



Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Distr. general
7 de mayo de 2015
Español
Original: inglés

Comité de Derechos Humanos

Comunicación N° 1875/2009

Dictamen aprobado por el Comité en su 113^{er} período de sesiones (16 de marzo a 2 de abril de 2015)

<i>Presentada por:</i>	M. G. C.
<i>Presunta víctima:</i>	El autor
<i>Estado parte:</i>	Australia
<i>Fecha de la comunicación:</i>	7 de abril de 2009 (presentación inicial)
<i>Referencias:</i>	Decisión del Relator Especial con arreglo a los artículos 92 y 97 del reglamento, transmitida al Estado parte el 4 de mayo de 2009 (no se publicó como documento)
<i>Fecha de aprobación del dictamen:</i>	26 de marzo de 2015
<i>Asunto:</i>	Expulsión a los Estados Unidos de América
<i>Cuestiones de procedimiento:</i>	Fundamentación insuficiente; no agotamiento de los recursos internos
<i>Cuestiones de fondo:</i>	Detención arbitraria; expulsión de extranjeros que se encuentran legalmente en el territorio; igualdad de medios y juicio con las debidas garantías procesales; injerencia arbitraria en la vida familiar; interés superior del niño
<i>Artículos del Pacto:</i>	9, párr. 1; 13; 14; 17; 18, párr. 4; 23, párrs. 1 y 4, y 24, párr. 1
<i>Artículos del Protocolo Facultativo:</i>	1; 2; 3 y 5, párr. 2 b)



Anexo

Dictamen del Comité de Derechos Humanos a tenor del artículo 5, párrafo 4, del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (113^{er} período de sesiones)

respecto de la

Comunicación N° 1875/2009*

Presentada por: M. G. C.

Presunta víctima: El autor

Estado parte: Australia

Fecha de la comunicación: 7 de abril de 2009 (presentación inicial)

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

Reunido el 26 de marzo de 2015,

Habiendo concluido el examen de la comunicación N° 1875/2009, presentada al Comité de Derechos Humanos por M. G. C. en virtud del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,

Habiendo tenido en cuenta toda la información que le han presentado por escrito el autor de la comunicación y el Estado parte,

Aprueba el siguiente:

Dictamen a tenor del artículo 5, párrafo 4, del Protocolo Facultativo

1.1 El autor de la comunicación es M. G. C., nacional de los Estados Unidos nacido el 1 de julio de 1970. Afirma que se vulnerarían los derechos que le asisten en virtud de los artículos 18, párrafo 4; 23, párrafos 1 y 4, y 24, párrafo 1, del Pacto si fuera expulsado a los Estados Unidos de América¹. El autor no está representado por un abogado.

1.2 El 4 de mayo de 2009, el Relator Especial sobre nuevas comunicaciones y medidas provisionales, actuando en nombre del Comité, decidió no solicitar al Estado parte que se abstuviera de expulsar al autor a los Estados Unidos. El autor fue expulsado de Australia el 8 de mayo de 2009.

* Participaron en el examen de la comunicación los siguientes miembros del Comité : Yadh Ben Achour, Lazhari Bouzid, Sarah Cleveland, Olivier de Frouville, Yuji Iwasawa, Ivana Jelić, Duncan Muhumuza Laki, Photini Pazartzis, Mauro Politi, Sir Nigel Rodley, Víctor Manuel Rodríguez Rescia, Fabián Omar Salvioli, Dheerujlall Seetulsingh, Anja Seibert-Fohr, Yuval Shany, Konstantine Vardzelashvili y Margo Waterval.

¹ En sus comentarios de fecha 23 de marzo de 2011, el autor formuló alegaciones adicionales en relación con los artículos 9, 13, 14 y 17 del Pacto.

Antecedentes de hecho²

2.1 El autor llegó a Australia en junio de 1994 con un visado de turista (estancia de corta duración) y contrajo matrimonio con una ciudadana australiana en 1999. Obtuvo un visado de cónyuge por su matrimonio. El autor se divorció de su esposa el 25 de agosto de 2004. El 20 de julio de 2005 tuvo un hijo de una relación con otra mujer, también de nacionalidad australiana, de la cual está actualmente separado. El 29 de mayo de 2006, el Tribunal Federal de Primera Instancia estableció un régimen de visitas consentidas en favor del autor para que este pudiera mantenerse en contacto con su hijo con el consentimiento de su expareja.

2.2 Entre 1998 y 2002 el autor cometió una serie de delitos. Solicitó de manera fraudulenta desgravaciones del impuesto sobre la renta y abrió y utilizó cuentas bancarias y tarjetas de crédito falsas. El 13 de noviembre de 2003 se declaró culpable y el Tribunal de Distrito de Queensland lo condenó a una pena de prisión por varios delitos de fraude y falsedad. Posteriormente el Tribunal Supremo de Queensland anuló algunas de sus condenas en apelación por un error en el auto de procesamiento. Tras cumplir parte de su condena, el autor fue puesto en libertad condicional en octubre de 2004.

2.3 El 1 de junio de 2005, un delegado del Ministro de Inmigración y Asuntos Multiculturales e Indígenas (Ministro de Inmigración) decidió que el autor no había cumplido los requisitos de integridad establecidos en el artículo 501 de la Ley de Migración y ejerció la facultad discrecional prevista en el párrafo 2 de ese artículo para cancelar su visado. Con arreglo al artículo 501, párrafo 6 a), una persona no reúne los requisitos de integridad si tiene antecedentes penales graves. Se considera que toda persona que haya sido condenada a una pena de prisión de 12 meses o más tiene antecedentes penales. El autor había sido condenado a penas de prisión más largas el 13 de noviembre de 2003. De resultas de la cancelación de su visado, el autor pasó a ser un extranjero en situación ilegal, por lo que el 20 de octubre de 2005 fue recluido en un centro de detención de inmigrantes, donde permaneció hasta la conclusión de todas las actuaciones pendientes.

2.4 El 28 de febrero de 2007, el Tribunal Administrativo de Apelación confirmó la decisión del delegado. Declaró que estaba obligado a aplicar la Directiva Ministerial N° 21 (Directiva N° 21 – Denegación y cancelación de visados en virtud del artículo 501) dictada de conformidad con el artículo 499 de la Ley. El Tribunal señaló que, con arreglo a la Directiva, los tres principales elementos que debían tenerse en cuenta para ejercer la facultad discrecional prevista en el artículo 501 de la Ley eran: la protección de la sociedad australiana, las expectativas de la sociedad australiana, y, en caso de relación parental u otro vínculo estrecho entre la persona en cuestión y un niño, el interés superior del niño.

2.5 En relación con el interés superior del niño, el Tribunal Administrativo de Apelación acordó que, en general, el interés superior del niño consistía en estar con sus padres. No obstante, al considerar el interés superior del hijo del autor, el Tribunal también dijo que el niño solo tenía unos 19 meses cuando se celebró la vista, que el autor llevaba separado de él desde su reclusión en el centro de detención de inmigrantes en octubre de 2005 y que, “si bien el autor habría preferido no haber estado tanto tiempo separado de su hijo por la fuerza”, no se había establecido ninguna relación entre el autor y su hijo. Las perspectivas de que el autor estableciera una relación estrecha con su hijo eran dudosas, dado su distanciamiento de la madre. Aunque la relación durante la vista no podía calificarse de hostil, era ciertamente

² Los antecedentes de hecho se han establecido sobre la base de la exposición del autor y los documentos judiciales, y se han completado con las fechas proporcionadas por el Estado parte en sus observaciones.

tensa. El riesgo de reincidencia del autor, de materializarse, sería perjudicial para la educación del niño. Teniendo esto en cuenta, el Tribunal llegó a la conclusión de que, por las razones expuestas y en el interés superior del niño, debía cancelarse el visado del autor.

