



**Pacto Internacional
de Derechos Civiles
y Políticos**

Distr.
RESERVADA*

CCPR/C/88/D/1324/2004
13 de noviembre de 2006

ESPAÑOL
Original: INGLÉS

COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS
88º período de sesiones
16 de octubre a 3 de noviembre de 2006

DICTAMEN

Comunicación N° 1324/2004

<i>Presentada por:</i>	Danyal Shafiq (representado por un abogado del Refugee Advocacy Service of South Australia Inc.)
<i>Presunta víctima:</i>	El autor
<i>Estado Parte:</i>	Australia
<i>Fecha de la comunicación:</i>	5 de noviembre de 2004 (fecha de la comunicación inicial)
<i>Referencias:</i>	Decisión del Relator Especial con arreglo al artículo 92/97 del reglamento, transmitida al Estado Parte el 8 de noviembre de 2004 (no se publicó como documento)
<i>Fecha de aprobación del dictamen:</i>	31 de octubre de 2006
<i>Asunto:</i>	Detención de un extranjero en situación ilegal, deportación, riesgo de tortura a su regreso al país de origen

* Se divulga por decisión del Comité de Derechos Humanos.

Cuestiones de procedimiento: No agotamiento de los recursos internos

Cuestiones de fondo: Detención arbitraria, examen de la legalidad de la detención

Artículos del Pacto: Artículo 7, párrafos 1 y 4 del artículo 9 y párrafo 1 del artículo 10

*Artículos del Protocolo
Facultativo:*

Apartado b) del párrafo 2 del artículo 5

El 31 de octubre de 2006, el Comité de Derechos Humanos aprobó el texto adjunto como dictamen del Comité emitido a tenor del párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo respecto de la comunicación N° 1324/2004.

[Anexo]

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
-88º PERÍODO DE SESIONES-**

respecto de la

Comunicación N° 1324/2004*

Presentada por: Danyal Shafiq (representado por un abogado del Refugee Advocacy Service of South Australia Inc.)

Presunta víctima: El autor

Estado Parte: Australia

Fecha de la comunicación: 5 de noviembre de 2004 (fecha de la comunicación inicial)

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

Reunido el 31 de octubre de 2006,

Habiendo concluido el examen de la comunicación N° 1324/2004, presentada al Comité de Derechos Humanos en nombre de Danyal Shafiq 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 el autor de la comunicación y el Estado Parte,

Aprueba el siguiente:

* Los siguientes miembros del Comité participaron en el examen de la presente comunicación: el Sr. Abdelfattah Amor, el Sr. Nisuke Ando, el Sr. Prafullachandra Natwarlal Bhagwati, el Sr. Alfredo Castillero Hoyos, la Sra. Christine Chanet, el Sr. Edwin Johnson, el Sr. Walter Kälin, el Sr. Ahmed Tawfik Khalil, el Sr. Rajsoomer Lallah, la Sra. Elisabeth Palm, el Sr. Rafael Rivas Posada, Sir Nigel Rodley, el Sr. Hipólito Solari-Yrigoyen y el Sr. Roman Wieruszewski.

Conforme al artículo 90 del reglamento del Comité, el miembro del Comité Sr. Iván Shearer no participó en la adopción de la decisión del Comité.

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

1.1. El autor de la comunicación es Danyal Shafiq, ciudadano de Bangladesh nacido en 1972, actualmente detenido en el Centro Glenside del Hospital Royal Adelaide, en espera de deportación de Australia a Bangladesh. Se pretende víctima de la violación por Australia¹ del artículo 7, el artículo 9 y el párrafo 1 del artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Está representado por un abogado del Refugee Advocacy Service of South Australia Inc.

1.2. El 8 de noviembre de 2004, el Relator Especial sobre nuevas comunicaciones y medidas provisionales pidió al Estado Parte que no deportase al autor antes de comunicar al Comité sus planes en cuanto a la temida deportación del autor, concretamente si el autor podría ser expulsado en el próximo futuro y, en caso afirmativo, si el Estado Parte se proponía deportarle a Bangladesh y qué medidas se tomarían para cerciorarse de que el autor no correría el riesgo de un daño irreparable si se lo deportaba a ese país.

Los hechos comunicados por el autor

2.1. En enero de 1987, a la edad de 15 años, el autor, que se había criado en un orfanato de Bangladesh, buscaba trabajo y entró sin saberlo en una organización política ilegal, el partido Sharbahara. Su trabajo consistía en entregar documentos a los activistas del partido en todo el territorio de Bangladesh. No tenía conocimiento de las actividades violentas y subversivas del partido y creía que estaba distribuyendo información sobre las actividades benéficas del partido. Más tarde se dio cuenta de que estaba entregando información sobre personas a las que se pensaba matar y sobre operaciones de extorsión a cargo de los activistas del Sharbahara. En 1992 empezó a trabajar en la frontera india, lo que, según comprendió más tarde, entrañaba el contrabando de armas y drogas. Cuando expresó su inquietud a la persona que lo había reclutado, se le dijo que la única manera en que podría dejar el partido era muerto. Se le dijo también, y él lo creyó, que si iba a la policía sería asesinado, bien por la policía que lo torturaría para obtener información, bien por activistas del Sharbahara.

