Se observará que la remisión al Derecho internacional es prácticamente idéntica para los tres casos, con la diferencia que para los crímenes de guerra no se incluye la remisión a los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad de naciones. Son dos aspectos los que se introducen en el párrafo: la *remisión al Derecho internacional* y la *improcedencia de alegar como defensa el cumplimiento de la ley del lugar y momento de la comisión de los crímenes*. Veamos en primer lugar, algunas particularidades de cada definición.

Para el legislador canadiense, un crimen contra la humanidad (art. 4. 3 y 6.3 de la Ley) consiste en “murder, extermination, enslavement, deportation, imprisonment, torture, sexual violence, persecution or any other inhumane act or omission that is committed against any civilian population or any identifiable group and that at the time and in the place of its commission constitutes a crime against humanity according to

⁷⁵ Y en este orden de ideas, tal tipificación no respondía a una obligación del Estatuto de Roma, pues la represión de estos crímenes podía llevarse a cabo en Canadá en el marco de otras ofensas del Código Penal, afirma Schabas, W. A., “Canadian implementing legislation...”, *op. cit.*, p. 338.

⁷⁶ ... “relatively crisp and succinct definitions”, se ha dicho (Schabas, W.A., *ibidem*, p. 340).

customary international law or conventional international law or by virtue of its being criminal according to the general principles of law recognized by the community of nations, whether or not it constitutes a contravention of the law in force at the time and in the place of its commission”. De su comparación con el artículo 7 del Estatuto de Roma –donde se tipifican estos crímenes-, se observan diferencias relevantes como para deducir que la primera parte de la definición es de por sí incompleta y que la remisión al derecho internacional es esencial.

Por una parte, en el enunciado de los tipos concretos que están en la base de este crimen, aunque se aprecian novedades con respecto a la legislación anterior al incluir encarcelación, tortura y violencia sexual⁷⁷, no se mencionan expresamente la *desaparición forzada* ni el *apartheid*. Parece éste un olvido del legislador importante. El problema que se plantea, que deberá en su caso resolver el juez, es si estos crímenes pueden considerarse incluidos o no bajo la expresión “cualquier otro acto u omisión inhumanos”. Por otra parte, el elemento general (umbral, *threshold* o *chapeau*) de la definición parece menos preciso que el contenido en el artículo 7 del Estatuto de Roma, al exigir únicamente que estos actos se cometan “contra cualquier población civil o cualquier otro grupo identificable”. Se echa de menos la referencia a la existencia de un *ataque generalizado o sistemático* contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque, como indica el artículo 7.1 del Estatuto de Roma. Pues, una ofensa cometida contra la población civil no es un crimen contra la humanidad; es necesario que se haga en este *contexto* de ataque generalizado o sistemático contra esa población y con conocimiento del mismo. Tal imprecisión, en mi opinión, convierte a esta definición en incompleta, y sólo se explica con la remisión al derecho internacional.

Otra particularidad es la inclusión de “omisiones” junto a “actos”, no incluidos expresamente en el Estatuto de Roma. Así como la inclusión de “cualquier grupo identificable”, junto a la población civil. En este punto parecería que la legislación canadiense va más allá del Estatuto. ¿Cabrían dentro de este “grupo identificable” un grupo de prisioneros torturados, por ejemplo? Esto no está en la lógica de la tipificación internacional de los crímenes contra la humanidad, ideados tras la Segunda Guerra Mundial para suplir el vacío legal que suponía la no incriminación de la violación de derechos humanos cometida por un Estado contra sus nacionales o contra nacionales de Estados del mismo bando, no cubiertas por el Derecho Internacional Humanitario. De ahí, la importancia del elemento de “*población civil*” y de “una” población civil cualquiera. La Jurisprudencia y doctrina especializada delimitan aún más este requisito, sin poder entrar en más detalles ahora.