2.6 El 20 de noviembre de 2007, el Tribunal Federal desestimó el recurso de apelación del autor, y otro recurso interpuesto ante la sala de apelación del Tribunal Federal fue desestimado el 5 de septiembre de 2008. En ambos recursos se dirimían tres cuestiones principales. En primer lugar, el autor sostuvo que el Tribunal Administrativo de Apelación se había equivocado al no tener en cuenta la decisión del Tribunal Federal de Primera Instancia autorizando al autor a mantener contactos con su hijo. El juez del Tribunal Federal que conoció de la primera apelación dictaminó que el Tribunal Administrativo de Apelación conocía la decisión del Tribunal Federal de Primera Instancia. Dado que la decisión solo preveía un contacto mínimo entre el autor y su hijo, el Tribunal Administrativo de Apelación podía llegar a la conclusión de que, en todo caso, era dudoso que se estableciera una relación estrecha entre ellos. El autor alegó también que la decisión del Tribunal Federal de Primera Instancia de establecer un régimen de visitas en favor del autor demostraba que ello redundaba en el interés superior del niño. El Tribunal Federal consideró que el Tribunal Administrativo de Apelación no estaba vinculado por el criterio del Tribunal Federal de Primera Instancia. Por razones similares a las del juez del Tribunal Federal que conoció de la primera apelación, la sala de apelación de este Tribunal sostuvo que el Tribunal Administrativo de Apelación no había incurrido en error al determinar el interés superior del hijo del autor.

2.7 En segundo lugar, el autor argumentó que el Tribunal Administrativo de Apelación había distorsionado la naturaleza de sus facultades discrecionales. Tanto el juez del Tribunal Federal que conoció de la primera apelación como la sala de apelación de este Tribunal rechazaron esa afirmación.

2.8 Por último, el juez del Tribunal Federal que conoció de la primera apelación y la sala de apelación de este Tribunal rechazaron la alegación de que el Tribunal Administrativo de Apelación no había tenido en cuenta importantes consideraciones, como las obligaciones que incumbían a Australia en virtud de determinados instrumentos internacionales, el sufrimiento que causaría al autor la pérdida del contacto con su hijo, y el hecho de no haber sido advertido de la posibilidad de perder su visado por la comisión de delitos graves. La sala de apelación del Tribunal Federal observó que no era procedente que el Tribunal Administrativo de Apelación examinara los efectos de los instrumentos internacionales. En la medida en que el sufrimiento del autor pudiera considerarse pertinente, no se habían presentado pruebas sustanciales al Tribunal Administrativo de Apelación que demostraran este sufrimiento. Además, aunque fuera pertinente, habría sido imposible advertir al autor de la posibilidad de que se cancelara su visado, puesto que fue declarado culpable de varios delitos en la misma fecha. El autor recurrió el fallo de la sala de apelación del Tribunal Federal en dos ocasiones sin éxito, y las actuaciones concluyeron el 27 de marzo de 2009³.

2.9 Paralelamente, el 19 de septiembre de 2008 el autor solicitó un visado de protección. El 8 de octubre de 2008 su solicitud fue rechazada porque el autor no respondía a la definición de refugiado. El 15 de octubre de 2008, el autor recurrió al Tribunal de Revisión de Asuntos de Refugiados, que el 23 de diciembre de 2008 confirmó la decisión del delegado de denegar el visado de protección al autor.

2.10 El 3 de abril de 2009, el autor envió una comunicación al Ministro de Inmigración solicitándole que ejerciera personalmente la facultad discrecional prevista

³ A raíz de una serie de actuaciones procesales posteriores en la sala de apelación del Tribunal, la orden de expulsión quedó en suspenso hasta el 23 de abril de 2009.

en el artículo 417 de la Ley de Migración, teniendo en cuenta al hacerlo la Convención sobre los Derechos del Niño. El 8 de abril de 2009, el Ministro de Inmigración se negó a considerar la posibilidad de ejercer la discrecionalidad que le confería el artículo 417 en el caso del autor.

La denuncia

3.1 En su comunicación inicial, el autor alega que se han vulnerado los artículos 18, párrafo 4; 23, párrafo 1; 23, párrafo 4, y 24, párrafo 1, del Pacto. En sus comentarios añade alegaciones en relación con los artículos 9, 13, 14 y 17 del Pacto (véanse los párrafos 5.1 a 7.12 y 9.4 *infra*). El autor afirma asimismo que se han infringido los artículos 9 y 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

3.2 Según la notificación de expulsión de Australia, que no lleva fecha, el autor no tiene derecho a obtener otro visado australiano porque el suyo fue cancelado en virtud del artículo 501 de la Ley de Migración (artículo 501, párr. 6 a) – Antecedentes penales graves, y artículo 501, párr. 6 c) i) y ii) – Requisitos de integridad). De conformidad con el anexo 5 —Criterios especiales de devolución— de la Ley de Migración, el derecho a obtener un visado queda afectado de forma permanente (prohibición permanente de volver a entrar en el país).

3.3 El autor afirma que no se le realizó ninguna evaluación psicológica para determinar su riesgo de reincidencia, o el riesgo que presentaba para la sociedad australiana. El autor tampoco contó con asistencia letrada en ningún momento de las distintas acciones legales que emprendió mientras se encontraba recluido en el centro de detención de inmigrantes.

3.4 El autor ha permanecido internado en un centro de detención de inmigrantes durante la mayor parte de la vida de su hijo. Afirma que, a pesar de estar recluido, trató de formar parte de la vida de este. El 29 de mayo de 2006, el Tribunal Federal de Primera Instancia estableció en su favor un régimen de visitas consentidas a su hijo, decisión de la que se infiere que, con arreglo a la Ley de Familia de Australia, estar en contacto con su padre redundaba en el interés superior del niño. Al tratarse de un régimen de visitas consentidas, la madre del niño no estaba obligada a asegurar el acceso del padre. Como el régimen de visitas inicial (que sigue en vigor) era limitado, el 7 de abril de 2009 el autor solicitó al Tribunal de Familia de Australia la custodia exclusiva de su hijo (en el momento en que se presentó esta comunicación la solicitud seguía pendiente y no tenía efecto suspensivo). Además, la reclusión del autor en un centro de detención de inmigrantes ha mermado su capacidad de lograr la custodia compartida. El autor afirma que, dada su difícil relación con la madre de su hijo, duda que esta haga lo necesario para que él pueda mantener el contacto con su hijo después de ser expulsado a los Estados Unidos. Señala además que lleva viviendo más de diez años en Australia y no mantiene ningún vínculo con los Estados Unidos, lo que haría especialmente difícil su regreso.

3.5 El autor afirma que su expulsión no tiene en cuenta la protección que la familia tiene derecho a recibir del Estado en virtud del Pacto, sus derechos como padre o la protección que su hijo necesita debido a la ruptura de su relación con su expareja.

Observaciones del Estado parte sobre la admisibilidad y el fondo

4.1 El 30 de septiembre de 2010, el Estado parte presentó sus observaciones sobre la admisibilidad y el fondo, destacando que el autor no había fundamentado sus afirmaciones porque no formuló ninguna alegación específica en relación con los artículos pertinentes, sino que indicó en términos generales que el ejercicio de los derechos que le confería el Pacto dependía únicamente de que se le permitiera

permanecer en Australia, y que su expulsión le impediría disfrutar los derechos que reclamaba.

4.2 El Estado parte se opone a las alegaciones formuladas por el autor en relación con el artículo 18 por ser inadmisibles, al entender que este no ha explicado cómo se ha vulnerado su derecho a que la educación religiosa y moral de su hijo esté de acuerdo con sus propias convicciones. Además, no hay pruebas de que su hijo esté recibiendo una educación contraria a las convicciones del autor.

4.3 Por otra parte, esas alegaciones carecen de fundamento. El autor no ha presentado ninguna prueba de que su hijo esté recibiendo una educación que incluya formación en una religión o creencia en particular, o que el Estado parte haya interferido en la educación religiosa y moral de su hijo. Nada indica que la madre del niño, como tutora legal, haya expresado inquietud por la educación religiosa y moral de este, ni tampoco que el sistema de educación pública del Estado parte en general sea contrario al artículo 18. El Estado parte añade que ningún elemento de dicho artículo indica que el autor deba hallarse en el mismo territorio que su hijo para ejercer el derecho en cuestión. La posibilidad de que el autor tenga un contacto limitado con su hijo debido a su expulsión de Australia no significa que el Estado parte esté vulnerando su derecho a velar por la educación religiosa y moral de su hijo.

4.4 En lo que respecta a las alegaciones del autor en relación con los artículos 17 y 23, párrafo 1, el Estado parte sostiene que este no las ha fundamentado. No ha demostrado que el Gobierno del Estado parte no tuviera en cuenta sus circunstancias familiares al tomar la decisión de cancelar su visado. De hecho, al tomar esta decisión el delegado del Ministro tuvo en cuenta concretamente las obligaciones que incumbían al Estado parte en virtud de los artículos 17 y 23. La cuestión también se tuvo explícitamente en cuenta en la decisión del Tribunal Administrativo de Apelación en la que se pasó revista a la decisión del delegado.