2.2. En 1995, el partido se dividió en dos. En 1996, el autor, que no deseaba seguir participando en las actividades del partido, decidió marcharse de Bangladesh. Llegó a Australia por mar en septiembre de 1999 y está detenido como "extranjero en situación ilegal" desde entonces. Es efectivamente apátrida, porque no puede demostrar su nacionalidad con ningún documento expedido por Bangladesh sobre su nacimiento ni sobre su ciudadanía. La Misión de Bangladesh en Australia niega que sea ciudadano de Bangladesh porque no tiene constancia de su nacimiento ni de su ciudadanía.

2.3. El 28 de febrero de 2000, el autor solicitó un visado de protección (estatuto de refugiado), que se le denegó el 21 de junio de 2000. Su solicitud de reexamen ante el Tribunal Administrativo de Apelación fue rechazada el 1º de junio de 2001, porque había "serias razones para pensar que el solicitante había cometido un grave delito común fuera de Australia antes de su admisión en el país, en el sentido y a los fines del apartado b) del párrafo F del artículo 1 de la

¹ El Pacto y el Protocolo Facultativo entraron en vigor en Australia el 13 de noviembre de 1980 y el 25 de diciembre de 1991, respectivamente.

Convención sobre el Estatuto de los Refugiados"². El Tribunal llegó a la conclusión de que las disposiciones de ese Convenio no se le aplicaban y de que no era una persona que Australia tuviera obligación de proteger en virtud de la Convención. El autor apeló ante el Tribunal Federal, que desestimó su apelación el 19 de junio de 2002. El 31 de marzo de 2004, el autor solicitó el examen de su caso por razones humanitarias. En virtud del artículo 417 de la Ley de migración de 1958, el Ministro de Inmigración, Multiculturalismo y Asuntos Indígenas puede ejercer su facultad discrecional y conceder un visado de protección por razones humanitarias. El 14 de mayo de 2004, el Ministro decidió no ejercer esta facultad discrecional.

La denuncia

3.1. El autor alega que se han violado los párrafos 1 y 4 del artículo 9 porque se lo ha mantenido en detención preceptiva, arbitraria e indefinida desde su llegada a Australia en septiembre de 1999. Se refiere al caso de *A. c. Australia*³ y afirma que su detención es arbitraria porque no guarda relación con las circunstancias del caso. La detención del autor es indefinida y continuará mientras esté presente en Australia o hasta que se tome una decisión favorable sobre su estatuto de refugiado. No puede recurrir a un tribunal para que proceda a una determinación legal de su estatuto de refugiado. Los tribunales de Australia sólo pueden devolver las decisiones administrativas sobre las solicitudes de asilo al autor de la decisión invocando un error de derecho. El tribunal puede decidir si la decisión es legal, pero no puede examinar los motivos de su detención (estatuto de refugiado). Además, el autor, en su calidad de apátrida, estará detenido indefinidamente, mientras no se decida concederle el asilo o un visado humanitario, si es que se toma esta decisión.

3.2. Si se lo devuelve a Bangladesh, correría el riesgo de ser encarcelado, torturado y sometido a un trato cruel e inhumano por la policía o por miembros del Sharbahara, en violación del artículo 7 del Pacto. Las autoridades de Bangladesh estarían interesadas en conocer los motivos de su devolución forzosa. Según los informes de Amnistía Internacional, los miembros del Sharbahara que se entregan a la policía o son atrapados o detenidos corren más peligro que otros de que se los condene a largos períodos de encarcelamiento, se los mate o se los torture. El autor teme su posible eliminación por agentes del Sharbahara infiltrados en la policía. El autor presenta varios informes⁴, que van de 1999 a 2004, para corroborar su afirmación de que la tortura está generalizada en Bangladesh. Además de temer a la policía, el autor teme las represalias de los miembros del Sharbahara. La amenaza de muerte que recibió de los miembros del partido se materializaría.

² El apartado b) del párrafo F del artículo 1 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados establece que: "Las disposiciones de esta Convención no serán aplicables a persona alguna respecto de la cual existan motivos fundados para considerar: [...] b) que ha cometido un grave delito común, fuera del país de refugio, antes de ser admitida en él como refugiada".

³ Comunicación N° 560/1993, dictamen aprobado el 3 de abril de 1997, párrs. 9.2 y 9.4.

⁴ Entre ellos figuran informes de Amnistía Internacional, Human Rights Watch y el Departamento de Estado de los Estados Unidos.

3.3. El autor pretende que se violaría el artículo 10 del Pacto si lo devolviese a Bangladesh. Se refiere a las Normas Mínimas para el tratamiento de los reclusos y teme que sería encarcelado en condiciones inhumanas a causa del mal estado de las cárceles en Bangladesh.

3.4. El autor reconoce que cuando presentó su comunicación no había agotado los recursos internos. Cuando el Tribunal Federal se negó a reexaminar la decisión de rehusar su solicitud de asilo, podía haber solicitado una prórroga de plazo y la autorización de apelar contra la decisión del Tribunal Federal ante el Pleno del Tribunal Federal. La prórroga de plazo y la autorización de apelar no están garantizadas, porque dependen de que existan sólidas razones para conceder dicha prórroga, razones válidas para que no haya apelado a tiempo y buenas posibilidades de que la apelación prospere. El autor pretende que esta vía es facultativa y que su deportación a Bangladesh no depende necesariamente de que se interponga este recurso.

Observaciones del Estado Parte

4.1. El 21 de octubre de 2005, el Estado Parte envió sus comentarios sobre la admisibilidad y el fondo de la comunicación. El Estado Parte cita la jurisprudencia del Comité según la cual la simple duda en cuanto a la eficacia del recurso interno o la perspectiva del gasto que entrañará no dispensa al denunciante de interponer esos recursos⁵. Recuerda además que ignorar la existencia de un recurso o las condiciones para incoarlo no excusa que no se hayan agotado los recursos internos.