A continuación se define el crimen de genocidio, entendiendo por éste (art. 4. 3 y 6.3 de la Ley) “an act or omission committed with intent to destroy, in whole or in part, an identifiable group of persons, as such, that at the time and in the place of its commission constitutes a genocide according to customary international law or conventional international law or by virtue of its being criminal according to the general principles of law recognized by the community of nations, whether or not it constitutes a contravention of the law in force at the time and in the place of its commission”. A

⁷⁷ Único término bajo el que podría interpretarse que se encuentra la serie de ofensas que incluye el artículo 7.1. g) del Estatuto de Roma: “violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable”.

diferencia de artículo 6 del Estatuto de Roma no se mencionan los tipos concretos, que son las que contempla la Convención internacional para la prevención y sanción del delito de genocidio⁷⁸ (matanza, lesión grave a la integridad física o mental, sometimiento a condiciones de existencia que hayan de acarrear destrucción física, medidas destinadas a impedir nacimientos, traslado forzoso de niños de un grupo a otro). No sería relevante si el juez interpreta que estos actos e incluso otros pueden quedar implícitos en la expresión “un acto u omisión”.

Se plantean otros problemas de interpretación. Por ejemplo, se ha afirmado que mediante la inclusión de la *omisión* se va más allá de lo estipulado convencionalmente, abriendo la puerta a supuestos como el de *genocidio cultural*, por ejemplo⁷⁹. O por ejemplo, otra diferencia se observa en la delimitación del elemento general, siendo más amplio el recogido en la legislación canadiense, pues la intención de destruir total o parcialmente -que recogen ambos textos jurídicos comparados- se dirige en el Estatuto de Roma contra un grupo “*nacional, étnico, racial o religioso como tal*”. Es argumentable que un “*grupo identificable*” puede serlo por otros criterios adicionales, como por ejemplo su *ideario político común*⁸⁰. En cualquier caso, la remisión al derecho internacional exigirá al juez identificar si en este Ordenamiento jurídico, y en el momento y lugar de comisión del crimen, la noción de genocidio ha alcanzado tales desarrollos a través del derecho consuetudinario⁸¹.

Mucho más sencilla es la definición de crimen de guerra recogida. Éste significa (art. 4. 3 y 6.3 de la Ley) “an act or omission committed during an armed conflict that at the time and in the place of its commission constitutes a war crime according to customary international law or conventional international law or by virtue of its being criminal according to the general principles of law recognized by the community of nations, whether or not it constitutes a contravention of the law in force at the time and in the place of its commission”. Es evidente que la primera frase no contiene una definición de crímenes de guerra. No es que esté incompleta sino que aislada no tiene sentido alguno, pues un acto u omisión cometido durante un conflicto armado -obviamente- no es un crimen de guerra. Se hace necesariamente imprescindible la remisión al derecho internacional. Con tal remisión, en unas cuatro líneas, el legislador canadiense se ahorra las cuatro páginas y media que forman el artículo 8 del Estatuto de Roma, donde se tipifican cada uno de estos crímenes de forma concreta⁸². Novedad relevante conforme a legislación anterior es la extensión de los crímenes de guerra a los conflictos armados internos (en 1987 sólo se mencionaron expresamente a los “conflictos armados internacionales”). En este punto se incorpora un aspecto tipificado por el Estatuto de Roma, que venía a incorporar los avances de la justicia penal internacional reciente.

⁷⁸ Convención internacional para la prevención y sanción del delito de genocidio, de 9 de diciembre de 1948 (UNTS, vol. 78, p. 296).

⁷⁹ Así, Schabas, W., “Canadian implementing legislation...”, *op. cit.*, p. 341.

⁸⁰ *Ibidem*. p. 340.

⁸¹ *Ibidem*.

⁸² No se sigue la técnica de tipificación casuística del legislador español (Vid. Pérez González, M., *op. cit.*, pp. 533-544 (notar que esta publicación es anterior a la nueva reforma del Código Penal Español en 2002, precisamente para adaptarlo al Estatuto de Roma).