4.5 En cuanto a las denuncias del autor de presuntas vulneraciones de los derechos que asisten a su hijo en relación con su padre en virtud del artículo 24, párrafo 1, el Estado parte las considera inadmisibles porque no se cumple la condición del artículo 1 del Protocolo Facultativo respecto de la alegación de ser víctima. La presente comunicación se ha presentado solamente en nombre del autor, no de su hijo. Es el derecho del niño el que está protegido de conformidad con el artículo 1, y la víctima de una vulneración de ese derecho sería el hijo del autor, y no el autor. En cuanto al fondo, la expulsión del autor no ha privado de protección a su hijo, cuya madre sigue siendo su principal cuidadora. Además, no hay pruebas de que el ordenamiento del Estado parte no prevea las medidas necesarias para la protección de los menores. El Estado parte tuvo específicamente en cuenta el interés superior del niño cuando decidió expulsar al autor de Australia.

4.6 En lo referente al derecho del autor a solicitar la custodia de su hijo, esas alegaciones son inadmisibles por no haberse agotado los recursos internos. Nada impide al autor recurrir a los tribunales de familia de Australia para que adopten medidas relativas a la custodia de su hijo, aunque ahora se encuentre fuera del país. En caso de que ya existan medidas de ese tipo, el autor puede solicitar al tribunal su modificación en razón de un cambio significativo de circunstancias que justifique la revisión de las medidas finales. Cuando un progenitor viva en el extranjero y no pueda entrar en Australia, los tribunales determinarán si el interés superior del niño es que resida en el extranjero con ese progenitor o viaje al extranjero para pasar tiempo con él, según cuáles sean las solicitudes presentadas al tribunal en relación con las medidas relativas a la custodia de ese niño.

4.7 Si el Comité constatase que las alegaciones del autor en relación con el artículo 23, párrafo 1 son admisibles, el Estado parte sostiene que carecen de fundamento. El

autor no puede alegar que forma parte de una familia en el sentido de los artículos 17 y 23 por su relación con su hijo. Además de la consanguinidad y las formas legales de establecer relaciones (matrimonio y adopción), hay otros criterios esenciales que determinan la existencia de una familia⁴. En *Balaguer Santacana c. España*, el Comité indicó los requisitos mínimos para la existencia de una familia, como “la vida en común, lazos económicos y una relación regular e intensa”⁵. Las pruebas a la disposición de los tribunales australianos demuestran que los contactos entre el autor y su hijo han sido mínimos. Si bien está demostrado que el autor visitó a su hijo en el domicilio de su expareja los días 13, 20 y 28 de agosto de 2005, y posteriormente en el centro de visitas de Building Bridges en Lutwyche, el Tribunal Administrativo de Apelación no tiene pruebas de que se hayan producido visitas posteriores. La expareja del autor presentó pruebas a este Tribunal de que el autor había incumplido el acuerdo económico que habían alcanzado. El propio autor admite que, debido al tiempo que estuvo recluido en el centro de detención de inmigrantes, no pudo forjar una estrecha relación con su hijo, apenas contribuyó a su manutención y pasó casi cuatro años sin verlo. El Tribunal Administrativo de Apelación consideró que no podía afirmarse en modo alguno, que el autor y su hijo constituían una familia, salvo en un sentido puramente biológico.

4.8 Aunque puede haber sido difícil para el autor establecer esa relación con su hijo mientras estuvo recluido en el centro de detención de inmigrantes, su reclusión se debió a que, de resultas de la cancelación de su visado, dejó de tener una justificación legal para permanecer en Australia. Además, el Tribunal Administrativo de Apelación dispuso de pruebas de que el autor sabía que su visado podría ser cancelado en virtud del artículo 501 de la Ley de Migración antes de que su hijo fuera concebido. Cualesquiera que fueran las circunstancias de la reclusión del autor después del nacimiento de su hijo, estas eran previsibles para el autor, y el que su hijo sea ciudadano australiano no le da derecho a reclamar la “protección de la familia” en virtud del Pacto para evitar su expulsión.

4.9 Si el Comité no acepta la afirmación del Estado parte de que el autor no constituye una familia con su hijo en el sentido de los artículos 17 y 23, el Estado parte sostiene que el Tribunal Administrativo de Apelación tuvo en cuenta tanto el derecho del autor a la familia como el interés superior del niño, y que cualquier injerencia no fue arbitraria y fue conforme a la legislación australiana. El Estado parte tiene derecho a expulsar a extranjeros por motivos de interés público y, en el caso del autor, sus derechos familiares se sopesaron frente al interés legítimo del Estado parte en controlar la inmigración. El autor fue expulsado de Australia por ser un extranjero en situación ilegal y carecer de justificación legal para permanecer en el país. Por lo tanto, podía ser expulsado en virtud del artículo 198 de la Ley de Migración. El autor pasó a estar en situación ilegal cuando se canceló su visado de cónyuge por no cumplir los requisitos de integridad previstos en el artículo 501 de esta Ley. El autor cometió efectivamente una serie de delitos entre 1998 y 2002; aunque varias condenas por delitos de los que el autor se había declarado culpable fueron recurridas por razones técnicas, los otros seis delitos por los que fue condenado fueron sancionados con sendas penas de un año y medio de prisión.

4.10 Al decidir si ejercía la facultad discrecional prevista en el artículo 501, párrafo 2, de la Ley de Migración, tanto el delegado del Ministro como el Tribunal Administrativo de Apelación aplicaron la Directiva Ministerial N° 21 teniendo en cuenta tres consideraciones principales, a saber: a) la protección de la sociedad

⁴ El Estado parte hace referencia a Manfred Nowak, *U. N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary* (segunda edición revisada, 2005), 433 [50].

⁵ Véase la comunicación N° 417/1990, *Balaguer Santacana c. España*, dictamen aprobado el 15 de julio de 1994, párr. 10.2.

australiana y sus miembros; b) las expectativas de la sociedad australiana; y c) en caso de relación parental u otro vínculo estrecho entre la persona en cuestión y un niño, el interés superior del niño. La Directiva establecía los siguientes factores para la evaluación: a) la gravedad y naturaleza de la conducta; b) la probabilidad de reincidencia; y c) si la denegación o cancelación del visado podían impedir o desalentar conductas similares.

4.11 Contrariamente a lo que afirma el autor, el Tribunal Administrativo de Apelación analizó las alegaciones del autor sobre su rehabilitación respecto del consumo de drogas y el riesgo de reincidencia. Sobre la base de las pruebas a su disposición, el Tribunal concluyó que los elementos presentados por el autor en relación con su toxicomanía eran algo incoherentes y, por tanto, este no hubiese demostrado que había superado su adicción y no presentase ningún riesgo de volver a delinquir.

4.12 A diferencia de lo que afirma el autor, el Tribunal Administrativo de Apelación tomó en consideración la protección de la familia y el interés superior del niño. El Tribunal tuvo en cuenta que el hijo del autor solo tenía 19 meses cuando se adoptó la decisión, que el autor llevaba separado de su hijo desde que este tenía menos de 4 meses, que no existía ninguna relación establecida entre el autor y su hijo, y que las perspectivas de establecer esa relación en el futuro eran dudosas. El Tribunal estimó que, de materializarse, el considerable riesgo de reincidencia sería perjudicial para la educación del niño. Si bien reconoció el deseo del autor de permanecer en Australia para forjar una relación parental con su hijo, consideró que cancelar el visado del autor redundaba en el interés superior del niño. Esa decisión fue confirmada por dos decisiones posteriores del Tribunal Federal.

4.13 El Tribunal Administrativo de Apelación examinó en particular la afirmación del autor de que, al establecer en su favor un régimen de visitas a su hijo, el Tribunal Federal de Primera Instancia indicaba que se atendería el interés superior del niño si se le permitía tener contactos con su padre. Sin embargo, el Tribunal Administrativo de Apelación consideró que no estaba vinculado por el criterio del Tribunal Federal de Primera Instancia y que podía formarse su propio criterio respecto del interés superior del niño. El Tribunal Administrativo de Apelación y el delegado del Ministro tuvieron en cuenta los derechos que asistían al autor en virtud de los artículos 17 y 23 del Pacto, y concluyeron que ningún familiar directo en Australia, aparte de su hijo, sufriría si el autor fuera expulsado del país. Las cuestiones relacionadas con el hijo del autor se estudiaron por separado en el marco de un examen de su interés superior.