4.2. En cuanto a la denuncia basada en el artículo 7, el Estado Parte señala que esa parte de la comunicación es inadmisibile porque no se han agotado los recursos internos. El Estado Parte indica que estos recursos pueden no estar disponibles ya para el autor por razones de prescripción y remite a la jurisprudencia del Comité en el asunto *N. S. c. el Canadá*⁶, según la cual no haber interpuesto un recurso a tiempo significa que no se han agotado los recursos internos disponibles.

4.3. El Tribunal Federal reexaminó la decisión del Tribunal Administrativo de Apelación, confirmó la decisión del delegado que se había ocupado inicialmente del caso, según la cual era aplicable al autor la cláusula de exclusión de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, y no halló ningún error en la aplicación de la ley. El autor apeló entonces contra la decisión del Tribunal Federal al Pleno del Tribunal Federal, pero se retiró del litigio antes de que el Tribunal examinase el caso. Podría haber mantenido su apelación ante el Pleno del Tribunal Federal. Éste, si se hubiese pronunciado a su favor, habría remitido el caso al Tribunal Administrativo de Apelación para reexamen. Si el autor hubiese continuado la apelación y el Pleno del Tribunal Federal no se hubiese pronunciado a su favor, el autor podría haber solicitado autorización especial para apelar contra esa decisión al Tribunal Supremo. Ahora bien, no utilizó los recursos disponibles ante el Pleno del Tribunal Federal ni ante el Tribunal Supremo y tampoco presentó pruebas que demostrasen *prima facie* que esos remedios eran ineficaces o que la solicitud de examen habría sido inevitablemente desestimada, por ejemplo a causa de un precedente legal

⁵ Comunicación N° 560/1993, *A. c. Australia*, dictamen aprobado el 3 de abril de 1997.

⁶ Comunicación N° 26/1978, *N. S. c. el Canadá*, decisión sobre la admisibilidad adoptada el 28 de julio de 1978.

claro. El Estado Parte afirma que los recursos disponibles *podrían* remediar la presunta posible violación del artículo 7.

4.4. Por otra parte, el Estado Parte afirma que la comunicación contiene pruebas insuficientes de las alegaciones del autor en cuanto a la posible violación del artículo 7. A efectos del artículo 2 del Protocolo Facultativo, una "denuncia" no es una simple alegación, sino una alegación respaldada por ciertos elementos de prueba⁷. En la comunicación no se establece que el autor vaya a ser víctima de tortura o de tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes si regresa a Bangladesh. Los informes que cita contienen información general sobre la situación en el país, pero no establecen que el autor correría personalmente un riesgo. El Estado Parte estima que, en los casos de devolución, el autor tiene la obligación especial de fundamentar sus alegaciones y aportar un principio de prueba convincente. Las pruebas revisten mayor importancia en los casos de devolución, que, por su propia naturaleza, guardan relación con acontecimientos que se han producido fuera del conocimiento y del control inmediatos del Estado Parte. El Estado Parte señala que en la comunicación no se fundamenta, a efectos de la admisibilidad, la alegación de que Australia violaría el artículo 7 si devolviese al autor a Bangladesh.

4.5. El Estado Parte afirma que las alegaciones relativas al artículo 7 carecen de fundamento. Cita la jurisprudencia del Comité según la cual, si un Estado Parte adopta, en relación con una persona sometida a su jurisdicción, una decisión cuya consecuencia necesaria y previsible es que los derechos reconocidos a esa persona por el Pacto serán violados en otra jurisdicción, el propio Estado Parte puede incurrir en una violación del Pacto⁸, y señala que el Comité ha equiparado la consecuencia "necesaria y previsible" a "un peligro real"⁹. No existe prueba alguna que corrobore la conclusión de que la expulsión del autor tendría por consecuencia necesaria y previsible exponerlo a un riesgo real de violación de los derechos que le reconoce el artículo 7.

4.6. El Estado Parte recuerda que el Tribunal Administrativo de Apelación no aceptó la afirmación del autor de que miembros del partido Sharbahara le habían dicho que lo matarían si ponía en entredicho sus actividades ilegales o si no seguía participando en ellas¹⁰, y estimó que podría haber salido del partido si lo hubiese deseado. El delegado del Ministro llegó a una conclusión análoga cuando se pronunció sobre la solicitud de asilo del autor en 2000, y expresó la conclusión de que, como el autor llevaba cuatro años fuera de Bangladesh, el posible riesgo se

⁷ Informe del Comité de Derechos Humanos a la Asamblea General de las Naciones Unidas en su cuadragésimo noveno período de sesiones, 1994, documento de las Naciones Unidas A/49/40, vol. I, pág. 67.

⁸ Comunicación N° 469/1991, *Ng c. el Canadá*, dictamen aprobado el 5 de noviembre de 1993, párr. 6.2.

⁹ Comunicación N° 469/1991, *Ng c. el Canadá*, párr. 14.1, y comunicación N° 692/1996, *A. R. J. c. Australia*, dictamen aprobado el 28 de julio de 1996, párr. 6.13.

¹⁰ Decisión y motivos de la decisión del Tribunal Administrativo de Apelación, 1° de junio de 2001, W2000/231, párr. 46.

minimizaba¹¹. Como el tiempo transcurrido es ahora de casi nueve años, no se puede aceptar que sea *sumamente probable* que miembros del partido Sharbahara maten al autor a su regreso a Bangladesh¹².

