



Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Distr. general
31 de mayo de 2019
Español
Original: francés

Comité de Derechos Humanos

Decisión adoptada por el Comité a tenor del artículo 5, párrafo 4, del Protocolo Facultativo, respecto de la comunicación núm. 2948/2017* ** ***

<i>Comunicación presentada por:</i>	H. S. y otros (representados por el abogado Alain Vallières)
<i>Presunta víctima:</i>	Los autores
<i>Estado parte:</i>	Canadá
<i>Fecha de la comunicación:</i>	26 de enero de 2017 (presentación inicial)
<i>Referencias:</i>	Decisión adoptada con arreglo a los artículos 92 y 97 del reglamento del Comité, transmitida al Estado parte el 7 de febrero de 2017 (no se publicó como documento)
<i>Fecha de adopción de la decisión:</i>	14 de marzo de 2019
<i>Asunto:</i>	Expulsión del Canadá a la India
<i>Cuestiones de procedimiento:</i>	No agotamiento de los recursos internos; falta de fundamentación de las alegaciones; incompatibilidad con el Pacto
<i>Cuestiones de fondo:</i>	Derecho a la vida; riesgo de sufrir tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes; libertad y seguridad personales; privación de libertad; derecho a la intimidad y a la vida familiar; derechos de los niños; no discriminación
<i>Artículos del Pacto:</i>	2, 6, 7, 9, 10, 17, 23, 24 y 26
<i>Artículos del Protocolo Facultativo:</i>	2; 3; y 5, párr. 2 b)

* Aprobada por el Comité en su 125º período de sesiones (4 a 29 de marzo de 2019).

** Participaron en el examen de la comunicación los siguientes miembros del Comité: Tania María Abdo Rocholl, Yadh Ben Achour, Ilze Brands Kehris, Christopher Arif Bulkan, Ahmed Amin Fathalla, Shuichi Furuya, Christof Heyns, Bamariam Koita, Duncan Laki Muhumuza, Photini Pazartzis, Hernán Quezada Cabrera, Vasilka Sancin, José Manuel Santos Pais, Yuval Shany, Hélène Tigroudja, Andreas Zimmermann y Gentian Zyberi. De conformidad con el artículo 108 del reglamento del Comité, Marcia V. J. Kran no participó en el examen de la presente comunicación.

*** Se adjunta a la presente decisión un voto particular conjunto (disidente) de José Manuel Santos Pais y Gentian Zyberi.



1.1 Los autores de la comunicación, recibida el 31 de enero de 2017, son el Sr. H. S. y la Sra. A. K., nacionales de la India, nacidos en 1978 y en 1984, respectivamente. Los dos autores actúan en su propio nombre y en el de sus hijos menores de edad: J. S., nacido en 2009, y R. K., nacida en 2010, ambos ciudadanos canadienses. Al haberse rechazado su solicitud de asilo en el Canadá, se pidió a los padres que abandonaran el país. La fecha prevista para su regreso a la India era el 19 de febrero de 2017. Los autores alegan que el Canadá vulneraría las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 2, 6, 7, 9, 10, 17, 23, 24 y 26 del Pacto si expulsara a los autores adultos a la India. El Protocolo Facultativo del Pacto entró en vigor para el Estado parte el 19 de mayo de 1976. Los autores están representados por el abogado Alain Vallières.

1.2 El 7 de febrero de 2017, el Comité de Derechos Humanos pidió al Canadá que no procediera a la expulsión de los autores adultos mientras se estuviera examinando la comunicación. El Canadá accedió a esta petición y los autores siguen de momento en ese país. El 4 de agosto de 2017, el Estado parte pidió que se levantaran las medidas provisionales tomadas en relación con la comunicación. El 19 de diciembre de 2017, el Comité, por conducto de su Relator Especial sobre nuevas comunicaciones y medidas provisionales, decidió no acceder a esta petición.

Los hechos expuestos por los autores

2.1 El Sr. H. S. trabajó en Malasia desde 1997 hasta 1999, cuando regresó a la India para obtener un nuevo pasaporte después de haber perdido el suyo. En enero de 2000, la policía entró en el domicilio familiar para interrogarlo sobre activistas políticos y sobre su supuesta función de mediador entre activistas indios y pakistaníes. En esa ocasión, el Sr. H. S. fue torturado para que proporcionara información y tuvo que pagar un soborno para que lo pusieran en libertad.