4.14 El Comité ha sostenido en otras ocasiones que la separación de una persona de su familia podría considerarse una injerencia arbitraria “si en las circunstancias del caso la separación del autor de su familia y sus efectos sobre él fueran desproporcionados con respecto a los objetivos de su deportación”⁶. Dado el carácter limitado de la relación entre el autor y su hijo, y el interés legítimo del Estado parte en proteger a la sociedad australiana del riesgo de que el autor volviera a delinquir, la separación de su hijo no fue desproporcionada con respecto a los objetivos de la cancelación de su visado. En la causa *Canepa c. el Canadá*, el Comité aceptó que, en los casos en que una persona fuera expulsada para proteger la seguridad pública contra nuevas actividades delictivas y no existiera dependencia económica en los vínculos familiares del autor, no había circunstancias particulares del autor o de su familia que indujeran al Comité a llegar a la conclusión de que su expulsión fue una injerencia arbitraria en su familia. Además, el Comité ha considerado que, el hecho de que un niño haya nacido o que en virtud de la ley adquiriera la ciudadanía por nacimiento o

⁶ Véase la comunicación N° 558/1993, *Canepa c. el Canadá*, dictamen aprobado el 3 de abril de 1997, párr. 11.4.

posteriormente, no basta para hacer arbitraria la expulsión de que iba a ser objeto uno de sus padres, o de los dos⁷.

4.15 El autor afirmó que no contó con asistencia letrada en ningún momento de las distintas actuaciones legales emprendidas mientras se encontraba recluido en el centro de detención de inmigrantes. El Estado parte reconoce que el autor no tuvo asistencia letrada cuando compareció ante el Tribunal Administrativo de Apelación. Sin embargo, estuvo representado en los dos procedimientos de apelación ante el Tribunal Federal, así como en su petición al Ministro para que ejerciera la facultad discrecional prevista en el artículo 417 de la Ley de Migración. Había varias formas en las que el autor podía haber solicitado asistencia en las actuaciones ante el Tribunal Administrativo de Apelación. No existe el derecho a la asistencia letrada para los asuntos de inmigración, salvo en los casos en que una persona impugne la legalidad de su reclusión en un centro de detención de inmigrantes. No obstante, las personas recluidas en esos centros pueden recibir asistencia sobre solicitudes y asesoramiento en cuestiones de migración a través de los programas de asesoramiento en materia de inmigración establecidos en cooperación con organizaciones de asistencia jurídica. Un asesor legal acude una vez a la semana o cada dos semanas a la secretaria del Tribunal Administrativo de Apelación para asesorar y prestar asistencia de carácter básico a las personas que se representan a sí mismas. El Tribunal también remite a esas personas a centros comunitarios de asistencia jurídica y a otros proveedores de servicios que pueden proporcionar asesoramiento o representación. No hay pruebas de que, de haberlo querido, el autor no hubiera podido tener un representante de su elección.

4.16 El Estado parte observa que el autor afirma que, al expulsarlo de Australia, el Estado parte no tuvo en cuenta sus derechos como padre ni la protección que su hijo necesitaba debido a la ruptura de su relación con su expareja. El Estado parte considera que esa alegación es inadmisibles por no estar motivada. Si el Comité entendiese que la alegación del autor es admisible, el Estado parte considera que carece de fundamento. El derecho de familia de Australia se basa en el principio de igualdad de responsabilidad parental. El artículo 61DA de la Ley del Derecho de Familia de 1975 (Commonwealth) establece que, al pronunciarse sobre la custodia de un niño, el tribunal ha de basarse en la presunción de que su interés superior exige que sus padres compartan la responsabilidad parental. Esta presunción puede rebatirse con pruebas que demuestren al tribunal que no redundaría en el interés superior del niño que se comparta esa responsabilidad. El Estado parte considera que las evaluaciones de los tribunales a ese respecto se han ajustado a la ley.

4.17 El Estado parte considera que las alegaciones formuladas por el autor en relación con la Convención sobre los Derechos del Niño son inadmisibles *ratione materiae*, puesto que el Comité solo es competente para examinar denuncias de vulneraciones de los derechos protegidos en el Pacto.

Comentarios del autor sobre las observaciones del Estado parte

5.1 El 23 de marzo de 2011, el autor señaló que consideraba también que el Estado parte había vulnerado los derechos que le asistían en virtud del artículo 9 del Pacto, ya que su reclusión en el centro de detención de inmigrantes fue arbitraria. En carta de fecha 20 de octubre de 2005, que fue el primer día de su reclusión en el centro, se informó al autor de que, al parecer, sus “circunstancias” se habían “examinado” antes de que se decidiera enviarlo al Centro de Detención de Baxter, una instalación de alta seguridad⁸. El autor nunca fue informado de la naturaleza de esas “circunstancias”. La

⁷ Véase la comunicación N° 930/2000, *Winata y Li c. Australia*, dictamen aprobado el 26 de julio de 2001, párr. 7.3.

⁸ El Centro de Detención de Baxter se cerró en 2007. El autor fue trasladado entonces al Centro de Detención de Villawood, donde permaneció recluido hasta su expulsión.

Ley de Migración prescribe la reclusión de los extranjeros en situación ilegal, pero no en centros cerrados o de seguridad.

5.2 El autor también cuestiona la duración de su reclusión, que, a su juicio, no era necesaria para proteger a la sociedad australiana. El Comité consideró anteriormente que el concepto de “arbitrariedad” no debe equipararse con el de “contrario a la ley”, sino que debe interpretarse de manera más amplia para incluir elementos de incorrección, injusticia e imprevisibilidad⁹.

5.3 El autor señala que el Gobierno tenía conocimiento de su condena y de las circunstancias que la rodearon. En junio de 2004, el autor fue puesto en libertad después de que la Junta de Libertad Vigilada de Queensland estudiara sus circunstancias y determinara que era apto para reintegrarse en la sociedad australiana. Si el Gobierno de Australia hubiera estado preocupado por que pudiera representar un riesgo para la sociedad, habida cuenta de sus antecedentes penales, habría tenido tiempo suficiente, entre su condena el 13 de noviembre de 2003 y la decisión de la Junta en junio de 2004, de cancelar su visado e impedir su reintegración en la sociedad. El autor se remite a la jurisprudencia del Comité según la cual, aunque la reclusión de inmigrantes con fines administrativos no es arbitraria en sí misma, la prolongación de la reclusión con esos fines puede ser arbitraria si se mantiene más allá del plazo que el Estado parte pueda justificar debidamente¹⁰. En su caso, el plazo para el cumplimiento de las penas a las que había sido condenado finalizaba en septiembre de 2005, un mes antes de su reclusión en el centro de detención de inmigrantes. En ese momento llevaba un año reintegrado en la comunidad, y se había presentado en la oficina de libertad condicional regularmente y sin incidentes.

5.4 El Estado parte no ha demostrado que con otras medidas menos restrictivas no se pudiera haber logrado el mismo fin, es decir, que el autor se presentara para ser expulsado, si llegara el momento. Por ejemplo, la obligación de presentarse periódicamente o la implantación de un brazalete de vigilancia por radio habrían permitido vigilar sus movimientos en la comunidad, cosa que ya había podido demostrar durante su libertad condicional. En aquel momento tenía un hijo al que quería ver regularmente.

5.5 El autor sostiene que su reclusión durante tres años y medio es irrazonable e injusta en todas las circunstancias, habida cuenta de que pasó dos años y medio en prisión por lo que podían considerarse cuestiones más graves. No había en Australia ninguna instancia que le hubiera permitido examinar el motivo de su reclusión más allá de la cuestión de si respondía o no a la descripción de “extranjero en situación ilegal”. Las afirmaciones del Estado parte sobre su presunta presentación de alegaciones falsas y engañosas en 2004 se remontaban a más de cinco años atrás en el momento de su expulsión en mayo de 2009, y el Gobierno de Australia se basó en esos factores para impedir que lo pusieran en libertad o le concedieran un visado. Aparte de estas consideraciones, el autor estima que las decisiones de cancelar su visado no fueron conformes a la ley, por lo que su reclusión y expulsión fueron ilegales.

5.6 El Estado parte no facilitó pruebas de que se hubiera examinado su reclusión o de que, si se hizo, dicho examen se ajustara a las normas de la justicia natural. El Gobierno de Australia no rebatió ese argumento. La falta de acceso de los internos a una revisión judicial ha sido objeto de múltiples debates y críticas¹¹.