4.7. En cuanto a las alegaciones similares del autor sobre el riesgo de sufrir malos tratos a manos de la policía, el Estado Parte indica que los informes citados en apoyo de la alegación de posibles malos tratos por las fuerzas de policía de Bangladesh no fundamentan suficientemente esta denuncia. Los informes señalan que las fuerzas de policía de Bangladesh recurren a la tortura durante las detenciones y los interrogatorios y siguen aplicando torturas en la prisión, además de perpetrar ejecuciones extrajudiciales. Los informes indican que los miembros del partido Sharbahara pueden correr peligro de encarcelamiento y malos tratos por la policía, sobre todo si se entregan. Sin embargo, estos informes sólo dan información general sobre las fuerzas de policía y el trato de los detenidos por la policía en Bangladesh y no guardan suficiente relación con las circunstancias personales del autor para establecer que él personalmente correría un riesgo real si se lo devolviera a Bangladesh. La probabilidad de que la policía identifique al autor como miembro del partido Sharbahara se debe, pues, reducir considerablemente.

4.8. En relación con la denuncia basada en el párrafo 1 del artículo 9, es decir, la detención preceptiva, arbitraria e indefinida desde la llegada del autor a Australia, el Estado Parte señala que el autor no ha conseguido fundamentar esta denuncia, a efectos de admisibilidad, porque su alegación equivale a una simple afirmación general. El autor no da ninguna otra información, por ejemplo sobre las fechas y el periodo de tiempo pasado en prisión, los medios que utilizó para impugnar su encarcelamiento, ni las razones por las que la prisión es de un modo u otro arbitraria y equivale a la violación del párrafo 1 del artículo 9. El autor pretende además que en ningún momento se considera la posibilidad de liberación. Esta afirmación es perfectamente errónea. Los extranjeros en situación ilegal que llegan a Australia son detenidos, pero pueden solicitar uno de los numerosos visados. Si se les concede uno de ellos, quedan inmediatamente libres. Puede haber también otras razones para que se libere a un detenido. Después de la detención del autor se han modificado la Ley y el reglamento de migración para conceder al Ministro el poder, no delegable y facultativo, de:

- Conceder un visado a cualquier inmigrante detenido, lo haya éste solicitado o no;
- Imponer a un extranjero en situación ilegal la detención en la comunidad denominada "determinación de residencia" (confinamiento);
- Invitar a un detenido a quien no se puede expulsar en un futuro previsible a que solicite una clase nueva de visado transitorio llamado "visado transitorio en espera de la expulsión".

¹¹ Decisión sobre el visado de protección, 21 de junio de 2000, pág. 3.

¹² El Estado Parte se refiere a la opinión, expresada por el Comité contra la Tortura en *H. A. D. c. Suiza*, de que el período de tiempo transcurrido entre los presuntos malos tratos sufridos por el autor de la queja en su Estado de origen y el momento en que el Comité examinó la comunicación (15 años) indicaba que el autor de la queja no corría en ese momento riesgo de tortura si volviese al país (*H. A. D. c. Suiza*, comunicación N° 126/1999, párr. 8.6).

El Ministro ejerce personalmente esta facultad caso por caso, teniendo en cuenta la situación de cada detenido. Además, el autor puede colaborar en todo momento para facilitar su retorno a Bangladesh. Existen, pues, diversos medios para obtener la liberación, y esta detención no se puede calificar de "arbitraria".

4.9. A título subsidiario, el Estado Parte refuta la alegación en cuanto al fondo, porque en ningún momento fue ilegal o arbitraria la detención del autor. Por el contrario, esa detención fue razonable y necesaria en las circunstancias y no se puede decir que fuese inadecuada, injusta o imprevisible. La detención del autor corresponde al procedimiento establecido en la Ley de migración y es legal. El autor entró en Australia por barco en el contexto de una llegada no autorizada. Su detención fue consecuencia de su estatuto de extranjero en situación ilegal en virtud del artículo 189 de la Ley de migración y continuará mientras elija no aceptar la decisión de que no es una persona a la que Australia tenga el deber de proteger.

4.10. El Estado Parte afirma que la detención del autor no fue arbitraria y que el elemento fundamental para determinar si la detención es arbitraria es que las circunstancias en que se detiene a una persona sean todas "razonables" y "necesarias"¹³. Además, la detención no será arbitraria si se demuestra que guarda proporción con el fin que se pretende alcanzar. En *A. c. Australia*¹⁴, el Comité afirmó que la detención de los solicitantes de asilo no es arbitraria de por sí. El elemento principal para establecer si la detención para el control de la inmigración es arbitraria es que sea razonable, necesaria, proporcionada, adecuada y justificable en toda circunstancia. El Estado Parte alega que el factor determinante no es la duración de la detención sino el hecho de que los motivos de la detención sean justificables. Desde todos los puntos de vista, la detención del autor era necesaria y razonable para alcanzar los fines de la política de inmigración de Australia y de la Ley de migración.

4.11. El Estado Parte tiene la experiencia de que, a menos que se detenga a las personas en situación ilegal, hay una gran probabilidad de que huyan y se pierdan en la comunidad¹⁵. Existe la sospecha razonable de que, si se dejase libres a los solicitantes de asilo en la comunidad en espera de que termine la tramitación de sus solicitudes en vez de mantenerlos detenidos, se les estaría incitando a no cumplir las condiciones de su liberación, a desaparecer en el seno de la comunidad y a permanecer en Australia ilegalmente.

