



**Pacto Internacional  
de Derechos Civiles  
y Políticos**

Distr.  
GENERAL  
CCPR/C/72/D/930/2000  
16 de agosto de 2001  
ESPAÑOL  
Original: INGLES

***Comunicación N° 930/2000 : Australia. 16/08/2001.  
CCPR/C/72/D/930/2000. (Jurisprudence)***

**Convention Abbreviation:** CCPR  
Comité de Derechos Humanos  
72° período de sesiones  
9 - 27 de julio de 2001

ANEXO

Dictamen del Comité de Derechos Humanos emitido a tenor del  
párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo  
del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos\*  
- 72° período de sesiones -

Comunicación N° 930/2000

Presentada por: Sr. Hendrick Winata, Sra. Li So Lan (representados por una abogada, Sra. Anne O'Donoghue)

Presuntas víctimas: Los autores y su hijo Sr. Barry Winata

Estado Parte: Australia

Fecha de la comunicación: 11 de mayo de 2001 (comunicación inicial)

El Comité de Derechos Humanos, creado en virtud del artículo 28 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,

Reunido el 26 de julio de 2001,

Habiendo concluido el examen de la comunicación N° 930/2000 presentada al Comité de Derechos Humanos por el Sr. Hendrick Winata y la Sra. Li So Lan, con arreglo al Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,

Habiendo tenido en cuenta toda la información que le han presentado por escrito los autores de la comunicación y el Estado Parte,

Aprueba el siguiente:

#### **Dictamen emitido a tenor del párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo**

- 1 Los autores de la comunicación, de fecha 4 de mayo de 2000, son Hendrick Winata, nacido el 9 de noviembre de 1954, y So Lan Li, nacida el 8 de diciembre de 1957, ambos antiguos ciudadanos indonesios pero actualmente apátridas. Se dirigen al Comité también en nombre de su hijo Barry Winata, nacional australiano, nacido el 2 de junio de 1988. Los autores denuncian que la deportación prevista de los padres de Australia a Indonesia constituiría una violación por el Estado Parte del artículo 17, del párrafo 1 del artículo 23 y del párrafo 1 del artículo 24 del Pacto. Están representados por un abogado.

#### **Los hechos expuestos por los autores**

2.1. El 24 de agosto de 1985 y el 6 de febrero de 1987 el Sr. Winata y la Sra. Li llegaron a Australia con un visado de visitante y un visado de estudiante, respectivamente. En ambos casos, tras caducar los visados pertinentes el 9 de septiembre de 1985 y el 30 de junio de 1988, respectivamente, los autores permanecieron ilegalmente en Australia. Allí se conocieron e iniciaron una relación de hecho análoga al matrimonio, fruto de la cual es un hijo de 13 años, Barry, nacido en Australia el 2 de junio de 1988.

2.2. El 2 de junio de 1998, por haber nacido en ese país y haber residido en él durante diez años, Barry obtuvo la nacionalidad australiana. El 3 de junio de 1998, el Sr. Winata y la Sra. Li presentaron al Departamento de Inmigración y Asuntos Multiculturales una solicitud conjunta de visado de asilo, basada fundamentalmente en la afirmación de que corrían el riesgo de ser perseguidos en Indonesia debido a su origen étnico chino y a su religión católica. El 26 de junio de 1998 el delegado del Ministro se negó a concederles un visado de asilo.

2.3. El 15 de octubre de 1998 **(1)**, el representante del Sr. Winata y de la Sra. Li en Yakarta presentó ante la Embajada de Australia una solicitud de inmigración a ese país con arreglo a un "visado para padres de subclase 103". Uno de los requisitos de ese visado, de los cuales se conceden actualmente 500 al año, es que el solicitante se encuentre fuera de Australia en el momento de la concesión. Según el abogado, cabría prever que el Sr. Winata y la Sra. Li tuvieran que esperar varios años antes de poder regresar a Australia con un visado parental.

2.4. El 25 de enero de 2000, el Tribunal de Revisión de Asilo y Refugio (Refugee Review Tribunal) confirmó la decisión del Departamento de Inmigración de denegar sendos visados de asilo. El Tribunal, que examinó el derecho de los autores al estatuto de refugiado exclusivamente a tenor del párrafo 2 de la sección A del artículo 1 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (modificada), llegó a la conclusión de que, aunque era posible que el Sr. Winata y la Sra. Li hubieran perdido la ciudadanía indonesia al haber permanecido fuera de ese país durante tanto tiempo, no les resultaría muy difícil recuperarla **(2)**. Además, basándose en información reciente sobre Indonesia, el Tribunal consideró que, aunque no cabía descartar que los autores pudieran verse envueltos en conflictos raciales y religiosos, la situación en el país estaba mejorando, y en ese caso en particular el riesgo de persecución era mínimo. En concreto, el Tribunal consideró que su tarea se limitaba

exclusivamente a examinar el derecho de los solicitantes a obtener un visado de protección, y que no podía tener en cuenta datos más generales sobre la vida familiar en Australia.

2.5. Siguiendo el consejo de sus abogados de que las perspectivas de éxito de una solicitud de revisión judicial de la decisión del Tribunal eran nulas, el Sr. Winata y la Sra. Li no solicitaron dicha revisión. Al haber transcurrido el plazo obligatorio y no prorrogable de 28 días desde que se pronunció la decisión, el Sr. Winata y la Sra. Li ya no pueden agotar esa vía.

2.6. El 20 de marzo de 2000 **(3)**, el Sr. Winata y la Sra. Li solicitaron al Ministro de Inmigración y Asuntos Multiculturales que ejerciera en su favor, por razones imperiosas y humanitarias, sus facultades discrecionales **(4)**. La solicitud basada, entre otras disposiciones, en los artículos 17 y 23 del Pacto, aludía a "circunstancias humanitarias apremiantes de tal carácter que el hecho de no reconocerlas causaría daños irreparables y dificultades continuas a una familia australiana". La solicitud iba acompañada de un informe psiquiátrico de dos páginas y media sobre los autores y los posibles efectos de su deportación a Indonesia **(5)**. El 6 de mayo de 2000, el Ministro decidió no ejercer sus facultades discrecionales **(6)**.