⁹ Véase la comunicación N° 305/1988, *Van Alphen c. los Países Bajos*, dictamen aprobado el 23 de julio de 1990, párr. 5.8.

¹⁰ Véase la comunicación N° 1050/2002, *D. y E. c. Australia*, dictamen aprobado el 11 de julio de 2006, párr. 7.2.

¹¹ Véase Background Paper: Immigration Detention and Visa Cancellation under Section 501 of the Migration Act (enero de 2009).

5.7 La disposición en virtud de la cual se procedió a la expulsión del autor, que es el artículo 198, párrafo 6, de la Ley de Migración, prescribe la expulsión de toda persona cuya solicitud de visado haya sido rechazada de manera definitiva. El autor fue recluido en un centro de detención de inmigrantes tras la cancelación de su visado en virtud del artículo 501 de esta Ley, y no como resultado de la denegación de su solicitud de visado. Tuvo un visado válido hasta su cancelación, y sus actuaciones ante el Tribunal Administrativo de Apelación y los Tribunales Federales hasta septiembre de 2008 tuvieron como único propósito anular esa cancelación, no solicitar un visado. En el mejor de los casos, no podía haberse ordenado su expulsión en virtud de la disposición mencionada hasta septiembre de 2008, por lo que toda reclusión anterior a ese período es arbitraria y carece de justificación legítima con arreglo a la Ley de Migración de 1958. Ninguna disposición de esta Ley tiene por objeto facultar al Gobierno de Australia para recluir a una persona a los efectos de su expulsión de Australia, entre otras cosas, si esa persona fue internada debido a la cancelación de su visado en virtud del artículo 501. El autor considera que se debe dar a las palabras su sentido corriente. Por tanto, afirma que su reclusión fue irrazonable, innecesaria, desproporcionada, inapropiada, injustificada y arbitraria de conformidad con el artículo 9, párrafo 1, del Pacto.

5.8 El autor sostiene además que su expulsión no fue conforme a la ley, contrariamente a lo dispuesto en el artículo 13 del Pacto. Afirma que el Gobierno de Australia infringió las normas de la justicia natural y/o la equidad procesal cuando tomó sus decisiones (ya sea la decisión inicial del delegado o la del Tribunal Administrativo de Apelación). Durante las actuaciones, la expareja del autor fue llamada a declarar como testigo y afirmó que el autor la había sometido a violencias domésticas. El autor alega que no vio las pruebas presentadas por su expareja y que se procedió al turno de repreguntas sin que antes le mostraran las pruebas. Añade que durante las actuaciones le reprocharon cuestiones relativas a su relación con su expareja, siendo así que no sabía que esa conducta fuera constitutiva de delito con arreglo a la legislación australiana. Por todas esas razones, el autor considera que el Estado parte ha vulnerado los derechos que le confiere el artículo 13 del Pacto.

5.9 El autor afirma que los hechos mencionados también contravienen el artículo 14 por no haberse garantizado la igualdad de medios. El Estado parte ya tenía conocimiento de las acusaciones de la expareja del autor en abril de 2005, mucho antes de que se celebrara la vista ante el Tribunal Administrativo de Apelación. El autor no comprende por qué esa prueba no se presentó con suficiente antelación para que el autor pudiera oponerse a ella antes del turno de repreguntas. Debido a su prolongada reclusión arbitraria en un centro de detención de inmigrantes, no le fue posible demostrar que podía vivir en sociedad en Australia sin representar una amenaza para la comunidad. Esa reclusión también le privó de la posibilidad de mantener una relación con su hijo y, de ese modo, atender a su interés superior. El autor añade que, antes de pronunciar su decisión con respecto al autor, el Ministro de Inmigración declaró públicamente que “un gran número [de personas recluidas actualmente en centros de detención] representan un grave riesgo para la sociedad” y que “no tenía intención de ponerlas en libertad”. La formulación de esa declaración antes de que se tomara una decisión oficial sobre su caso vulneró el derecho a un juicio con las debidas garantías procesales, puesto que el Ministro ya había llegado a una decisión antes de examinar las pruebas.

5.10 En cuanto al término “familia” en el sentido del artículo 17, según la jurisprudencia del Comité los objetivos del Pacto exigen que se interprete en un sentido amplio que incluya a todas las personas que componen la familia, tal como se entienda esta en la sociedad del Estado parte de que se trate¹². Durante su reclusión, el

¹² Véase la observación general N° 16 (1988) relativa al derecho a la intimidad (artículo 17), párr. 5.

autor solicitó y obtuvo una orden del Tribunal de Familia por la que se establecía un régimen de visitas para ver a su hijo. La concesión de ese régimen demuestra que la máxima autoridad en materia de derecho de familia ha reconocido la existencia de una relación familiar entre él y su hijo. Por consiguiente, el autor y su hijo constituyen una familia a los efectos del artículo 17. Considera que su familia ha sido objeto de una injerencia ilegal porque la decisión de cancelar su visado y su posterior reclusión no fueron conformes a la ley, como explicó en su alegación respecto del artículo 13. Además, su reclusión en el centro de detención de inmigrantes fue lo único que le mantuvo separado de su hijo. El autor considera que si, pese a estar recluso, pudo beneficiarse de un régimen de visitas para ver a su hijo, habría podido mantener una relación aún más estrecha fuera de la cárcel. El distanciamiento entre el autor y su expareja no debía servir de pretexto para constatar la improbabilidad de cualquier otra relación del autor con su hijo.

5.11 La falta de contacto con su hijo debido a su reclusión en un centro de detención de inmigrantes no justifica la conclusión de que una familia no es tal. De lo contrario, muchos padres separados de sus hijos por razones ajenas a su voluntad serían vistos a través del mismo prisma. En sus observaciones, el Estado parte ha indicado numerosos medios al alcance del autor para ver a su hijo o tener algún contacto con él. No obstante, dado que la expareja del autor no se ha mostrado dispuesta a cooperar para resolver la cuestión en privado, y que el autor carece de medios económicos para interponer un recurso ante los tribunales, es poco probable que pudiera ejercer de manera efectiva las opciones sugeridas por el Estado parte, y aunque lo hubiera hecho, su expareja tendría pocos incentivos para cumplir los mandamientos judiciales. Además, el autor no debería tener que recurrir a las medidas indicadas por el Estado parte cuando los motivos mismos de su falta de contacto con su hijo fueron las decisiones contrarias a la ley adoptadas por el Estado parte.

5.12 El autor concluye que el Estado parte ha vulnerado los derechos que le asisten en virtud de los artículos 9, 13, 14 y 17 del Pacto. Propone un conjunto de medidas de reparación de las infracciones cometidas en este caso, que incluyan una indemnización y su regreso a Australia.

Observaciones adicionales del Estado parte

6.1 El 1 de noviembre de 2012, el Estado parte declaró infundadas las alegaciones del autor en relación con el artículo 9, ya que las facultades previstas en el artículo 198, párrafo 6, se ejercieron válidamente y la reclusión del autor en un centro de detención de inmigrantes antes de su expulsión no fue arbitraria.

6.2 Como se indica en la notificación de expulsión de Australia entregada al autor, el artículo 198, párrafo 6, tiene por objeto autorizar la expulsión de una persona internada en un centro de detención que haya pasado el control de inmigración y cuya solicitud de visado haya sido rechazada de manera definitiva. El autor presentó una solicitud válida de un visado de protección, que le fue denegada el 8 de octubre de 2008; esta decisión fue confirmada de manera definitiva por el Tribunal de Revisión de Asuntos de Refugiados el 23 de diciembre de 2008 antes de su expulsión de Australia el 8 de mayo de 2009. En consecuencia, el artículo 198, párrafo 6, se aplicó válidamente.

6.3 La reclusión del autor se ajustó a los procedimientos establecidos en la Ley y, por lo tanto, es legítima. El Estado parte observa que el Comité ha determinado que la reclusión de extranjeros sin visado válido no es arbitraria en sí misma, y afirma que es preciso tener en cuenta las consideraciones de políticas que informan las leyes de reclusión de inmigrantes de Australia, para demostrar que la ley no es arbitraria y no contraviene el artículo 9. La reclusión de extranjeros en situación ilegal al término de una condena penal puede ser necesaria para asegurar la presencia en Australia de las

personas que no tengan un visado válido cuando vayan a ser expulsadas, a menos que se determine la existencia de motivos para que permanezcan legalmente en el país. Este planteamiento es compatible con el principio fundamental de soberanía en derecho internacional, que incluye el derecho de un Estado a controlar la entrada de extranjeros en su territorio. Además, el autor estuvo recluido tres años, en el curso de los cuales presentó diversos recursos contra la decisión inicial del Tribunal Administrativo de Apelación en virtud de la cual se dictaminó que su visado se había cancelado válidamente.