4.12. Según el Estado Parte, los factores que rodearon la detención del autor indican que la detención era justificable, adecuada y no arbitraria. Llegó a Australia sin un visado válido. Los funcionarios de inmigración estaban obligados a detenerlo en cumplimiento del párrafo 1)

¹³ Véase la comunicación N° 305/1988, *Alphen c. los Países Bajos*, dictamen aprobado el 23 de julio de 1990, párr. 5.8.

¹⁴ Comunicación N° 560/1993, *A. c. Australia*, dictamen aprobado el 3 de abril de 1997, párrs. 9.2 y 9.3.

¹⁵ Hasta no hace mucho, el Gobierno de Australia alojaba a las personas que habían llegado sin autorización en hostales abiertos para migrantes. Algunas de esas personas incumplieron la condición de presentación periódica, huyeron y fue difícil conseguir la colaboración de las comunidades locales para determinar su paradero.

del artículo 189 (1) de la Ley de migración, porque era un extranjero en situación ilegal, y el autor permaneció detenido mientras se evaluaba su solicitud de asilo porque seguía siendo un extranjero en situación ilegal. La detención se mantuvo mientras el autor decidía seguir las vías disponibles para que se examinase de nuevo la decisión de no concederle un visado de protección. El autor puede irse de Australia en cualquier momento y quedar así libre.

4.13. El Estado Parte llega a la conclusión de que la detención del autor es proporcionada a los fines perseguidos, a saber, permitir que su solicitud de un visado de protección y los recursos que ha interpuesto sean debidamente examinados. Su detención es también necesaria como parte de una política más amplia encaminada a proteger la integridad del derecho de Australia a controlar la entrada en su territorio.

4.14. En cuanto a la denuncia del autor basada en el párrafo 4 del artículo 9, el Estado Parte afirma que, aunque las razones de su detención, a saber, la denegación del estatuto de refugiado, no pueden ser objeto de examen ni de decisión por ningún tribunal australiano, la legalidad de su detención sí se puede examinar, y de ese examen resulta que la comunicación es inadmisibile *ratione materiae* porque no contiene prueba alguna de que se haya violado ninguno de los derechos protegidos en el Pacto y porque la denuncia no está fundamentada. El Estado Parte afirma además que, aunque el párrafo 4 del artículo 9 garantiza a las personas privadas de libertad el derecho a que un tribunal se pronuncie sobre la legalidad de su detención, el autor no niega que pudo impugnar la legalidad de su detención, pero impugna el método de examen de la decisión desfavorable sobre su visado de protección. Esta denuncia no está comprendida, pues, en el campo de aplicación del párrafo 4 del artículo 9.

4.15. El autor fue detenido en cumplimiento de la Ley de migración, como extranjero en situación ilegal. La denegación de un visado al autor podía ser objeto de revisión administrativa y de revisión judicial. Los tribunales de revisión en Australia son órganos inquisitorios y no contradictorios en los que se investiga el fondo de la demanda. Son más rápidos, más eficaces, menos onerosos y menos formales que los procedimientos judiciales. El tribunal de revisión aborda la solicitud de un visado de protección desde el principio, teniendo en cuenta toda la información y documentación de que dispuso la persona que tomó la decisión y toda información o documentación nueva o adicional. El tribunal puede considerar los hechos desde un punto de vista diferente y llegar a conclusiones diferentes sobre la credibilidad del solicitante.

4.16. Cuando el solicitante ha agotado la vía administrativa, queda a su disposición la revisión judicial, en la que se examina la legalidad de la decisión de suprimir o denegar el visado. En la revisión judicial no se examina el fondo de la decisión sino que se determina si ésta se tomó de conformidad con la ley. El tribunal puede pasar revista a toda una serie de cuestiones, por ejemplo si hubo una audiencia imparcial, si la persona que tomó la decisión interpretó y aplicó correctamente la legislación pertinente y si lo hizo con imparcialidad. Si el tribunal llega a la conclusión de que hubo un error de derecho de esa naturaleza, devuelve el asunto a quien tomó la decisión para que la reexamine.

4.17. El Estado Parte observa que la decisión de no conceder un visado de protección al autor fue extensamente revisada por el Tribunal Administrativo de Apelación, el Tribunal Federal y el Ministro. Como se ha indicado, el autor podía haber continuado el procedimiento de apelación ante el Pleno del Tribunal Federal y el Tribunal Supremo. En lo que respecta al fondo de la

denuncia, el Estado Parte afirma que no existen pruebas de que el sistema judicial no ofrezca al autor recurso alguno.

4.18. El Estado Parte sostiene que la denuncia formulada en virtud del artículo 10 se debe considerar inadmisibles porque es incompatible *ratione materiae* con las disposiciones del Pacto. Aunque acepta que tiene una obligación limitada de no exponer al autor a una violación de sus derechos fundamentales protegidos por el Pacto devolviéndolo a Bangladesh, alega que la obligación de no devolución se limita exclusivamente a los derechos más fundamentales relacionados con la integridad física y mental de la persona, según se puede observar en los artículos 6 y 7 del Pacto. Tras pasar revista a la jurisprudencia del Comité, el Estado Parte entiende que, a juicio del Comité, esa obligación sólo se aplica al peligro de ejecución, en virtud del artículo 6¹⁶, y al peligro de tortura y trato cruel, inhumano o degradante, en virtud del artículo 7, en el momento del regreso. El Comité no parece haber descubierto una obligación de no devolución en artículos distintos de los artículos 6 y 7. El Estado Parte sostiene, pues, que las alegaciones del autor formuladas basándose en el artículo 10 deben desestimarse porque son incompatibles con las disposiciones del Pacto.