Con carácter común a los tres casos y desde un punto de vista técnico-jurídico, obsérvese como una ley interna que tiene como finalidad incorporar un tratado internacional (Estatuto de Roma), se está remitiendo a las definiciones tipificadas no sólo en este mismo tratado⁸³, sino en otros tratados internacionales y en la costumbre internacional (para los tres crímenes) y en éstos y los principios generales del derecho, para los crímenes contra la humanidad y el genocidio. Canadá, como se sabe, sigue un sistema dualista en la recepción de los tratados internacionales, debiendo *incorporar* los mismos en su ordenamiento interno mediante un acto legislativo⁸⁴. Bien, en este caso se va más allá del tratado que se pretende incorporar. Esta técnica podría parecer peculiar y sólo se explica si se tiene presente la doble finalidad de la Ley de 2000: no sólo incorporar el Estatuto de Roma, sino también reforzar su sistema penal interno para evitar que Canadá sea un *refugio seguro* para cualquier criminal de este tipo, como ya se apuntó. Se derivan algunas ventajas de ello, pues una remisión tan amplia posibilita la entrada en el Ordenamiento Jurídico Canadiense de los desarrollos legales y quizás incluso jurisprudenciales internacionales⁸⁵ en la identificación de los elementos de los crímenes y de los principios generales de derecho penal. Así, se ha llegado a afirmar que los “advances in international law resulting in the development of new offences under customary or conventional law will be incorporated *automatically* into the Canadian definitions”⁸⁶. Por ello, la ley canadiense no sólo incorporaría las mismas ofensas que el tratado internacional en cuestión (el Estatuto de Roma), sino que iría incluso *más allá* con esta definición amplia que remite a los tratados internacionales, a la costumbre y a los principios generales del derecho⁸⁷.

Otra ventaja es que con esta interpretación parecería derogada la jurisprudencia sentada en el caso Finta. Así, en la interpretación de la *mens rea* de los crímenes contra la humanidad, el juez canadiense deberá probar el elemento del *conocimiento del contexto del ataque generalizado o sistemático contra una población civil*, junto al elemento de la intención de cometer la conducta delictiva concreta, como lo interpreta la jurisprudencia internacional; y serán suficientes ambos elementos sin tener que probar un *plus* de injusto por conocimiento de la *inhumanidad o barbarie* de los actos. Sin embargo, esta afirmación tiene opiniones en contra⁸⁸. Tal argumento en contra vendría reforzado por el hecho de que cuando el legislador ha querido dejar sin efecto aspectos de tal jurisprudencia lo ha hecho prácticamente de forma, si no expresa sí muy evidente. Es el caso de la defensa de obediencia debida, regulada en el artículo 14 de la Ley; de contenido similar al del artículo 33 del Estatuto de Roma, añade un aspecto que

⁸³ Cuyos artículos 6, 7 y 8.2, donde se definen respectivamente el genocidio, los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra, se adjuntan al final de la Ley de 2000.

⁸⁴ Sin que sea necesario adoptarse *ad hoc*, si legislación anterior ya contenía el derecho sustantivo del tratado internacional.

⁸⁵ Tanto de los Tribunales penales *ad hoc* como de la CPI en su día (así, McManus, J., *op. cit.*, pp. 36-37).

⁸⁶ *Ibid.*, p. 36, énfasis añadido.

⁸⁷ Así, Rosenberg, M., “Canadian Legislation Against Crimes Against Humanity and War Crimes”, AAVV, *The Changing Face of International Criminal Law – Selected Papers*, Vancouver, ICCLR&CJP, 2001, p. 232. También, Schabas, W. A., ., “Canadian implementing legislation...”, *op. cit.*, p. 340. Para Oosterveld ésta era la intención que se tenía cuando se preparó la redacción de la ley, conociendo que en el Estatuto de Roma no se habían incorporado todos los crímenes de derecho internacional (como por ejemplo, el uso de armas químicas o biológicas (Oosterveld, V., *op. cit.*, p. 244).