### **La denuncia**

3.1. Los autores afirman que su deportación a Indonesia violaría los derechos de las tres supuestas víctimas, según el artículo 17, el párrafo 1 del artículo 23 y el párrafo 1 del artículo 24.

3.2. Con respecto a la protección contra las injerencias arbitrarias o ilegales en la vida de la familia, que se establece en el artículo 17, los autores aducen que la ley australiana, incluida la normativa en materia de inmigración, reconoce las relaciones de hecho, y que no debería haber ninguna duda de que su relación sería reconocida como tal por los tribunales australianos. Australia también reconocería como "de familia" sus vínculos con Barry. Los autores sostienen que del informe psiquiátrico se desprende claramente que mantienen una vida familiar sólida y verdadera.

3.3. Los autores alegan que una deportación que separa a los padres de un hijo a cargo, como se afirma que sucedería en caso de que Barry permaneciera en Australia, constituye una "injerencia" en la familia. Si bien reconocen que la deportación del Sr. Winata y de la Sra. Li es lícita conforme al ordenamiento interno en virtud de la Ley de migración, los autores citan la Observación general N° 16 del Comité en el sentido de que cualquier injerencia también debe estar en consonancia con las disposiciones, los propósitos y los objetivos del Pacto y ser razonable en las circunstancias particulares del caso.

3.4. Los autores sostienen que si han de ser deportados, la única forma de evitar su separación de Barry es que éste se traslade con ellos a Indonesia. Sin embargo, afirman que Barry está plenamente integrado en la sociedad australiana, no habla el indonesio ni el chino y no mantiene ningún vínculo cultural con Indonesia porque siempre ha vivido en Australia. En el informe del psicólogo se describe a Barry como "un muchacho australiano del oeste de Sydney, de origen chino y de formación multicultural, que presenta las mejores características de esa cultura y subcultura [y que] se encontraría totalmente perdido y correría un riesgo considerable si se le trasladara repentinamente a Indonesia". Por otro lado, los autores sostienen que sería cruel y altamente perjudicial romper la unidad familiar y dejar a Barry a su suerte en Australia, en caso de que permaneciera allí cuando ellos regresaran a Indonesia. En cualquier caso, según los autores, la deportación sería arbitraria e irrazonable.

3.5. En relación con esa conclusión, los autores se refieren a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que, en general, en su interpretación del artículo análogo del Convenio

Europeo de Derechos Humanos, el artículo 8, ha sido restrictivo respecto de las personas que han solicitado la entrada en un Estado a los efectos de "formar una familia", mientras que ha adoptado un enfoque más liberal respecto de las familias formadas que ya se encuentran en el Estado. Los autores instan al Comité a que adopte un enfoque similar, en tanto que sostienen que el derecho establecido en el artículo 17 del Pacto tiene mayor fuerza que el del artículo 8 de la Convención Europea en el sentido de que, según se expresa, no está sujeto a condición alguna, y por lo tanto el derecho de la persona a la vida familiar no está contrarrestado por el derecho de ningún Estado a injerirse en la familia, sino que tiene primacía.

3.6. Por lo que respecta a los artículos 23 y 24, los autores no formulan ninguna alegación específica salvo observar que el artículo 23 se expresa con mayor contundencia que el artículo 12 del Convenio Europeo, y que el artículo 24 se refiere concretamente a la protección de los derechos del niño como tal o como miembro de una familia.

### **Observaciones del Estado Parte sobre la admisibilidad y el fondo de la comunicación**

4.1. El Estado Parte afirma que las alegaciones de los autores son inadmisibles por no haberse agotado los recursos internos, por incompatibilidad con las disposiciones del Pacto y (en parte) por estar insuficientemente justificadas.

4.2. En cuanto al hecho de que no se han agotado los recursos internos, el Estado Parte sostiene que quedan tres recursos disponibles y eficaces. En primer lugar, los autores no solicitaron, según se prevé en la Ley de migración, la revisión judicial por el Tribunal Federal (y otros posibles recursos ulteriores) de la decisión del 25 de enero de 2000 del Tribunal de Asilo y Refugio. Aunque ya ha transcurrido el plazo para solicitar tal revisión, el Estado Parte se refiere a la decisión del Comité en N. S. c. el Canadá (7), en el sentido de que la omisión de valerse de un recurso dentro de plazo significa que no se han agotado los recursos existentes de la jurisdicción interna. En segundo lugar, podrían solicitar como recurso constitucional la revisión judicial de la decisión por el Tribunal Superior, que podría ordenar al Tribunal de Revisión de Asilo y Refugio que examinara de nuevo el asunto conforme a derecho en caso que se determinara la existencia de un error de derecho pertinente. El Estado Parte señala la jurisprudencia del Comité de que una simple duda sobre la eficacia de un recurso no exime al autor de emplearlo. Aparte del asesoramiento jurídico recibido por los autores en el sentido de que cualquier solicitud de revisión judicial tendría nulas posibilidades de éxito, no puede decirse que los autores hayan demostrado convincentemente que esos recursos no serían eficaces.

4.3. Por último, el Estado Parte señala que los autores han solicitado un visado para padres. Aunque para obtenerlo se verían obligados a salir del país y a aguardar su turno junto con los demás solicitantes, los autores no tendrían que esperar de forma indefinida. Barry podría vivir con los autores en Indonesia hasta que se concedieran los visados, o proseguir su escolarización en Australia.