Comentarios del autor

5.1. El 1º de febrero de 2006, el autor comentó las observaciones del Estado Parte. Explicó que la razón por la que retiró su apelación al Pleno del Tribunal Federal es que su abogado le dijo que tal apelación sería inútil y aplazaría el examen por la Ministra de su solicitud de visado humanitario en virtud del artículo 501J de la Ley de migración. Su abogado le habló también de la práctica sobradamente conocida de la Ministra de Inmigración de no examinar la posibilidad de ejercer su facultad discrecional de conceder visados humanitarios mientras hubiese un procedimiento judicial pendiente. El autor afirma que era razonable su forma de proceder, encaminada a dejar de hacer inútilmente gastos procesales y a acelerar el acceso a la única persona que estaba facultada para decidir que se pudiese fin a su detención por razones de inmigración. Pretende que estas circunstancias equivalen a circunstancias especiales que lo eximen de agotar los recursos internos de que disponía. Afirma además que habría tenido que solicitar autorización para reiniciar el procedimiento de apelación porque el plazo había expirado y que su abogado no pudo descubrir un solo error de derecho que pudiese garantizar el éxito de la apelación.

5.2. En lo que respecta al argumento del Estado Parte de que la denuncia formulada en virtud del artículo 7 no está fundamentada, el autor presentó un informe preparado por Amnistía Internacional relacionado concretamente con antiguos miembros del partido Sharbahara en que se indicaban los riesgos actuales y reales de tortura, en el sistema penitenciario de Bangladesh, de los antiguos miembros del Sharbahara. En el informe se indica finalmente que "a Amnistía Internacional le preocupa la seguridad de los antiguos miembros del partido Sharbahara que sean devueltos a Bangladesh. Es posible que corran el riesgo de ser víctimas de violaciones de sus derechos humanos por diversos agentes: antiguos miembros del partido, fuerzas de seguridad, grupos islámicos armados y otros elementos de la comunidad".

¹⁶ Comunicación Nº 470/1991, *Kindler c. el Canadá*, y comunicación Nº 539/1993, *Cox c. el Canadá*.

5.3. El abogado aporta copia de los escritos presentados a la Ministra en julio, octubre y noviembre de 2005, en los que se solicitaba una vez más la intervención por razones humanitarias en virtud del artículo 501J de la Ley de migración y se invocaba el nuevo informe de Amnistía Internacional. Afirma que la salud física y mental del autor es muy mala y que, si se lo devuelve a Bangladesh, morirá por no poder obtener insulina, ya que es diabético y necesita insulina dos veces al día.

5.4. El autor afirma que probablemente se lo encarcele si regresa a Bangladesh, porque es un solicitante de asilo rechazado. Los funcionarios del país lo identificarían fácilmente, como lo confirma el hecho de que el Estado Parte se comunicó con Bangladesh cuando trató de deportarlo en noviembre de 2004, así como el hecho de haber sido miembro del partido Sharbahara.

5.5. Por otra parte, si lograra evitar el encarcelamiento en Bangladesh, además del peligro en que se hallaría si un miembro de Sharbahara lo descubriera, tendría dificultades para obtener los medicamentos que le son indispensables como diabético, porque necesitaría pasar inadvertido para evitar a los antiguos miembros de Sharbahara y porque no podría obtener medicamentos a un precio asequible.

5.6. En cuanto a las observaciones del Estado Parte sobre el párrafo 1 del artículo 9, el abogado observa que el autor ha estado detenido seis años y cuatro meses desde que comenzó su detención en septiembre de 1999. Su prolongada detención ha provocado al autor una enfermedad mental, por lo que ha sido ingresado en una institución psiquiátrica de Adelaida¹⁷. En enero de 2006, la Junta de Tutoría de Australia Meridional entregó al Defensor Público de Australia Meridional la facultad de controlar las condiciones de vida del autor durante tres años, porque la salud o la seguridad del autor estarían en peligro a causa de su incapacidad mental si no se le retiraba la facultad de decidir sobre su propia autonomía. Los expertos psiquiátricos han llegado a la conclusión de que la detención prolongada por razones de inmigración ha causado al autor una enfermedad psiquiátrica y recomiendan que se lo autorice a vivir en la sociedad para que mejore su salud mental.

5.7. El autor reitera que no puede solicitar un visado que lo libere de la detención por razones de inmigración. El visado transitorio en espera de la expulsión recientemente introducido sólo puede obtenerse si el Ministro de Inmigración invita al interesado a solicitarlo. El hecho de que fuese uno de los poquísimos detenidos de larga data a quien no se invitó a pedir ese visado influyó negativamente en la salud mental del autor en junio de 2005.

5.8. En relación con la arbitrariedad de la detención, el autor cita el caso de *A. c. Australia*¹⁸, en el que el Comité observó que no se debe equiparar "arbitrario" con "contrario a la ley", sino que se debe interpretar ese término más ampliamente, de modo que incluya elementos como la inadecuación y la injusticia. En ese caso, el Comité consideró que la detención del autor de la comunicación durante un período superior a cuatro años era arbitraria.

¹⁷ Centro Glenside del Royal Adelaide Hospital.

¹⁸ Comunicación N° 560/1993, *A. c. Australia*, dictamen aprobado el 3 de abril de 1997, párr. 9.2.