⁸⁸ Así, Amerasinghe, C. A., “The Domestic Tribunals’ ..., *op. cit.*, p. 7.

pretende dejar sin efecto el precedente de la jurisprudencia del caso Finta⁸⁹. En mi opinión hay motivos para considerar que el alto nivel de prueba del elemento de la *mens rea* de los crímenes contra la humanidad exigido por el caso Finta ya no se aplica en Canadá.

Si estas podrían ser las ventajas de tal técnica legislativa, también se presentan a priori algunas *desventajas o dificultades* a las que habrá de hacer frente el juez. El primer problema evidente es si la remisión a los tratados internacionales, la costumbre internacional y a los principios generales del derecho no va a ser causa de dificultad para el juez. En este punto se ha de recordar que la remisión al derecho internacional es al que está *vigente en el momento y lugar de la comisión de los actos u omisiones*. La razón de ser de esta concreción temporal y local ya se conoce: salvaguardar el respeto del principio de legalidad de la ley penal, de acuerdo con el artículo 11. g) de la Carta Canadiense. Así, el juez deberá esforzarse por conocer el *estado del Derecho internacional en ese momento*. Esta exigencia, incluida en ambos supuestos (ofensas *en y fuera* de Canadá), va a solicitar al juez no sólo identificar el derecho internacional, sino cuál era éste en un momento concreto, que en el caso de los crímenes cometidos *fuera* de Canadá, puede ser lejano. Las dificultades serán mayores en torno a las dos fuentes no escritas del derecho internacional: la costumbre y los principios generales del derecho.

Con respecto a estas dos fuentes jurídicas internacionales el Ordenamiento Jurídico Canadiense sigue los principios de los países del *common law*, sin requerir ninguna disposición interna específica para su recepción. Se puede plantear el problema del respeto del principio de legalidad cuando el crimen está únicamente tipificado por el derecho consuetudinario o los principios generales del derecho⁹⁰. En este caso podría afirmarse que el artículo 11. g) de la Carta Canadiense -que ya se vio- salva este principio. Pero ello no quita las dificultades que se pueden encontrar los jueces en este ámbito⁹¹, y los problemas de imprecisión y vaguedad a los que habrán de dar solución⁹².

Para ayudar al juez el legislador aporta unas aclaraciones. Así, con respecto a la costumbre, el legislador canadiense afirma que los crímenes definidos en el Estatuto de Roma lo son, desde la fecha de adopción del Estatuto (17 de julio de 1998), según la *costumbre internacional* en el caso de los crímenes cometidos en y fuera de Canadá (arts. 4.4 y 6.4 de la Ley). De esta manera, se ha afirmado, Canadá se aseguraba que las tipificaciones del Estatuto de Roma quedaban incorporadas en Canadá. Por otra parte,

⁸⁹ “An accused cannot base their defence under subsection (1) on a belief that an order was lawful if the belief was based on information about a civilian population or an identifiable group of persons that encouraged, was likely to encourage or attempted to justify the commission of inhumane acts or omissions against the population or group”. Así, ningún acusado podrá basar su defensa en la existencia de propaganda odiosa contra un grupo, animando a cometer actos inhumanos, pues ésta no convierte a la orden recibida en legal (art. 14.3 de la Ley). Esta referencia es en respuesta a la opinión del Juez Cory en el asunto Finta, como destaca McManus (McManus, J., *op. cit.*, p. 37).

⁹⁰ *Vid.* Abellán Honrubia, V., “La responsabilité internationale de l’individu”, *Recueil des cours*, tome 280 (1999), pp. 364-368.

⁹¹ Green, L. C., *op. cit.*, pp. 231-232. Especialmente difícil en el caso de los principios generales del derecho señala el autor (*ibid.*, p. 226)

⁹² Se ha afirmado que una infracción imprecisa y mal definida puede ser una infracción inexistente, si bien, hace falta “préciser que le seul fait qu’une infraction en soit une de *common law* et ne soit pas codifiée ne contravient pas à l’alinéa 11 g) », de la Carta (Chevrette, F. y Cyr, H., *op. cit.*, p. 626).

para salvaguardar la aplicación de futuros desarrollos que recojan elementos de los crímenes no comprendidos en el Estatuto de Roma, añade que ello “does not limit or prejudice in any way the applications of existing or developing rules of international law”.