4.4. En cuanto a la incompatibilidad con las disposiciones del Pacto, el Estado Parte sostiene que las alegaciones de los autores no corresponden al ámbito de aplicación de ninguno de los derechos reconocidos por el Pacto. El Estado Parte aduce que el Pacto reconoce, en el párrafo 1 del artículo 12 y en el artículo 13, el derecho de los Estados Partes a regular la entrada de extranjeros en su territorio. Si los autores son deportados de Australia, será por haber permanecido ilícitamente en ese país tras haber caducado sus visados. El Pacto no garantiza a los autores el derecho a permanecer en Australia o a formar una familia en ese país tras residir en él, a sabiendas, de forma ilegal.

4.5. Con respecto a la falta de justificación de las alegaciones, el Estado Parte sostiene que en relación con el párrafo 1 del artículo 23 y el párrafo 1 del artículo 24 los autores no han aportado pruebas

suficientes para justificar sus afirmaciones. Los autores se limitan a alegar que el Estado Parte infringiría esas disposiciones si se les deportara, pero no dan ningún detalle al respecto. El Estado Parte afirma que de la comunicación no se desprende con claridad ni la naturaleza de esas alegaciones concretas ni el modo en que las pruebas aportadas tienen que ver con ellas. Las pruebas y los argumentos aducidos sólo guardan relación con el artículo 17.

4.6. En cuanto al fondo de la denuncia relativa al artículo 17, el Estado Parte señala de entrada cuál es, a su entender, el alcance del derecho establecido en dicho artículo. A diferencia de la disposición correspondiente del Convenio Europeo de Derechos Humanos, las restricciones al artículo 17 no se limitan a las que sean "necesarias" para lograr un conjunto prescrito de objetivos, sino que, admiten, con más flexibilidad, lo que sea simplemente razonable y no arbitrario con respecto a un propósito legítimo del Pacto. El Estado Parte se refiere a los trabajos preparatorios del Pacto, en los que queda claro que la intención fue que los Estados Partes no se vieran innecesariamente limitados por una lista de excepciones al artículo 17, sino que pudieran determinar en qué modo debía darse efecto al principio enunciado en el artículo **(8)**.

4.7. Refiriéndose al presente caso, aunque no se opone a que se clasifique a los autores como "familia", el Estado Parte aduce que la deportación de los autores no constituiría una injerencia en esa familia, y que, en cualquier caso, tal medida no sería arbitraria o irrazonable dadas las circunstancias.

4.8. Con respecto a la "injerencia", el Estado Parte argumenta que si los autores fueran deportados, no adoptaría ninguna medida para evitar que Barry se marchara con ellos a Indonesia, donde la familia podría seguir unida. Nada indica que no podrían vivir en familia, y el Tribunal de Revisión de Asilo y Refugio consideró que no corrían ningún peligro de persecución. Aunque reconoce que esta situación supondría un trastorno en la educación de Barry, el Estado Parte sostiene que ello no equivale a una "injerencia en la familia" **(9)**. El Estado Parte señala que es habitual que niños de todas las edades se trasladen con sus padres a un nuevo país por diversos motivos.

4.9. El Estado Parte observa que Barry no tiene en Australia más familiares que sus padres, mientras que en Indonesia hay un importante número de parientes cercanos con los que los autores mantienen contacto y que, sólo pueden enriquecer la vida familiar de Barry. Por lo tanto el Estado Parte sostiene que, al igual que el Convenio Europeo, el Pacto debería interpretarse de modo que no garantice la vida familiar en un país en particular, sino simplemente una vida familiar auténtica, dondequiera que sea.

4.10. Por otra parte, si Barry permaneciera en Australia, la familia podría visitarlo y, en cualquier caso, mantener el contacto con él. Esta es la situación de muchos niños que asisten a un internado, y esa separación física no significa que deje de existir la unidad familiar. En cualquier circunstancia, la decisión que adopten los padres respecto de esas dos opciones es estrictamente suya y no se deriva de la actuación del Estado Parte; por consiguiente, no entraña "injerencia" alguna. Además, sea cual sea la decisión, el Estado Parte no hará nada para impedir que continúen y se desarrollen las relaciones familiares.

4.11. Aun cuando la deportación pudiera considerarse como una injerencia, el Estado Parte sostiene que no sería un acto arbitrario. Los autores llegaron a Australia con visados de corta duración, con el pleno conocimiento de que deberían abandonar el país en cuanto prescribiera su validez. La deportación de los solicitantes será consecuencia de haber permanecido en el país durante más tiempo del que les permitían sus visados, que, como ellos sabían, sólo les daba derecho a un tiempo determinado de residencia, y de haber vivido ilegalmente en Australia durante más de diez años **(10)**. Las leyes que exigen su deportación en las presentes circunstancias están bien establecidas y son de

aplicación general. El funcionamiento de las leyes que regulan la deportación no es caprichoso ni impredecible, y constituye una forma razonable y proporcionada de lograr un propósito legítimo con arreglo al Pacto, que es el control de la inmigración.

4.12. En el presente caso, los autores sabían, cuando nació Barry, que existía el riesgo de que no pudieran permanecer en Australia y criar allí a su hijo. No se ha demostrado que existan dificultades significativas para formar una familia en Indonesia, y en caso de que la soliciten, se les concederá de nuevo la nacionalidad indonesia. Los autores siguieron su escolaridad en Indonesia, hablan, leen y escriben el indonesio y han trabajado en el país. Podrán criar a su hijo en un país cuyo idioma y cuya cultura conocen bien, cerca de otros familiares. Barry entiende en buena medida el indonesio que se habla en el hogar, por lo que cualquier barrera lingüística a la que podría enfrentarse sería de poca importancia y, dada su corta edad, bastante fácil de superar. Tampoco sería insensato que los autores decidieran que se quedara en Australia, ya que podría mantener el contacto con ellos y tener acceso a todas las formas de apoyo que se ofrecen a los niños separados de sus padres.