5.9. El autor sostiene que el Estado Parte no ha aportado justificación suficiente de su prolongada detención, particularmente en lo que se refiere a la alegación de un alto riesgo de fuga. Desde julio de 2005 el autor reside en el Centro Glenside de Adelaida, que no está vallado, y del que los pacientes podrían fácilmente escapar. Pese a la facilidad con que habría podido fugarse, no lo ha hecho. No hay ningún riesgo de que lo haga, porque desea tener derecho a permanecer en Australia. Asegura que el trato que se le da es particularmente cruel, puesto que se ha liberado a la mayoría de los demás detenidos de larga duración y que el Estado Parte no ha dicho que haya nada excepcional en su caso que justifique una detención tan prolongada.

5.10. En relación con el párrafo 4 del artículo 9, el autor remite al caso de *Bakhtiyari c. Australia*¹⁹ y sostiene que la revisión judicial de su detención se limitaría a una evaluación formal de si es un "extranjero" sin autorización de entrada. No hay ningún mecanismo judicial que pueda reexaminar la justificación de su detención en cuanto al fondo.

Deliberaciones del Comité

Examen de la admisibilidad

6.1. De conformidad con el artículo 93 de su reglamento, antes de examinar la denuncia que figura en una comunicación, el Comité de Derechos Humanos debe decidir si esa denuncia es admisible conforme al Protocolo Facultativo.

6.2. En relación con la denuncia del autor de que se ha violado el párrafo 1 del artículo 9, el Comité toma nota de la afirmación del Estado Parte de que el autor no la ha fundamentado. El Comité considera que el autor, que ha dado considerables detalles sobre la duración de su detención preceptiva por razones de inmigración y sobre el efecto que esa detención ha tenido en su salud mental, ha fundamentado suficientemente su denuncia a los efectos de la admisibilidad.

6.3. El Estado Parte afirma que la denuncia de violación del párrafo 4 del artículo 9 es incompatible *ratione materiae* con las disposiciones del Pacto. El Comité toma nota de que el fundamento legal de la detención del autor es que se trata de un extranjero en situación ilegal. Toma nota además de que la detención preceptiva por razones de inmigración del autor se efectuó de conformidad con el artículo 189 de la Ley de migración y que era consecuencia automática de su condición de extranjero en situación ilegal. La única posibilidad efectiva de evitar esa detención sería impugnar su condición de extranjero, es decir, las razones por las que se lo detuvo, no impugnar la legalidad de su detención. El Comité llega a la conclusión de que la denuncia del autor entra dentro del alcance del párrafo 4 del artículo 9 y la declara admisible.

6.4. El Comité ha tomado nota de que el Estado Parte impugna la admisibilidad de la denuncia del autor relativa al artículo 7, porque el autor no ha agotado los recursos internos, ya que retiró su apelación al Pleno del Tribunal Federal, y ha tomado nota de la afirmación del autor de que ese recurso no era eficaz. El Comité observa que, en el caso del autor, la revisión por el Pleno del Tribunal Federal se habría referido tan solo a la concesión de un visado de protección con arreglo a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951. Sin embargo, ni el

¹⁹ Comunicación N° 1069/2002, *Bakhtiyari c. Australia*, dictamen aprobado el 6 de noviembre de 2003.

Tribunal Administrativo de Apelación ni el Pleno del Tribunal Federal habían examinado el caso del autor a la luz de las obligaciones que el Pacto imponía al Estado Parte y del riesgo de tortura a que se exponía el autor si regresaba a Bangladesh. En apelación, el Pleno del Tribunal Federal habría examinado la cuestión desde el mismo punto de vista de la Convención de 1951.

El Comité no considera que ello hubiera constituido un recurso efectivo para el autor en relación con sus denuncias de violación del artículo 7.

6.5. No obstante, el Comité toma nota también de que el autor ha solicitado un visado por motivos humanitarios con arreglo al artículo 501J de la Ley de migración. Según la información que obra ante el Comité, en las "Directrices de las atribuciones ministeriales en virtud de los artículos (...) 501J de la Ley de migración" se detallan las circunstancias en que el Ministro puede ejercer sus facultades en bien del interés público para sustituir el fallo de un tribunal de apelación, incluido el Tribunal Administrativo de Apelación, con un fallo más favorable al solicitante de visado. Entre los factores que deben tenerse presentes figuran:

"Las circunstancias en que puede ser necesario tener en cuenta las obligaciones de Australia como signatario del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Por ejemplo:

- Se plantea la obligación de no devolución si la persona, como consecuencia necesaria y previsible de su expulsión o deportación de Australia, corriera un riesgo real de que se violaran sus derechos estatuidos en el artículo 6 (derecho a la vida) o en el artículo 7 (no ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, o de que se le impusiera la pena capital [...].
- Se plantean cuestiones relacionadas con el párrafo 1 del artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos."

Hasta la fecha, sigue pendiente la solicitud del autor de que se le conceda un visado por motivos humanitarios con arreglo al artículo 501J de la Ley de migración. Si bien el Comité observa que la facultad del Ministro es discrecional, en las circunstancias particulares del caso del autor, que puede acogerse a la cláusula de exclusión del párrafo F del artículo 1 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, de 1951, no puede excluirse que, en principio, el ejercicio de esa prerrogativa proporcione un remedio efectivo al autor. Por consiguiente, el Comité llega a la conclusión de que, en la situación actual, la denuncia es inadmisibile. Además, el Comité considera que la denuncia de violación del artículo 10 sobre las condiciones de encarcelamiento en Bangladesh está relacionada con la que ha hecho al amparo del artículo 7 y también considera que, en la situación actual, es inadmisibile.