6.4 El Estado parte se opone a la admisibilidad de las alegaciones formuladas por el autor en relación con el artículo 13 por no haberse agotado los recursos internos. Las diversas infracciones de los principios de la justicia natural que el autor denuncia podían haber sido objeto de un recurso ante el Tribunal Federal si el autor creía que el Tribunal Administrativo de Apelación había incurrido en un error de derecho, con arreglo al artículo 44 de la Ley del Tribunal Administrativo de Apelación de 1975. El autor no incluyó esta alegación en ninguno de sus recursos ante el Tribunal Federal, la sala de apelación del Tribunal Federal o el Tribunal Supremo de Australia. En cuanto al fondo, el artículo 198, párrafo 6, se aplicó válidamente por los motivos antes indicados. La cancelación del visado del autor se ajustó a las disposiciones pertinentes de la Ley y el autor tuvo la posibilidad de presentar argumentos en contra de su expulsión y de someter su caso a las autoridades competentes. El autor también afirma que no fue informado de que sus declaraciones falsas y engañosas al Ministro de Inmigración infringían la legislación penal de Australia y justificaban la cancelación de su visado. Sin embargo, el visado del autor fue cancelado en virtud del artículo 501 de la Ley, en razón de sus antecedentes penales graves. Por consiguiente, las alegaciones formuladas por el autor en relación con el artículo 13 también carecen de fundamento.

6.5 El Estado parte considera que las reclamaciones del autor en relación con el artículo 14 son inadmisibles *ratione materiae*, puesto que el artículo 13 es aplicable a todos los procedimientos que tengan por objeto la salida obligatoria de un extranjero, se describa esta en el derecho nacional como expulsión o de otra forma. Si la cuestión controvertida es la licitud de su entrada o permanencia, toda decisión a este respecto que desemboque en su expulsión o deportación debe adoptarse con arreglo a lo previsto en el artículo 13¹³. El Comité ha confirmado este enfoque en su jurisprudencia, según la cual esos casos están comprendidos en el ámbito del artículo 13 del Pacto, y no del artículo 14¹⁴. El Estado parte afirma asimismo que la alegación del autor en relación con el artículo 14 es inadmisibles por no haberse agotado los recursos internos, al igual que las alegaciones que formuló en relación con el artículo 13. Además, la declaración general del Ministro (véase el párrafo 5.9 *supra*) no pone de manifiesto parcialidad alguna en su examen de la cuestión de si una persona representa realmente un grave riesgo para la sociedad o no. El autor no ha aportado ningún elemento que permita establecer relación alguna entre la declaración del Ministro y el autor.

6.6 En cuanto al fondo, el Estado parte sostiene que la intervención ministerial tiene por objeto servir de “red de seguridad” en circunstancias excepcionales, y es discrecional. El autor tuvo numerosas oportunidades de ser oído con las debidas garantías procesales por el Tribunal Administrativo de Apelación, el Tribunal Federal y la sala de apelación del Tribunal Supremo de Australia. Por consiguiente, no se ha infringido el artículo 14.

¹³ Observación general N° 15 (1986) relativa a la situación de los extranjeros con arreglo al Pacto, párr. 9.

¹⁴ Véase, entre otras, la comunicación N° 1455/2006, *Kaur c. el Canadá*, decisión de inadmisibilidad de 30 de octubre de 2008, párr. 7.5.

6.7 Por lo que respecta al artículo 17, aparte de formular declaraciones generales sobre los padres separados de sus hijos, el autor no ha facilitado pruebas que indiquen si mantiene o mantendrá una estrecha relación con su hijo. La decisión de cancelar su visado y expulsarlo se tomó porque había cometido varios delitos. El Estado parte tenía un interés legítimo en la protección de la comunidad. El Tribunal Administrativo de Apelación examinó a fondo la relación del autor con su hijo, y este no aportó pruebas de que el examen fuera incompleto o incorrecto, ni planteó la cuestión en sus recursos ante el Tribunal Federal o el Tribunal Supremo de Australia. El Estado parte reitera que el autor podía haber adoptado una serie de medidas para estar en contacto con su hijo. En cuanto al fondo, el Estado parte reitera sus anteriores observaciones.

Observaciones adicionales de las partes

7.1 El 4 de noviembre de 2012 y el 21 de enero de 2013, el autor reiteró sus alegaciones y añadió que había sido víctima de una denegación de la justicia natural, ya que las autoridades nacionales determinaron la existencia de una conducta delictiva cuando no había sido acusado ni condenado por ello, ni se le había advertido de que esa actuación podía ser tenida en cuenta. En 2003 el autor fue acusado, efectivamente, de 4 delitos estatales y 15 federales. Posteriormente se anularon los cargos por los 4 delitos estatales. No obstante, en 2005 el Tribunal Supremo de Queensland, constituido como tribunal de apelación, parece haber tenido en cuenta los delitos estatales del autor al determinar la pena por los delitos federales.

7.2 El hecho de que el autor solicitara un visado de protección, que no le fue concedido, no guarda relación con el tiempo que pasó recluido en centros de detención, desde el 20 de octubre de 2005 hasta que solicitó el visado en septiembre de 2008. Aunque la expulsión del autor en virtud del artículo 198, párrafo 6, de la Ley de Migración tuviera un objetivo previsto en la Ley, dicho objetivo no existió hasta que el autor solicitó el visado en septiembre de 2008.

7.3 Con respecto a la declaración formulada por el Ministro antes de adoptar una decisión en el caso del autor, este mantiene su posición de que hacer una declaración de esa índole antes de proceder al examen de su situación ha vulnerado su derecho a un juicio con las debidas garantías procesales.

7.4 En cuanto al artículo 17, el autor sostiene que el Estado parte ha creado ilegalmente una gran distancia entre él y su hijo, y que después trata de aprovechar ese hecho señalando que, a su juicio, no hay pruebas suficientes de que vaya a tener alguna vez una relación estrecha con su hijo. Desde su expulsión de Australia, el autor se ha mantenido en contacto con su hijo por Skype y por teléfono.

8. El 23 de diciembre de 2013, el Estado parte dijo que entendía que las alegaciones adicionales del autor significaban que, en la medida en que el entonces Ministro de Inmigración se basó en condenas estatales presuntamente ilegales para cancelar su visado, recluirlo en un centro de detención y expulsarlo, esas medidas también fueron ilegales. El Estado parte considera que esas alegaciones no están motivadas y carecen de fundamento. Estima que la juez que dictó sentencia actuó de conformidad con las obligaciones previstas en la Ley Penal de 1914 (delitos federales), y que el único error de la sentencia se corrigió en 2005, cuando se anularon los cargos contra el autor por los delitos estatales. Además, con independencia de la anulación de esos cargos, el autor seguía teniendo antecedentes penales graves por la obtención fraudulenta de fondos del Gobierno federal y de bancos y otras instituciones. Por tanto, el Ministro tuvo debidamente en cuenta las condenas federales cuando ejerció su facultad discrecional para cancelar el visado del autor. En lo que respecta a las decisiones de cancelar el visado del autor, estas fueron examinadas y evaluadas y no se detectó ningún error de derecho.

9.1 El 13 de enero de 2014, el autor señaló que el Tribunal Supremo de Queensland había incurrido en un error de derecho; sin embargo, no tuvo conocimiento de él hasta que estuvo de vuelta en los Estados Unidos. Si esos errores se hubieran detectado a tiempo y el autor hubiera estado adecuadamente representado durante las actuaciones, habría sido condenado a una pena inferior a los 12 meses indicados en los requisitos de integridad y no habría sido expulsado de Australia. En las condenas federales a penas de prisión iguales o superiores a 12 meses que dictó el 13 de noviembre de 2003, el Tribunal de Distrito de Queensland tuvo en cuenta indebidamente los delitos estatales tipificados en la Ley Penal de 1914. Por consiguiente, la decisión del Tribunal de Distrito de Queensland era nula y no podía servir de base para concluir que los “antecedentes penales graves” del autor constituían un motivo para su expulsión de Australia.