En el caso de los crímenes cometidos *fuera* de Canadá, el legislador asiste al juez en dos aspectos. Primero, afirmando que los crímenes del Estatuto de Roma pueden ser (“*may be*”) crímenes conforme a la costumbre internacional *antes de la fecha de adopción del Estatuto* (art. 6.4 de la Ley). Y lo completa afirmando que para mayor certeza los crímenes contra la humanidad formaban parte de la *costumbre internacional o de los principios generales del derecho antes de la entrada en vigor* de los instrumentos por los que se crearon los Tribunales de Nuremberg y de Tokio⁹³. Con esta disposición se resuelve legalmente la controvertida cuestión de la operatividad en el Derecho Internacional del principio de irretroactividad de la ley penal, eligiendo adaptar el principio a la especificidad de la creación de estas normas internacionales⁹⁴.

Por último, recuérdese el otro aspecto que introduce la segunda parte de las definiciones, la *improcedencia de alegar como defensa el cumplimiento de la ley del lugar y momento de la comisión de los crímenes*. Tal inclusión no tiene sentido en el apartado dedicado a los crímenes cometidos *en* Canadá, dado que éste se refiere sólo a crímenes cometidos después de la entrada en vigor de la Ley de 2000; pues este derecho va a ser forzosamente el de la propia Ley. Esta inclusión innecesaria se explica fácilmente si se recuerda que lo que ha hecho el legislador es retomar la definición prácticamente idéntica de estos crímenes contenida en la legislación de 1987; entonces el legislador pensaba en ofensas cometidas fuera de Canadá y antes de la entrada en vigor.

C) Una competencia jurisdiccional limitada

Con respecto a los crímenes cometidos *en* Canadá, por el principio de territorialidad de la ley penal los tribunales canadienses ya tienen jurisdicción y la Ley de 2000 nada dice sobre ello. Es para los crímenes cometidos *fuera* de Canadá para los que se establecen determinados requisitos jurisdiccionales. De nuevo la influencia de la reforma de 1987 es directa. Si bien ahora se logra una importante simplificación mediante la supresión de la exigencia del requisito de la *ficción de criminalidad según la ley en vigor en Canadá en el momento de su comisión*. En los requisitos concretos prácticamente se sigue la misma redacción salvo algunos cambios (art. 8 de la Ley). Así, en determinados casos se atenderá a los *principios de personalidad activa y pasiva* (art. 8. a) de la Ley); y en el resto de supuestos se establece una *jurisdicción universal*

⁹³ Art. 6.4. Expresamente se citan “the Agreement for the prosecution and punishment of the major war criminals of the European Axis, signed at London on August 8, 1945; y la “Proclamation by the Supreme Commander for the Allied Powers, dated January 19, 1946”. Nótese que en el Caso Finta, el TS basó el fundamento jurídico de los crímenes contra la humanidad únicamente en los principios generales del derecho, a diferencia de la Ley que extiende también el fundamento a la costumbre internacional (Schabas, W. A., “Canadian implementing legislation...”, *op. cit.*, p. 339)

⁹⁴ Sobre las tres líneas de argumentación en este ámbito en la práctica internacional, ver el claro e incisivo estudio de Fernández Pons, X., *loc. cit.*, *passim*.

limitada exigiendo la presencia del criminal en Canadá después de la comisión del crimen (art. 8. b) de la Ley).