6.6. Por consiguiente, el Comité decide que la comunicación es admisible en la medida en que parece suscitar cuestiones en relación con los párrafos 1 y 4 del artículo 9.

Examen de la cuestión en cuanto al fondo

7.1. 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 párrafo 1 del artículo 5 del Protocolo Facultativo.

7.2. En lo que respecta a la denuncia formulada por el autor en relación con el párrafo 1 del artículo 9, a saber, que su detención ha sido arbitraria e indefinida, el Comité recuerda su jurisprudencia según la cual la noción de "arbitrario" no se debe equiparar a la de "contrario a la ley", sino que se debe interpretar de manera más amplia para incluir elementos tales como la incorrección y la injusticia. A este respecto, el Comité recuerda que la importante garantía contenida en el artículo 9 es aplicable a toda privación de libertad, sea en asuntos penales, sea en otros casos, por ejemplo la enfermedad mental, la toxicomanía, las medidas educativas, el control de la inmigración, etc.²⁰ Así, la detención preventiva podría considerarse arbitraria si no estuviera justificada en todos los aspectos en las circunstancias del caso y si no fuera proporcionada al fin perseguido, por ejemplo impedir la fuga o la manipulación de pruebas²¹. El Comité recuerda que la decisión de mantener a una persona detenida debe ser objeto de un examen periódico para reevaluar la necesidad de la detención y que ésta no debe prolongarse más allá del plazo que el Estado Parte pueda justificar debidamente²².

7.3. En el caso que se examina, el Estado Parte alega, para justificar la detención del autor, su experiencia general de que los solicitantes de asilo huyen si no están detenidos. El Comité toma nota de que se ingresó al autor en una institución como consecuencia de sus trastornos mentales, que se consideraban causados por su prolongada detención, que en ese momento duraba ya unos seis años. Desde su ingreso en una institución abierta en junio de 2005 hasta la fecha, no ha tratado de huir. El Estado Parte no ha aportado ninguna otra justificación en relación con el caso particular del autor que pudiera justificar su detención continuada durante un período que supera ya los siete años. El hecho adicional de que el autor contrajese una enfermedad mental durante ese período debería haber constituido una razón suficiente para proceder rápidamente a un examen sustantivo de su detención. El Comité llega, pues, a la conclusión de que la detención preceptiva del autor por razones de inmigración durante un período superior a siete años es arbitraria en el sentido del párrafo 1 del artículo 9.

7.4. En cuanto a la denuncia de violación del párrafo 4 del artículo 9, el Comité toma nota de la afirmación del Estado Parte de que el derecho y la política han cambiado desde que se examinó el caso *A. c. Australia* y de que se ha concedido al Ministro una facultad no delegable y facultativa sobre nuevos motivos de liberación. El Comité acoge con satisfacción este cambio, pero lamenta que el autor no fuese uno de los detenidos a los que se "invitó" a solicitar un visado transitorio. Señala además que la modificación no prevé la revisión judicial de las razones y circunstancias de la detención. El Comité ha tomado nota de que el Estado Parte no acepta el dictamen que pronunció en el asunto *A. c. Australia*, pero considera que los principios que se aplicaron en ese caso siguen siendo aplicables en el caso que se examina. En efecto, el control de los tribunales australianos y su facultad de ordenar la liberación de una persona siguen limitándose a la determinación formal de si esa persona es un extranjero en situación ilegal dentro de los estrechos límites de la Ley de migración. Si se cumplen los criterios para esa

²⁰ Véase el párrafo 1 de la Observación general N° 8, relativa al artículo 9.

²¹ Comunicación N° 560/1993, *A. c. Australia*, dictamen aprobado el 3 de abril de 1997, párr. 9.2.

²² Comunicación N° 1069/2002, *Bakhtiyari c. Australia*, dictamen aprobado el 6 de noviembre de 2003, párr. 9.2.

determinación, los tribunales no están facultados para examinar las razones de fondo del mantenimiento en detención de una persona ni para ordenar su liberación. El Comité recuerda que la revisión judicial de la legalidad de la detención en virtud del párrafo 4 del artículo 9, que debe comprender la posibilidad de ordenar la liberación, no se limita a la mera verificación formal de que la detención es conforme al derecho interno²³. El Comité llega a la conclusión de que se ha violado el derecho, conferido al autor por el párrafo 4 del artículo 9, a que un tribunal reexamine su detención.

8. El Comité de Derechos Humanos, actuando con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo, considera que los hechos que tiene ante sí ponen de manifiesto una violación de los párrafos 1 y 4 del artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

9. A tenor de lo dispuesto en el apartado a) del párrafo 3 del artículo 2 del Pacto, el Estado Parte tiene la obligación de garantizar al autor un recurso efectivo, incluida la liberación y una indemnización adecuada.

10. Teniendo en cuenta 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, en virtud del artículo 2 del Pacto, el Estado Parte se ha comprometido a garantizar a toda persona que se encuentre en su territorio y esté sujeta a su jurisdicción los derechos reconocidos en el Pacto y a garantizar un recurso efectivo y ejecutorio cuando se compruebe una violación, el Comité desea recibir del Estado Parte, en un plazo de 90 días, información sobre las medidas que haya tomado para aplicar el presente dictamen.

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

²³ Comunicación N° 560/1993 *A. c. Australia*, dictamen aprobado el 3 de abril de 1997, párr. 9.5.