4.13. Otro hecho que demuestra que la deportación es razonable es que la decisión relativa a la solicitud de un visado de asilo por parte de los autores se adoptó, según las circunstancias del caso, conforme a una ley por la que se establecen criterios objetivos y de aplicación general basados en las obligaciones internacionales de Australia, y fue confirmada en apelación. En su debido momento, los autores solicitarán conforme a derecho un visado para padres, y es razonable que sus solicitudes se examinen junto con las de las otras personas que formulen peticiones similares.

4.14. El Estado Parte se refiere a la jurisprudencia del Comité según la cual éste no ha determinado que existiera violación del artículo 17 (o del artículo 23) en los casos de deportación en que los autores tenían una familia en el Estado de acogida **(11)**. Además, un factor de especial importancia es si los interesados tenían expectativas legítimas de proseguir su vida familiar en el territorio del Estado en cuestión. Los casos resueltos por el Tribunal Europeo respaldan una distinción de este tipo entre las familias que residen en un Estado de forma legal o ilegal.

4.15. Por ejemplo, en Boughanemi c. Francia **(12)** el Tribunal Europeo consideró que la deportación era compatible con el artículo 8 ya que el demandante había estado residiendo en Francia de forma ilegal, aunque que tenía una familia en ese país. Análogamente, en el caso de Cruz Varas c. Suecia **(13)**, el Tribunal consideró que la expulsión de los inmigrantes ilegales era compatible con el artículo 8. En el caso Bouchelka c. Francia **(14)**, en que el demandante había regresado a Francia ilegalmente tras ser deportado y había formado una familia (incluso tenía una hija), el Tribunal entendió que con su renovada expulsión no se violaba el artículo 8. En cambio, en Berrehab c. los Países Bajos **(15)** el Tribunal estimó que había habido violación en la deportación del padre de un niño de corta edad del país donde vivía el hijo, ya que el padre había residido legalmente en el país por varios años **(16)**.

4.16. Por consiguiente, el Estado Parte sostiene que el elemento de la formación ilícita de una familia en un Estado es un factor que pesa contundentemente a favor de que éste pueda adoptar medidas que, si la familia hubiera residido legalmente en el Estado, habrían sido contrarias al artículo 17. Como ha señalado el Tribunal Europeo, el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos no garantiza que se pueda vivir en el lugar más idóneo **(17)**, y una pareja no puede elegir su lugar de residencia permaneciendo simplemente de forma ilegal en el Estado donde desea formar una familia, y teniendo hijos en ese Estado. De ello se desprende que los autores, que residían en Australia ilegalmente y eran plenamente conscientes del riesgo de que tal vez no pudieran quedarse en ese país y criar allí a su hijo, no podían tener expectativas razonables de permanecer en Australia, por lo que su deportación no es arbitraria ni contraria al artículo 17.

4.17. En lo que respecta al párrafo 1 del artículo 23, el Estado Parte se refiere a las garantías institucionales que otorga ese artículo **(18)**. Afirma que la familia es un elemento fundamental de la sociedad y reconoce implícita y explícitamente su importancia, incluso permitiendo que los padres soliciten un visado para poder vivir con sus hijos en Australia (como han hecho los autores) y otorgándoles privilegios especiales en comparación con otros inmigrantes. El artículo 23, como el artículo 17, debe considerarse teniendo en cuenta el derecho de Australia, con arreglo al derecho internacional, a adoptar medidas razonables para controlar la entrada, la residencia y la expulsión de extranjeros. Dado que el Tribunal de Revisión de Asilo y Refugio estimó que los autores no eran refugiados y no corrían un riesgo real de sufrir daños en Indonesia **(19)**, y habida cuenta de que Barry puede permanecer en Australia para proseguir su educación o regresar a Indonesia en función de lo que decidan los autores, la existencia de la familia no se vería amenazada ni perjudicada en caso de repatriación.

4.18. En cuanto al párrafo 1 del artículo 24, el Estado Parte se refiere a diversos programas y medidas legislativas destinados específicamente a proteger a los niños y a proporcionar asistencia en situaciones de riesgo **(20)**. La deportación de los autores de Australia no es una medida dirigida contra Barry, que, como ciudadano australiano (sólo desde junio de 1998), tiene derecho a residir en Australia independientemente de donde vivan sus padres. La deportación de los autores sería consecuencia de su residencia ilícita en Australia, y no de la falta de medidas adecuadas de protección de la infancia. Cuando nació Barry, los autores eran plenamente conscientes del riesgo de que un día tuvieran que regresar a Indonesia.

4.19. El Estado Parte aduce que la deportación de los autores no entrañaría un incumplimiento del deber de proteger a éste adecuadamente como menor ni tampoco lo perjudicaría. Tanto el delegado del Ministro de Inmigración y Asuntos Multiculturales como el Tribunal de Revisión de Asilo y Refugio estimaron que el riesgo de que los autores fueran perseguidos en Indonesia era mínimo, y no se han presentado pruebas que indiquen que Barry correría un riesgo mayor de persecución si fuera a Indonesia con sus padres.

4.20. Retomando sus razonamientos sobre la "injerencia" en la familia en relación con el artículo 17, el Estado Parte argumenta que no existe ningún obstáculo importante a que Barry siga llevando una vida normal con su familia en Indonesia. El Estado Parte rechaza la opinión del psiquiatra de que Barry volviera con los autores se encontraría "completamente perdido y correría un riesgo considerable si se le trasladara repentinamente a Indonesia". El Estado Parte argumenta que, si bien es cierto que el trastorno de su vida habitual podría hacer que el traslado a Indonesia le resultara difícil en un principio, su edad, su formación multicultural **(21)** y su nivel de conocimiento del indonesio le ayudarían probablemente a adaptarse con rapidez. Barry podría seguir recibiendo una buena enseñanza en Indonesia con la presencia física y el apoyo moral de los autores (que nacieron, fueron criados y pasaron la mayor parte de sus vidas en ese país) y de otros parientes cercanos; en caso contrario, si así lo decidiera, como ciudadano australiano también tendría derecho a completar sus estudios secundarios y terciarios en Australia. Si bien ello supondría estar separado de los autores, es un hecho frecuente que los niños no vivan con éstos durante la enseñanza secundaria o terciaria, como también lo es que niños y jóvenes adultos de países de Asia sudoriental asistan a la escuela y a la universidad en Australia. Como ciudadano australiano, estaría protegido hasta el máximo nivel posible con arreglo a la legislación del país, y recibiría la misma protección que se otorga a otros niños australianos que viven en Australia sin sus padres.