En el *primer apartado* (art. 8 a) de la Ley), se deduce que *no* es necesaria la presencia de los presuntos criminales en Canadá. Los tribunales canadienses podrán conocer de una ofensa *si en el momento de su comisión* se cumplen alguno de los siguientes supuestos. Primero, que el sujeto autor sea *canadiense* o empleado por Canadá civil o militarmente. Es semejante a las disposiciones de la reforma de 1987. No se exige la existencia de conflicto armado. Cabría el supuesto de participación en una Operación de Mantenimiento de la Paz, por ejemplo⁹⁵. O simplemente en tiempos de paz si se ha cometido un crimen contra la humanidad-. Siguen sin poder reprimirse en Canadá los crímenes de nacionales o empleados por Estados que son aliados en un conflicto armado con Canadá. Segundo, que el sujeto autor sea nacional de un Estado o persona que trabajan a su cargo en capacidad civil o militar, que está en un conflicto armado *contra* Canadá. Igual que en 1987, se tratará por tanto sólo de ofensas cometidas durante conflictos armados internacionales. Tercero que la víctima sea nacional canadiense, a semejanza de la reforma de 1987 (si bien ahora se le da un apartado independiente). No importa aquí que sea víctima durante un conflicto armado o en tiempos de paz. Y cuarto, que la víctima sea nacional de un Estado aliado con Canadá en un conflicto armado. Igual que en 1987, se vuelve a guardar silencio sobre los ciudadanos de Estados enemigos, si bien podrían caer en el segundo supuesto⁹⁶.

En todos estos casos no se exige que el presunto culpable esté presente en Canadá para *iniciar* un procedimiento (tal como se desprende de una combinación del artículo 8 a) y el artículo 9.1 de la Ley); si bien podría darse una interpretación en contrario. Ahora bien, estando prohibidos los juicios *in absentia* en Canadá –en lo que vuelve a insistir el art. 9.2 de la Ley-, el acusado, en su caso, debería ser extraditado para poder llevarse a cabo el juicio. Además, se exige la autorización escrita del *Attorney General* o del *Deputy Attorney General* para poder iniciar un procedimiento (*requisito del consentimiento*). Nótese que no se da jurisdicción sobre criminales *no* canadienses que participan en un conflicto armado en el que Canadá *no* es parte. Así, no podrían enjuiciarse por crímenes de guerra un criminal de la guerra de Vietnam o de Irán-Irak⁹⁷, o de crímenes más contemporáneos, salvo que estuviera este criminal *presente en* Canadá, pues entonces cabría este supuesto en el segundo apartado que se expone a continuación.

En un segundo apartado (art. 8. b) de la Ley) se incorpora lo que se ha denominado una *jurisdicción universal limitada*⁹⁸. El párrafo b) del artículo 8 da competencia a los tribunales en los casos en los que después del momento de la comisión del crimen, la persona *esté presente* en Canadá (*requisito de la presencia*). Ya incluido en 1987, ahora se simplifica mucho más este supuesto, al suprimir lo que se

⁹⁵ Como fue el caso de algunos miembros de las fuerzas canadienses bajo la Operación de Mantenimiento de la Paz de las Naciones Unidas en Somalia (ONUSOM) en 1994. Vid. Young, J.G, Molina, M., “IHL and Peace Operations: Sharing Canada’s Lessons learned from Somalia, in *Y. Int’l Humanitarian L 1* (1998), 362-70; Boustany, K., Brocklebank: “A Questionable Decision of the Court Martial Appeal Court of Canada, *Y. Int’l Humanitarian L 1* (1998), 370 y ss.

⁹⁶ Como apuntará ya Green, L. C., *op. cit.*, p. 229.

⁹⁷ Como señalaran en su día Green, L. C., (*ibidem*), o Fernick, *op. cit.*, 296.