2.2 El Sr. H. S., que se había refugiado en casa de su hermana en otra localidad, fue informado de que la policía lo seguía buscando. Por ello, decidió huir a Malasia con un pasaporte falso. Su familia, que se había quedado en la India, siguió siendo objeto de acoso policial hasta que, en 2005, pagó un soborno.

2.3 En 2006, el Sr. H. S. regresó a la India para contraer matrimonio con la Sra. A. K. Durante su estancia en el país, intentó cobrar una deuda de un tal R. S. En este contexto, interrogó al padre de este último, que murió pocos días después. El hermano de R. S. acusó al Sr. H. S. de ser responsable de la muerte de su padre y, en represalia, lo denunció a las autoridades indias afirmando que era un traficante de personas y que tenía un pasaporte falso.

2.4 El Sr. H. S. fue detenido el 27 de octubre de 2006. Durante su privación de libertad, lo volvieron a interrogar acerca de su pertenencia a movimientos políticos. Tras su puesta en libertad el 9 de diciembre de 2006, regresó a Malasia. Su mujer se reunió con él en julio de 2007, pero tuvo que volver a la India en marzo de 2008 para seguir un tratamiento médico. Como el Sr. H. S. no había comparecido ante los tribunales indios por los hechos que habían llevado a su detención, fue inscrito como “infractor declarado” conforme a la legislación india y empezó a ser buscado por la policía. Su esposa también recibió amenazas.

2.5 Posteriormente, el hermano del Sr. H. S. fue detenido y torturado por su relación con este. Está desaparecido desde 2010.

2.6 El 9 de noviembre de 2008, los autores llegaron a Toronto (Canadá) y solicitaron asilo.

2.7 El 10 de junio de 2013, y posteriormente el 28 de abril y el 24 de noviembre de 2014, los autores declararon ante la Junta de Inmigración y Refugiados del Canadá. Su solicitud fue rechazada el 23 de enero de 2015. El 9 de febrero de 2016, presentaron una solicitud de evaluación del riesgo antes de la expulsión, que fue desestimada el 4 de agosto de 2016. Después, recibieron una orden de expulsión del Canadá.

2.8 El 13 de octubre de 2016, los autores presentaron una solicitud de residencia permanente por razones humanitarias, alegando principalmente el interés superior de sus dos hijos, que eran canadienses. Cuando se presentó la comunicación inicial aún no se

había recibido ninguna respuesta, dado que el plazo habitual de respuesta es de 30 a 42 meses. Sin embargo, este procedimiento no impide su expulsión.

2.9 Los autores han reconocido que, si bien tenían la posibilidad de solicitar una revisión judicial de las decisiones por las que se denegaba su solicitud de asilo ante el Tribunal Federal del Canadá, el abogado que tenían en aquel momento les aconsejó que no lo hicieran, puesto que hacerlo podría volver a sacar a la luz el hecho de que habían entrado ilegalmente en el país e incitar a las autoridades a incoar un procedimiento de expulsión.

2.10 Las autoridades canadienses se pusieron en contacto con las autoridades indias a fin de obtener los documentos de viaje necesarios para la expulsión de los autores. En particular, consiguieron visados de turistas válidos durante 180 días para los dos hijos. La fecha prevista para el regreso de los autores a la India era el 19 de febrero de 2017.

La denuncia

3.1 En primer lugar, los autores alegan que su expulsión por el Canadá vulneraría los derechos que los asisten en virtud de los artículos 6 y 7 del Pacto. Debido a las acusaciones que pesan sobre él, el Sr. H. S. corre el riesgo de ser detenido a su llegada y teme ser víctima de una ejecución extrajudicial a causa de sus supuestas actividades políticas. Los autores hacen referencia a la situación general de los derechos humanos en la India y recuerdan que el hermano del Sr. H. S. está desaparecido. Sobre la base del artículo 6 del Pacto, los autores añaden que su hijo, J. S., es asmático y corre el riesgo de sufrir crisis de asma en caso de ser expulsado a la India debido a la mala calidad del aire y a la falta de atención médica en ese país.