### **Comentarios de los autores respecto de la exposición del Estado Parte**

5.1. En lo que se refiere a la admisibilidad de la comunicación, los autores impugnan los argumentos del Estado Parte respecto del agotamiento de los recursos internos, la incompatibilidad con el Pacto y la insuficiencia de pruebas.

5.2. Con respecto al agotamiento de los recursos internos, los autores aducen que el requisito de agotar dichos recursos significa que la denuncia debe formularse ante cualquier órgano del Estado disponible antes de ser presentada al Comité. Los recursos que según el Estado Parte siguen estando disponibles guardan relación con el proceso de solicitud del estatuto de refugiado y la evaluación conexa del riesgo de persecución. No obstante, la presente denuncia no tiene que ver con cuestiones relacionadas con dicho estatuto, sino con la injerencia en la vida de la familia ocasionada por la deportación de los autores. Por consiguiente, los autores sostienen que no puede exigirse que se lleve adelante una solicitud del estatuto de refugiado cuando la denuncia se refiere a la unidad familiar.

5.3. En cuanto a la solicitud conjunta de un visado para padres, se señala que los autores tendrían que abandonar Australia mientras no se resolviera su solicitud, y que, aunque ésta se admitiera, se verían obligados a permanecer fuera del país durante varios años antes de poder regresar. En cualquier caso, las estadísticas del Departamento de Inmigración indican que las autoridades australianas en Yakarta no expidieron ningún visado de esta índole entre el 1º de septiembre de 2000 y el 28 de febrero de 2001, y que el período de trámite de esos visados en todo el mundo es de casi cuatro años. En vista de las actuales diferencias políticas en torno a tales visados, esos períodos se incrementarán, según ha admitido el propio Estado Parte (22). Los autores consideran que semejante demora es claramente inaceptable y del todo irrazonable.

5.4. Con respecto al argumento del Estado Parte de que las alegaciones de los autores son incompatibles con las disposiciones del Pacto, en particular con el párrafo 1 del artículo 12 y con el artículo 13, los autores se remiten a la Observación general N° 15 del Comité. En ella se afirma que si bien el Pacto no reconoce el derecho de un extranjero a entrar o residir en el territorio de un Estado Parte, el extranjero puede gozar de la protección del Pacto incluso en relación con la entrada o la residencia en los casos en que, entre otras cosas, se planteen cuestiones relacionadas con el respeto de la vida familiar. Los autores consideran que el artículo 13 no hace al caso en este contexto.

5.5. Los autores discuten el argumento del Estado Parte de que no se ha justificado la denuncia de violación del párrafo 1 del artículo 23 y del párrafo 1 del artículo 24. Los autores señalan que las circunstancias de la denuncia tienen que ver con esas disposiciones, además del artículo 17, y aducen que una violación del artículo 17 también puede suponer un quebrantamiento de las garantías institucionales previstas en los artículos 23 y 24.

5.6. En lo que se refiere al fondo, los autores consideran que el argumento básico del Estado Parte es que no hay ningún motivo por el que Barry no podría irse a vivir con ellos a Indonesia en caso de que éstos fueran deportados. Los autores sostienen que este razonamiento es incompatible con los datos psicológicos facilitados al Ministro y adjuntos a la presente comunicación. Los autores también afirman, con respecto a la sugerencia de que Barry permanezca (solo) en Australia mientras se examine la solicitud de su nuevo visado de entrada, que esta solución carecería claramente de sentido práctico y no redundaría en el interés de Barry. Los autores no tienen acceso a los recursos necesarios

para que Barry estudie en un internado, y no hay nadie que pueda ocuparse de él en ausencia de sus padres.

### **Cuestiones materiales y procesales de previo pronunciamiento**

6.1. Antes de examinar cualquier afirmación contenida en una comunicación, el Comité de Derechos Humanos, de conformidad con el artículo 87 de su reglamento, deberá decidir si es admisible con arreglo al Protocolo Facultativo del Pacto.

6.2. Por lo que se refiere al argumento del Estado Parte de que no se han agotado los recursos disponibles a nivel interno, el Comité observa que las dos apelaciones propuestas de la decisión del Tribunal de Revisión de Asilo y Refugio constituyen medidas adicionales del proceso de determinación del estatuto de refugiado. Sin embargo, la denuncia que tiene ante sí el Comité no guarda relación con la solicitud inicial de los autores de que se les reconociera como refugiados, sino que se refiere a su petición separada y distinta de que se les permita permanecer en Australia por motivos familiares. El Estado Parte no ha facilitado al Comité ninguna información sobre los recursos de que disponen los autores para impugnar la decisión del Ministro de no permitirles permanecer en Australia por esos motivos. La tramitación de la solicitud de los autores de un visado para padres, que les exige ausentarse de Australia por un tiempo prolongado, no puede considerarse una vía de recurso interno existente contra la decisión del Ministro. Por consiguiente, el Comité no puede aceptar el argumento del Estado Parte de que la comunicación es inadmisibile por no haberse agotado los recursos internos.