⁹⁸ Rosenberg, *op. cit.*, p. 233.

denominó como *ficción de jurisdicción canadiense sobre el crimen*: ya no se exige que Canadá pudiera, de conformidad con el derecho internacional, ejercer jurisdicción sobre la persona con respeto al acto u omisión sobre la base de la presencia de la persona en Canadá. No tendrá que demostrar el juez este requisito, pasando a presumirse que Canadá es competente jurisdiccionalmente en estos casos siempre. Pero claro, la presencia del autor se exige, al no haber vínculo alguno con Canadá, ni activo ni pasivo. La duda que podría plantearse es si en este caso el presunto autor ha de estar en Canadá para poder iniciar la investigación. Pues de la lectura del artículo 9. 1 de la Ley parece que no se exige la presencia para iniciar el procedimiento. En mi opinión tal interpretación dejaría sin sentido este requisito de la presencia. Parecería más acorde considerar que es necesario un nexo con Canadá y en estos casos la presencia es determinante. Nexos que como se ha dicho serán en el fondo estar “seeking refuge in Canada”⁹⁹.

En este supuesto se está ante un “*middle road position on universal jurisdiction*”¹⁰⁰. Y aunque algunos se refieren a ésta como “jurisdicción universal”¹⁰¹, otra doctrina más acorde con la noción jurídica niega tal carácter¹⁰². Es poco probable que se vaya a iniciar un procedimiento contra un criminal de guerra en Irak, por ejemplo, si esta persona no está en Canadá. En cualquier caso, también se exige en estos supuestos el *requisito del consentimiento*, y la prohibición de juzgar *in absentia*. El primer caso contemporáneo cuya represión judicial se ha iniciado en aplicación de esta jurisdicción universal limitada es el de Désiré Munyaneza, nacional rwandés residente en Toronto, al que antes se hizo referencia.

V. CONSIDERACIONES FINALES

De la trayectoria canadiense en su lucha interna contra la impunidad pueden extraerse las siguientes reflexiones.

En perspectiva histórica y global, Canadá ha pasado de un sistema permisivo a la entrada de criminales de derecho internacional tras la Segunda Guerra Mundial, a un sistema reactivo a la presencia de estos criminales. La práctica no impide, sin embargo, su entrada en el territorio de este Estado, como ponen de manifiesto los casos Mugesera y Munyaneza. La experiencia canadiense muestra que junto a la vía de la represión judicial de estos criminales coexisten otras como la extradición, la desnaturalización y deportación, o, con carácter preventivo, el establecimiento de restricciones a la inmigración. Éstas cuatro vías (represión, extradición, desnaturalización y deportación y limitar la inmigración) son las que ha utilizado Canadá para afrontar el problema. Y aún puede añadirse otra como la transferencia del presunto criminal a un tribunal internacional penal competente. La experiencia canadiense muestra como la elección entre una vía u otra responde a una opción política en la que están implicados múltiples

⁹⁹ McManus, *op. cit.*, p. 37-38.

¹⁰⁰ *Ibid.*

¹⁰¹ Como Oosterveld, V., *op. cit.*, p. 247. O por ejemplo, se ha llegado a afirmar que se tiene una jurisdicción universal en Canadá, dando a entender que incluso se pueden reprimir crímenes ocurridos en Vietnam, Camboya, Afganistán, Nicaragua, Sri Lanka, Bosnia y Herzegovina y Rwanda sin más, como señala algún autor (Amerasinghe, C.A., “The Canadian Experience”, *op. cit.*, p. 258).

¹⁰² Green, L. C., *op. cit.*, p. 229.

factores. No hay una vía idónea en abstracto, sino que son las circunstancias internas las que hacen más propicia una u otra opción.