9.2 El autor sostiene asimismo que, durante su reclusión, se le prohibió trabajar para pagar a su abogado ante el Tribunal Administrativo de Apelación. Hubo, pues, una infracción del artículo 14, ya que no compareció ante el Tribunal con las debidas garantías procesales.

9.3 En lo que respecta a la afirmación del Estado parte de que no ha agotado los recursos internos, el autor responde que impugnó la decisión del Ministro ante el Tribunal Administrativo de Apelación. Luego presentó recursos al Tribunal Federal, la sala de apelación del Tribunal Federal y el Tribunal Supremo de Australia. Por consiguiente, ha agotado los recursos internos. De existir otras vías de recurso, el autor no podría agotarlas por falta de medios financieros.

9.4 El autor considera, por tanto, que el Estado parte ha vulnerado los derechos que le asisten en virtud de los artículos 9, párrafo 1; 13; 14 y 17, párrafo 1, del Pacto¹⁵.

Deliberaciones del Comité

Examen de la admisibilidad

10.1 Antes de examinar toda reclamación formulada en una comunicación, el Comité de Derechos Humanos debe decidir, de conformidad con el artículo 93 de su reglamento, si el caso es o no admisible en virtud del Protocolo Facultativo del Pacto.

10.2 En cumplimiento de lo exigido en el artículo 5, párrafo 2 a), del Protocolo Facultativo, el Comité se ha cerciorado de que el mismo asunto no está siendo examinado en el marco de otro procedimiento de examen o arreglo internacional.

10.3 El Comité observa que el Estado parte se opone a la admisibilidad de las alegaciones del autor en relación con el artículo 13 por no haberse agotado los recursos internos, puesto que las diversas infracciones de las normas de la justicia natural y/o la equidad procesal que el autor alega podían haber sido objeto de un recurso ante el Tribunal Federal si este consideraba que el Tribunal Administrativo de Apelación había incurrido en un error de derecho. El Comité toma nota de la respuesta del autor de que no tuvo conocimiento de esas infracciones hasta su regreso a los Estados Unidos y que, en cualquier caso, había agotado los recursos internos en Australia al interponer un recurso contra la decisión del Tribunal Administrativo de Apelación ante el Tribunal Federal, la sala de apelación del Tribunal Federal y el Tribunal Supremo de Australia, y carece de medios económicos para presentar nuevas reclamaciones. El Comité observa que, en sus recursos contra la decisión del Tribunal Administrativo de Apelación, el autor no formuló las alegaciones que ahora presenta al Comité. En estas circunstancias, el Comité considera que el autor no ha agotado los recursos internos a tal efecto. El Comité reitera su jurisprudencia según la cual las consideraciones financieras o las dudas en cuanto a la efectividad de los recursos

¹⁵ El autor ya no formula alegaciones en relación con los artículos 18, 23 y 24 del Pacto.

internos no eximen al autor de la necesidad de agotarlos¹⁶. Por consiguiente, el Comité declara inadmisibles esta parte de la comunicación en virtud del artículo 5, párrafo 2 b), del Protocolo Facultativo.

10.4 El Comité toma nota asimismo de la alegación del autor en relación con el artículo 14, de que no fue oído con las debidas garantías procesales por el Tribunal Administrativo de Apelación porque se le negó la posibilidad de evaluar las pruebas presentadas en su contra antes de la vista. Afirma además que la declaración pública del Ministro antes de negarse a intervenir prejuzgó el sentido de su decisión. El Estado parte se ha opuesto a la afirmación del autor por no estar fundamentada y por no haberse agotado los recursos internos. Respecto de esto último, el Comité observa que el autor no formuló ciertamente su alegación en relación con el artículo 14 ante las autoridades nacionales competentes. El Comité declara esta parte de la comunicación inadmisibles por no haberse agotado los recursos internos, de conformidad con el artículo 5, párrafo 2 b), del Protocolo Facultativo.

10.5 El Comité observa que el Estado parte se opone a la admisibilidad de la alegación formulada por el autor en relación con el artículo 18, párrafo 4, por entender que el autor no ha explicado cómo se ha vulnerado su derecho a educar religiosa y moralmente a su hijo de conformidad con sus propias convicciones. El Comité observa que el autor no ha respondido a los argumentos del Estado parte. Por lo tanto, declara esta parte de la comunicación inadmisibles por falta de fundamentación suficiente en virtud del artículo 2 del Protocolo Facultativo.

10.6 El Comité toma nota de la afirmación del autor de que el Estado parte ha vulnerado los derechos que le asisten en virtud del artículo 24, párrafo 1. Observa que el Estado parte sostiene que esta afirmación es inadmisibles *ratione personae*. El autor no se ha opuesto a ese argumento. El Comité considera inadmisibles esta parte de la comunicación en virtud del artículo 1 del Protocolo Facultativo.

10.7 El Comité observa asimismo que el autor ha invocado dos disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño. El Comité reitera que su función es vigilar el cumplimiento del Pacto por los Estados partes; por lo tanto, esta parte de la comunicación es inadmisibles en virtud del artículo 3 del Protocolo Facultativo.

10.8 El Comité toma nota de la afirmación del autor de que su expulsión ha provocado una injerencia arbitraria en su vida familiar, en contravención de los artículos 17 y 23. El Estado parte se opone a la admisibilidad de la comunicación por no haberse fundamentado que las autoridades no tomaron en consideración las circunstancias familiares del autor antes de su expulsión. En sus comentarios, el autor ha cambiado sus alegaciones en relación con el artículo 23 para formularlas al amparo del artículo 17. El Comité observa que ambas alegaciones están vinculadas entre sí y están estrechamente relacionadas con el fondo del asunto. Considera asimismo que el autor ha fundamentado suficientemente sus reclamaciones a los efectos de la admisibilidad. Por consiguiente, declara que las alegaciones del autor en relación con los artículos 17 y 23 son admisibles en virtud del artículo 2 del Protocolo Facultativo.

10.9 Por último, el Comité toma nota de la afirmación del autor de que su reclusión en un centro de detención de inmigrantes fue arbitraria, que se prolongó injustificadamente y que no pudo impugnar su legalidad ante los tribunales australianos, contrariamente a lo dispuesto en el artículo 9 del Pacto. El Comité señala que el Estado parte no se ha opuesto a la admisibilidad de la alegación del autor. Considera que el autor ha fundamentado suficientemente su alegación en relación con el artículo 9 a los efectos de la admisibilidad, de conformidad con el artículo 2 del Protocolo Facultativo.

¹⁶ Véase, entre otras, la comunicación N° 1576/2007, *Yussuf N. Kly c. el Canadá*, decisión de inadmisibilidad de 27 de marzo de 2009, párr. 6.4.

10.10 El Comité declara que la comunicación es admisible en la medida en que parece plantear cuestiones relacionadas con los artículos 9, 17 y 23 del Pacto, y procede a examinarla en cuanto al fondo.

Examen de la cuestión en cuanto al fondo

11.1 El Comité de Derechos Humanos ha examinado la presente comunicación teniendo en cuenta toda la información que le han facilitado las partes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5, párrafo 1, del Protocolo Facultativo.

11.2 En lo que respecta al artículo 9, el Comité toma nota de la alegación del autor de que su reclusión en un centro de detención de inmigrantes fue arbitraria, que se prolongó injustificadamente y que no pudo impugnar su legalidad. También toma nota del argumento del Estado parte de que el autor fue recluso de conformidad con los procedimientos establecidos por la Ley de Migración; que la detención de extranjeros en situación ilegal al término de una condena impuesta por la vía penal puede ser necesaria a fin de asegurar la presencia de las personas que no tengan un visado válido para Australia cuando vayan a ser expulsadas, a menos que se determine la existencia de motivos para que permanezcan legalmente en Australia; y que durante los tres años en que estuvo recluso, el autor presentó diversos recursos contra la decisión inicial del Tribunal Administrativo de Apelación de que su visado se había cancelado válidamente.

11.3 El Comité considera que la reclusión del autor y su posterior expulsión se ajustaron a la legislación australiana, que preveía la cancelación de su visado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 501 de la Ley de Migración, en razón de sus antecedentes penales graves; su reclusión en virtud de la Ley de Migración por ser un extranjero en situación ilegal¹⁷, y su expulsión en virtud del artículo 198, párrafo 6, después de que fracasara su último intento de permanecer en territorio australiano mediante la solicitud de un visado de protección. Pese a esas consideraciones, el Comité ha de determinar si la reclusión, aunque era conforme con la legislación australiana, fue arbitraria como alega el autor.