6.3. En cuanto a la alegación del Estado Parte de que las denuncias son en esencia reivindicaciones del derecho de residencia por parte de extranjeros en situación irregular y que, por lo tanto, son incompatibles con el Pacto, el Comité señala que los autores no se limitan a afirmar que tienen derecho a residir en Australia, sino que sostienen también que, al forzarlos a abandonar el país, el Estado Parte se injeriría arbitrariamente en su vida familiar. Si bien es cierto que los extranjeros, como tales, pueden no tener derecho a residir en el territorio de un Estado Parte, los Estados Partes están obligados a respetar y a garantizar todos los derechos que les corresponden en virtud del Pacto. La afirmación de que las medidas adoptadas por el Estado Parte constituirían una injerencia arbitraria en la vida familiar de los autores tiene que ver con la presunta violación de un derecho que se garantiza a todas las personas de conformidad con el Pacto. Los autores han justificado suficientemente dicha afirmación a los efectos de la admisibilidad, por lo que debe examinarse en cuanto al fondo.

6.4. En relación con la afirmación del Estado Parte de que no se han justificado las supuestas violaciones del párrafo 1 del artículo 23 y del párrafo 1 del artículo 24, el Comité considera que los hechos y los argumentos presentados plantean cuestiones que afectan a las tres disposiciones del Pacto. El Comité considera útil estudiar conjuntamente estas cuestiones interrelacionadas en la fase del examen del fondo, y estima que las denuncias formuladas respecto de estas disposiciones están, pues, justificadas a los efectos de la admisibilidad.

6.5. Por consiguiente, el Comité considera que la comunicación es admisible en la forma expuesta, y procede sin demora a examinar el fondo. El Comité ha considerado la comunicación a la luz de toda la información presentada por las partes, conforme a lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 5 del Protocolo Facultativo.

7.1. En relación con la denuncia de violación del artículo 17, el Comité se hace cargo de los argumentos del Estado Parte de que no se ha producido ninguna "injerencia", ya que la decisión de

que Barry acompañe a sus padres a Indonesia o permanezca en Australia, en cuyo caso se produciría una separación física, incumbe exclusivamente a la familia y que no viene determinada por la actuación del Estado. El Comité señala que ciertamente puede haber casos en que la negativa de un Estado Parte de permitir que un miembro de una familia permanezca en su territorio suponga una injerencia en la vida familiar de esa persona. Sin embargo, el simple hecho de que un miembro de una familia tenga derecho a permanecer en el territorio de un Estado Parte no significa necesariamente que el exigir a otros miembros de la familia que abandonen el Estado entrañe tal injerencia.

7.2. En el presente caso, el Comité estima que se debe considerar "injerencia" en la familia que el Estado Parte tome la decisión de deportar a ambos progenitores y obligar a la familia a escoger entre dejar solo en el Estado Parte a un niño de 13 años de edad, que después de vivir diez años en este país ya ha adquirido la ciudadanía, o llevárselo, por lo menos en circunstancias como las de este caso en que de una forma u otra se producirían trastornos importantes en la vida que la familia se ha forjado. Así, pues, se plantea la cuestión de si esa injerencia no sería arbitraria y contraria a lo dispuesto en el artículo 17 del Pacto.

7.3. Desde luego, el Pacto no contiene ninguna disposición contra la posibilidad de que un Estado Parte ordene conforme a la ley la salida de quien permanezca en su territorio una vez vencido el permiso de estadía limitada. Como tampoco es suficiente de por sí que un niño nazca o que por ministerio de la ley adquiriera la ciudadanía por nacimiento o posteriormente para que la proyectada deportación de uno de sus padres o de ambos sea arbitraria. Por consiguiente, el campo de aplicación del Pacto es bastante amplio como para que los Estados Partes lleven a efecto su política de inmigración o exijan la salida de personas que se encuentren en su territorio legalmente. Ahora bien, estas facultades discrecionales no son ilimitadas y en determinadas circunstancias podrían llegar a utilizarse arbitrariamente. En el presente caso, los dos autores de la comunicación llevan más de 14 años en Australia. Su hijo ha vivido en Australia desde que nació hace 13 años, asistido a la escuela en Australia como cualquier otro niño y establecido los contactos sociales consiguientes. Habida cuenta de ese lapso de tiempo, para evitar la caracterización de arbitrariedad incumbe al Estado Parte demostrar factores que justificarían la expulsión de estas dos personas más allá de la simple aplicación de las leyes de inmigración. En las circunstancias particulares del caso, por tanto, el Comité considera que si el Estado Parte efectivamente expulsa a los autores de la comunicación, estaría cometiendo una injerencia arbitraria en la familia, a diferencia de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 17 del Pacto, leído conjuntamente con el artículo 23, con respecto a todas las presuntas víctimas, además de una violación del párrafo 1 del artículo 24 en el caso de Barry Winata por no adoptar las medidas de protección correspondientes en su caso.

8. El Comité de Derechos Humanos, actuando a tenor del párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, entiende que la expulsión de los autores por el Estado Parte supondría una violación del artículo 17, del párrafo 1 del artículo 23 y del párrafo 1 del artículo 24 del Pacto.

9. En conformidad con el apartado a) del párrafo 3 del artículo 2 del Pacto, el Estado Parte tiene el deber de proporcionar a los autores de la comunicación un recurso efectivo, comprensivo de la posibilidad de que no sean expulsados de Australia sin tener la oportunidad de que se examine su solicitud de visado en calidad de padres de familia tomando en consideración la protección de Barry Winata por ser menor de edad. El Estado Parte está obligado a garantizar que no se vuelvan a producir en el futuro tales violaciones del Pacto en situaciones similares.

10. Teniendo en cuenta que el Estado Parte, al adquirir también la calidad de Parte en el Protocolo Facultativo, ha reconocido la competencia del Comité para determinar si se ha producido o no una

violación del Pacto y que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 2 del Pacto, el Estado Parte se ha comprometido a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción el derecho en él reconocido a disponer de vías de recurso efectivas y jurídicamente exigibles si se prueba que ha habido violación de sus disposiciones, el Comité desea que el Estado Parte le comunique, en un plazo de 90 días, las medidas que haya adoptado para llevar a efecto el presente dictamen.