Al respecto, una reflexión se impone. Detrás de la experiencia canadiense se observa la gran influencia que tuvo en una primera etapa la presión social. Obsérvese que la modificación de la legislación penal que abriría la puerta al enjuiciamiento penal de los criminales nazis presentes en Canadá, no se realiza hasta finales de los años ochenta, en 1987. Sin embargo, Canadá era parte de los Convenios de Ginebra de 1949 desde 1965, año en el que mediante la *Geneva Conventions Act* se incorporan estos tratados internacionales en su Ordenamiento jurídico interno. Pese a que en estos tratados se establece la obligación de extraditar o juzgar a los individuos que hubieran cometido las infracciones graves tipificadas en los Convenios, y la obligación de adecuar la legislación interna para poder hacerlo, Canadá deja pasar más de veinte años antes de hacerlo. La lectura que puede hacerse de este dato es la gran importancia que tuvo en el cambio de política canadiense, la presión social y los grupos de intereses comunes entre los que se encontraron, en este caso, organizaciones privadas que reunían a víctimas o simpatizantes de las víctimas de las atrocidades nazis. Así, pese a la existencia de una obligación internacional convencional que vinculaba a Canadá, parecería que la adopción de las medidas necesarias para su cumplimiento fue más una opción política adoptada en un determinado contexto histórico, que la decisión firme de cumplir con tal obligación.

En la actualidad, tras la adopción del Estatuto de Roma y teniendo en cuenta la notable influencia canadiense en su adopción y en el establecimiento de la Corte Penal Internacional la valoración de la práctica no debería ser la misma. Es más, podría plantearse hasta qué punto Canadá estaría no solamente jurídicamente obligada en esta lucha contra la impunidad, sino también moralmente -si se permite hablar en estos términos con respecto a un Estado-. Una necesaria coherencia entre su política exterior e interna en la materia lleva, cuanto menos, a dejarlo planteado.

Desde una perspectiva jurídica concreta, la legislación actual, la Ley de crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra de 2000, recibe una influencia directa de la reforma del Código Penal de 1987, tratando de corregir algunos de sus errores, si bien no todos. La reforma de 1987 fue compleja en su redacción al tratar de buscar un texto conciliador con el principio de legalidad penal y la represión de crímenes cometidos durante la Segunda Guerra Mundial. Ello llevó al legislador a una demasiada remisión al derecho vigente en el momento de la comisión de los crímenes, tanto al Derecho internacional como al derecho Canadiense (ficción de criminalidad de haber sido cometido el crimen en Canadá). Ello pudo ser causa de la aplicación jurisprudencial algo errónea en el caso Finta. Jurisprudencia que parecería quedar modificada y derogada por la legislación actual: de forma expresa en lo que a la interpretación de la excusa de obediencia debida respecta; y de forma implícita en lo que a la interpretación del elemento de *mens rea* de los crímenes de derecho internacional respecta, a través de la remisión al Derecho internacional. Parte de la complejidad de la legislación de 1987 se suprime en la legislación actual -al desaparecer lo que denominamos como ficción de criminalidad-, pero siguen permaneciendo otros rasgos complejos o peculiares. Entre ellos la división entre ofensas

cometidas *en y fuera* de Canadá y la prácticamente completa remisión al Derecho internacional.

En efecto, la Ley de 2000 no sólo se remite al Estatuto de Roma –texto que se trata de incorporar- sino al derecho contemplado en las tres fuentes del Derecho internacional: todos los tratados, la costumbre y los principios generales del derecho. Ello supone que el juez, en su caso, va a tener que esforzarse por determinar normas internacionales en ocasiones contenidas en fuentes no escritas. El problema lo salva el legislador aclarando que el Estatuto de Roma recoge el derecho consuetudinario en la materia. Por esta técnica lo que el legislador canadiense logra, es no solo incorporar la tipificación de los *core crimes* del Estatuto de Roma, sino reforzar ampliamente su sistema penal interno, en respuesta a su máxima *Canada won't be a safe haven*. Detrás de tal amplia remisión al Derecho internacional también puede verse otro interés estatal: proteger el *ius puniendi* canadiense frente a la Corte Penal Internacional. Canadá *podrá* en principio enjuiciar a los criminales de guerra, de crímenes contra la humanidad y de genocidio siempre, al dotarse de tal forma de tipificación. Se deberán dar los otros requisitos necesarios, incluidos los jurisdiccionales basados en los principios de personalidad activa y pasiva, y en una jurisdicción universal limitada a la presencia del criminal en Canadá. Otra cuestión será que Canadá *quiera* hacerlo. La práctica va dando la respuesta.