11.4 El Comité observa que es incuestionable que el autor fue puesto en libertad en junio de 2004 en cumplimiento de la resolución de la Junta de Libertad Vigilada de Queensland, que dictaminó que estaba en condiciones de reintegrarse en la sociedad australiana. Observa, además, que el autor fue puesto en libertad condicional y, al parecer, se personó ante el órgano competente, sin incidente alguno, durante un año antes de que el delegado del Ministro decidiera cancelar su visado por sus antecedentes penales graves. El autor fue recluso en un centro de detención de inmigrantes un año después de su puesta en libertad condicional, el 20 de octubre de 2005. Permaneció privado de libertad hasta su expulsión el 8 de mayo de 2009, tres años y medio más tarde.

11.5 El Comité recuerda que no se debe equiparar el concepto de “arbitrariedad” con el de “contrario a la ley”, sino que debe interpretarse con más amplitud de manera que incluya elementos de inadecuación, injusticia, imprevisibilidad e inobservancia de las debidas garantías procesales. La reclusión durante los procedimientos de control de la inmigración no es *per se* arbitraria, pero debe justificarse que sea razonable, necesaria y proporcionada a la luz de las circunstancias, y revisarse cuando se prolongue. Prolongar la reclusión de un inmigrante mientras se resuelven sus alegatos sería arbitrario si no existen razones particulares específicamente relacionadas con esa persona, como una probabilidad concreta de fuga, peligro de que cometa un delito contra otras personas, o riesgo de que lleve a cabo actos contra la seguridad

¹⁷ Artículo 189 de la Ley de Migración.

nacional¹⁸. La decisión debe considerar los factores pertinentes de cada caso y no basarse en una norma obligatoria aplicable a una amplia categoría de personas; debe tener en cuenta la posibilidad de utilizar medios menos restrictivos para alcanzar el mismo fin, como la obligación de presentarse periódicamente, la imposición de una fianza u otras condiciones para evitar la fuga, y debe ser objeto de reevaluación periódica y de revisión judicial¹⁹.

11.6 Según la información de que dispone el Comité, el autor se quedó en situación ilegal de resultas de la cancelación de su visado y, en virtud de la Ley de Migración de 1958, fue recluido automáticamente en un centro de detención de inmigrantes hasta su expulsión, que tuvo lugar tres años y medio después. Durante ese período, las autoridades del Estado parte no realizaron una evaluación individual de la necesidad de mantener al autor recluido en el centro de detención de inmigrantes. El Comité considera que el Estado parte no ha demostrado en este caso concreto que la reclusión continuada e indefinida del autor estuviera justificada durante un período tan prolongado²⁰. El Estado parte tampoco ha demostrado que no hubiera medios menos restrictivos de alcanzar el mismo objetivo, o sea, satisfacer la necesidad del Estado parte de que el autor estuviera presente cuando fuera a ser expulsado (véase el párrafo 6.3 *supra*). Además, se privó al autor de la posibilidad de impugnar su reclusión indefinida en términos sustantivos. El Comité recuerda su jurisprudencia según la cual la revisión judicial de la legalidad de la reclusión no se puede limitar al simple examen del cumplimiento de la legislación nacional, sino que debe incluir la posibilidad de ordenar la puesta en libertad si la reclusión es incompatible con lo dispuesto en el Pacto²¹. Por todas esas razones, el Comité concluye que, en las presentes circunstancias, la reclusión del autor vulneró los derechos que le asisten en virtud del artículo 9, párrafo 1, del Pacto.

11.7 El Comité toma nota de la afirmación del autor de que su expulsión constituye una injerencia arbitraria en su vida familiar, protegida por los artículos 17 y 23. El Comité observa en primer lugar que el Estado parte argumenta que el autor y su hijo no constituían una familia en el sentido de los artículos 17 y 23, por ser mínimo el contacto entre ellos.

11.8 El Comité recuerda su observación general N° 16, según la cual el concepto de familia se debe interpretar en sentido amplio²². El concepto se refiere no solo al hogar familiar durante el matrimonio o la cohabitación, sino también de un modo general a la relación entre padres e hijos²³. El Comité no puede excluir la posibilidad de que los lazos familiares entre el autor y su hijo fueran algo más que biológicos, ya que el autor obtuvo del Tribunal Federal de Primera Instancia el establecimiento de un régimen de visitas que no se hizo efectivo por varias razones, como la difícil relación del autor con su expareja y el hecho mismo de estar recluido en un centro de detención de inmigrantes. Por lo tanto, el Comité considera que la decisión del Estado parte de expulsar al autor, que puede afectar de forma permanente a su relación con su hijo,

¹⁸ Véase la observación general N° 35 relativa al artículo 9 (libertad y seguridad personales), párr. 18.

¹⁹ Véase la observación general N° 35 (véase la nota 21), párr. 18. Véanse también la comunicación N° 2136/2012, *M. M. M. y otros c. Australia*, párr. 10.3, y la comunicación N° 1014/2001, *Baban c. Australia*, dictamen aprobado el 6 de agosto de 2003, párr. 7.2.

²⁰ Véase la comunicación N° 2094/2011, *F. K. A. G. y otros c. Australia*, dictamen aprobado el 26 de julio de 2013, párr. 9.4.

²¹ Véanse, entre otras, la comunicación N° 2094/2011, *F. K. A. G. y otros c. Australia* (véase la nota 23), párr. 9.6, y la comunicación N° 1014/2001, *Baban c. Australia* (véase la nota 22), párr. 7.2.

²² Véase la observación general N° 16 (véase la nota 14), párr. 5; véase también la comunicación N° 1959/2010, *Warsame c. el Canadá*, dictamen aprobado el 21 de julio de 2011, párr. 8.7.

²³ Véase la comunicación N° 417/1990, *Balaguer Santacana c. España* (véase la nota 7), párr. 10.2.

unida a la prohibición permanente de regreso, debe calificarse de “injerencia” en la familia.

11.9 Se trata de determinar si esta injerencia sería arbitraria y contraria a los artículos 17 y 23, párrafo 1, del Pacto. El Comité recuerda que incluso las injerencias previstas en la ley deben estar en consonancia con las disposiciones, los propósitos y los objetivos del Pacto y han de ser razonables en las circunstancias particulares del caso²⁴. A la luz de la información de que dispone, el Comité concluye que la decisión del Estado parte de cancelar el visado del autor se basó en motivos objetivos y razonables, a saber, los antecedentes penales graves del autor, y que sus circunstancias familiares se tuvieron en cuenta tanto en la decisión del delegado del Ministro como en la del Tribunal Administrativo de Apelación. Dadas las circunstancias del caso, el Comité considera que la situación familiar personal del autor ha sido examinada detenidamente por las autoridades competentes y que, por lo tanto, la injerencia que se ha producido en la vida familiar del autor no es arbitraria en el sentido del artículo 17 del Pacto. El Comité concluye que de los hechos que tiene ante sí no se desprende que haya habido una vulneración de los artículos 17 y 23 del Pacto.

12. El Comité de Derechos Humanos, actuando en virtud del artículo 5, párrafo 4, del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, dictamina que los hechos que tiene ante sí ponen de manifiesto una vulneración del artículo 9 del Pacto.

13. De conformidad con el artículo 2, párrafo 3 a), del Pacto, el Estado parte tiene la obligación de proporcionar al autor una reparación efectiva y adecuada, que incluya una indemnización. El Estado parte también tiene la obligación de evitar que se cometan violaciones semejantes en el futuro. A este respecto, el Estado parte debe revisar su legislación sobre migración para asegurar su conformidad con los requisitos del artículo 9 del Pacto.

14. Teniendo presente que, por ser parte en el Protocolo Facultativo, el Estado parte reconoce la competencia del Comité para determinar si ha habido o no violación del Pacto y que, con arreglo al artículo 2 del Pacto, el Estado parte se ha comprometido a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio o estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el Pacto y a garantizar una reparación efectiva y jurídicamente exigible cuando se compruebe una violación, el Comité desea recibir del Estado parte, en un plazo de 180 días, información sobre las medidas que haya adoptado para aplicar el presente dictamen. Se pide asimismo al Estado parte que publique el dictamen del Comité, que lo haga traducir al idioma oficial del Estado parte y que le dé amplia difusión.

²⁴ Véase la comunicación Nº 2243/2010, *Husseini c. Dinamarca*, dictamen aprobado el 24 de octubre de 2014, párrs. 9.3 y 9.4.