\* Los siguientes miembros del Comité participaron en el examen de la presente comunicación: Sr. Abdelfattah Amor, Sr. Nisuke Ando, Sr. Prafullachandra Natwarlal Bhagwati, Sra. Christine Chanet, Sr. Maurice Glèlè Ahanhanzo, Sr. Louis Henkin, Sr. Ahmed Tawfik Khalil, Sr. Eckart Klein, Sr. David Kretzmer, Sr. Rajsoomer Lallah, Sr. Rafael Rivas Posada, Sr. Nigel Rodley, Sr. Martin Scheinin, Sr. Hipólito Solari Yrigoyen, Sr. Patrick Vella y Sr. Maxweel Yalden.

\*\* De conformidad con el artículo 85 del reglamento del Comité, el Sr. Ivan Shearer no participó en el examen del caso.

\*\*\* Se anexa al presente documento el texto del voto particular discrepante de los miembros del Comité Prafullachandra Natwarlal Bhagwati, Ahmed Tawfik Khalil, David Kretzmer y Max Yalden.

Aprobado en español, francés e inglés, siendo la inglesa la versión original. Posteriormente se publicará también en árabe, chino y ruso como parte del informe anual del Comité a la Asamblea General.

### Anexo

#### Voto particular de los miembros del Comité Prafullachandra Natwarlal Bhagwati, Tawfik Khalil, David Kretzmer y Max Yalden (discrepante)

1. La cuestión de que se trata en esta comunicación no es si el caso de los autores y de su hijo suscita benevolencia, ni si los miembros del Comité considerarían que el Estado Parte tendría un gesto generoso si les permitiera quedarse en su territorio. Se trata únicamente de si el Estado Parte está legalmente vinculado por los términos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos a abstenerse de pedir a los autores que abandonen Australia. No podemos compartir la opinión del Comité de que la respuesta a esta pregunta debería ser afirmativa.
2. El Comité basa su dictamen en tres artículos del Pacto. El párrafo 1 del artículo 17, y en los artículos 23 y 24. Los autores no han proporcionado ninguna información sobre las medidas de protección que el Estado Parte habría de adoptar para cumplir sus obligaciones en virtud del último artículo. Muchas familias del mundo se trasladan de un país a otro, incluso aunque sus niños se encuentren en edad escolar, y se integran felizmente en la escuela. ¿Tienen los Estados Partes que adoptar medidas para proteger a los niños contra esa acción de sus padres? Consideramos que un juicio de valor vago como que un niño podría estar mejor si se evitara alguna acción no ofrece suficientes razones para justificar la alegación de que un Estado Parte no ha proporcionado a ese niño las medidas necesarias de protección requeridas en virtud del artículo 24. Por lo tanto, sostenemos que los autores no han fundamentado, a los fines de admisibilidad, su alegación de violación del artículo 24, por lo que esta parte de la comunicación debería haberse declarado inadmisibile en virtud del artículo 2 del Protocolo Facultativo.
3. Con respecto a la alegación de violación del artículo 17, abrigamos serias dudas en cuanto a que la decisión del Estado Parte de pedir a los autores que abandonen su territorio entraña injerencia en su familia. Este no es el caso en que la decisión del Estado Parte entraña la inevitable separación entre miembros de la familia, lo que puede considerarse ciertamente como injerencia

en la familia<sup>22</sup>. El Comité se refiere más bien a "trastornos importantes en la vida que la familia se ha forjado". Si bien ese término no figura en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>22</sup>, el Comité no examina si se trata de un concepto apropiado en el contexto del artículo 17 del Pacto, que se refiere a la injerencia en la familia, más bien que al respeto de la vida familiar mencionado en el artículo 8 de la Convención Europea. No es evidente, ni mucho menos, que las acciones de un Estado Parte que supongan cambios en la vida que la familia se ha forjado entrañen interferencia en la familia, cuando no hay ningún obstáculo a que se mantenga la unidad familiar. Sin embargo, no vemos necesidad de emitir una opinión definitiva sobre la cuestión del caso que nos ocupa, pues incluso si existiera injerencia en la familia de los autores, a nuestro juicio no hay base para sostener que la decisión del Estado Parte sea arbitraria.

4. El Comité no fundamenta ni razona su declaración de que, con el fin de evitar que su decisión se considere arbitraria, el Estado Parte está obligado a proporcionar factores adicionales, además de la simple aplicación de sus leyes de inmigración. Puede haber, en efecto, casos excepcionales en que la injerencia en la familia sea tan fuerte que pedir a un miembro de ella que está ilegalmente en su territorio que lo abandone no guardaría proporción con los intereses del Estado Parte en mantener el respeto de sus leyes de inmigración. En tales casos, tal vez se pudiera caracterizar de arbitraria una decisión que se exige al miembro de la familia que abandone el territorio. Sin embargo, no podemos aceptar que el mero hecho de que las personas que se encuentran ilegalmente en el territorio del Estado Parte hayan establecido una vida familiar requiere que "para evitar la caracterización de arbitrariedad incumbe al Estado Parte demostrar factores que justificarían la expulsión de estas dos personas más allá de la simple aplicación de las leyes de inmigración". Las consecuencias de esta interpretación, adoptada por el Comité, son que si las personas que se encuentran ilegalmente en el territorio de un Estado Parte crean una familia y logran eludir la detección durante un período suficientemente largo, adquirirían en efecto el derecho a permanecer en él. A nuestro entender, tal interpretación ignora las normas vigentes del derecho internacional, que permiten a los Estados reglamentar la entrada y la residencia de extranjeros en su territorio.
5. Como ya se ha dicho, la decisión del Estado Parte no impone en modo alguno la separación entre miembros de la familia. Si bien puede ser efectivamente cierto que el hijo de los autores tendría dificultades de adaptación si los autores volvieran con él a Indonesia, esas dificultades no son de tal naturaleza que la decisión del Estado Parte de pedir a los autores que abandonen su territorio resulte desproporcionada con su interés legítimo de aplicar sus leyes de inmigración. Tal decisión no se puede considerar arbitraria, por lo que no podemos coincidir con el dictamen del Comité de que el Estado Parte ha violado los derechos de los autores y de su hijo en virtud de los artículos 17 y 23 del Pacto.
6. Antes de concluir este voto, debemos agregar que, además de privar a los términos "injerencia en la vida de la familia" y "arbitraria", utilizados en el artículo 17, de todo significado claro, creemos que el planteamiento por el Comité de tales términos tiene consecuencias poco afortunadas. En primer lugar, penaliza a los Estados Partes que no se han ocupado activamente de los inmigrantes ilegales para obligarles a abandonar el territorio, sino que prefieren transmitir a los propios visitantes la responsabilidad de cumplir sus leyes y las condiciones de sus permisos de entrada. También penaliza a los Estados Partes que no exigen a todas las personas que no lleven consigo documentos de identificación y prueben su condición cada vez que tienen contacto con una autoridad estatal, puesto que para los visitantes con visados de duración limitada es bastante fácil permanecer indetectados en el territorio de esos Estados Partes durante largos períodos. En segundo lugar, el planteamiento del Comité puede dar una ventaja injusta a las personas que no cumplen los requisitos de inmigración de un Estado Parte y prefieren permanecer en su territorio

ilegalmente en lugar de seguir el procedimiento que ofrecen a los posibles inmigrantes las leyes del Estado Parte. Esa ventaja puede resultar especialmente problemática cuando el Estado Parte adopta una política de inmigración limitada, basada en determinado número de inmigrantes en un año dado, pues permite a los posibles inmigrantes "saltarse la cola" permaneciendo ilegalmente en el territorio del Estado Parte.

(Firmado):	Prafullachandra Natwarlal Bhagwati
(Firmado):	Ahmed Tawfik Khalil
(Firmado):	David Kretzmer
(Firmado):	Max Yalden

[Hecho en español, francés e inglés, siendo la inglesa la versión original. Posteriormente se publicará también en árabe, chino y ruso como parte del informe anual del Comité a la Asamblea General.]

### **Notas**

1. En la cronología del Estado Parte la fecha de este acontecimiento es el 20 de octubre de 1998.
2. Los autores no han impugnado la alegación de que podrían recuperar sin dificultad la ciudadanía indonesia.
3. En la cronología del Estado Parte la fecha de este acontecimiento es el 20 de octubre de 1998.
4. Con arreglo al artículo 417 de la Ley de migración, el Ministro puede sustituir la resolución del Tribunal de Revisión de Asilo y Refugio por una resolución más favorable si estima que ello redundaría en beneficio del interés general.
5. En el informe, que se conserva en el archivo de la Secretaría, se afirma en relación con la vida de esa familia en Australia que i) Barry está siendo criado y educado normalmente, tiene "varios amigos bastante íntimos" y entiende (pero al parecer no habla) el indonesio; y que ii) la familia es fuerte y está unida según es tradición en la cultura china, pero también es abierta y mantiene amistad con personas de otras culturas a través del trabajo, la iglesia y otras actividades sociales. El informe también se refiere a cuestiones de refugiados relacionadas con el historial de la familia que no se examinan en la presente comunicación.
6. Los autores fueron informados oficialmente de la decisión del Ministro el 17 de mayo de 2000, después de la fecha de remisión de la comunicación al Comité, el 11 de mayo de 2000.
7. Comunicación N° 26/1978, declarada inadmisibles el 28 de julio de 1978.
8. Bossuyt, Guide to the "Travaux Préparatoires" of the International Covenant on Civil and Political Rights, 1987, pág. 347.
9. El Estado Parte se refiere a la decisión dictada por la Comisión Europea de Derechos Humanos en el asunto La familia X c. el Reino Unido (Decisions and Reports of the European Commission of Human Rights 30 (1983)), en la que se determinó que el hecho de que la expulsión impidiera al hijo proseguir su educación en el Reino Unido no constituía una injerencia en el derecho al respeto de la vida familiar.

10. El período de diez años no comprende el tiempo que se ha permitido a los autores permanecer en Australia mientras intentaban legalizar su situación.
11. Stewart c. el Canadá (comunicación N° 538/1993) y Canepa c. el Canadá (comunicación N° 558/1993).
12. (1996) 22 EHRR 228.
13. Sentencia de 20 de marzo de 1991 (caso 46/1990/237/307).
14. Sentencia de 27 de enero de 1997.
15. (1988) 11 EHRR 322.
16. El Estado Parte señala que en ese caso, a diferencia de las circunstancias actuales, la medida propuesta separaría a los progenitores en dos países distintos.
17. Ahmut c. los Países Bajos (demanda N° 21702/93, sentencia de 28 de noviembre de 1996).
18. Nowak, UN Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary, NP Engel, 1993, pág. 460.
19. La solicitud de refugio, según refiere el Estado Parte, indica que el Sr. Winata nunca fue detenido, encarcelado, interrogado ni maltratado en Indonesia, y que sus bienes nunca sufrieron daños.
20. Véase el tercer informe periódico presentado por el Estado Parte con arreglo al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, párrs. 323 a 332 y 1193.
21. El Estado Parte se refiere a la calificación de Barry como un "muchacho australiano [...] de origen chino y de formación multicultural" en el informe psiquiátrico.
22. Los autores presentan a tal efecto copia de un comunicado de prensa del Ministro de Inmigración y Asuntos Multiculturales de fecha 11 de octubre de 2000.