3.2 En segundo lugar, los autores alegan que, en caso de expulsión, se vulnerarían los derechos que asisten al Sr. H. S. en virtud del artículo 9 del Pacto, así como del artículo 10, por las circunstancias y las condiciones de privación de libertad que sufriría si fuera detenido.

3.3 Los autores sostienen que su expulsión del Canadá, que obligaría a sus hijos a seguirlos a un país que no conocen y del que no tienen la nacionalidad, constituiría una injerencia en su vida privada y familiar que vulneraría el artículo 17 del Pacto. Además, como por el momento sus hijos solo disponen de un visado de turistas indio cuya validez está limitada a 180 días, corren el riesgo de verse en una situación de precariedad en cuanto a su residencia una vez vencido ese plazo. Entonces tendrían que separarse de sus padres para regresar al Canadá o permanecer ilegalmente en la India. Los autores afirman que la separación familiar que podría producirse como consecuencia indirecta de la expulsión podría causar daños irreparables a los hijos. A este respecto, los autores alegan que las autoridades canadienses no tuvieron en cuenta el interés superior de los niños en sus decisiones. Por consiguiente, la expulsión sería arbitraria, en violación del artículo 17, párrafo 1, y del artículo 23, párrafo 1, del Pacto.

3.4 Los autores sostienen además que la expulsión de la familia vulneraría también el artículo 24 del Pacto por lo que respecta a los niños, puesto que impediría que se les ofreciera la protección prevista por esa disposición. Destacan en particular los riesgos que conllevaría para la salud de los niños, dado que en la India las condiciones sanitarias y el acceso a la atención de la salud son peores. Los autores también consideran que la educación de los niños, en un sistema y un idioma que desconocen, no se impartiría en las mismas condiciones que en el Canadá.

3.5 Los autores afirman asimismo que la expulsión también conllevaría una vulneración de los derechos que asisten a los niños en virtud del artículo 26 del Pacto, ya que sería discriminatoria en razón de la nacionalidad de los padres.

Observaciones del Estado parte sobre la admisibilidad y el fondo

4.1 El 4 de agosto de 2017, el Estado parte presentó sus observaciones sobre la admisibilidad y el fondo de la comunicación.

4.2 Según el Estado parte, las alegaciones de que el Sr. H. S. correría un riesgo de tortura o muerte a manos de las autoridades indias, de que la expulsión de los autores adultos pondría a sus hijos en una situación de inestabilidad puesto que han crecido en otro

país y no hablan punyabí y de que J. S. precisa de cuidados médicos que no podría recibir en la India deberían considerarse inadmisibles de conformidad con los artículos 2 y 5 del Protocolo Facultativo y con el artículo 96 del reglamento del Comité, y ello por tres razones.

4.3 En primer lugar, los autores adultos no han agotado todos los recursos internos disponibles, ya que no han solicitado la admisión a trámite de un recurso de revisión judicial de la decisión negativa de la División de la Protección de los Refugiados o de la decisión negativa de la evaluación del riesgo antes de la expulsión, a pesar de que tenían la posibilidad de hacerlo. El Canadá sostiene que, si los autores adultos no estaban satisfechos de los resultados de estas decisiones o consideraban que las personas encargadas de tomarlas no habían tenido debidamente en cuenta las dificultades que encontrarían en caso de ser expulsados a la India, podrían haber ejercido el recurso interno que les ofrecía el Canadá para fundamentar sus alegaciones, pero no lo hicieron. Como ha reconocido el Comité en numerosas ocasiones, por regla general un Estado parte no puede ser considerado responsable de los errores u omisiones de un asesor jurídico independiente¹. Además, los autores solicitaron posteriormente la admisión a trámite de un recurso de revisión judicial de la decisión por la que se desestimaba su solicitud de residencia por razones humanitarias, si bien en el momento en que se presentó la comunicación aún no se había tomado ninguna decisión al respecto. En consecuencia, sus alegaciones relativas al artículo 24, párrafo 1, del Pacto son inadmisibles dado que no se han agotado los recursos internos.

4.4 En segundo lugar, las alegaciones de los autores relativas a la violación de los artículos 2, 6, 9, 10 y 24 del Pacto son inadmisibles ya que son incompatibles *ratione materiae* con esas disposiciones, que no son de aplicación extraterritorial. El artículo 2 no confiere un derecho independiente a una reparación, por lo que las alegaciones relacionadas con este artículo no pueden, por sí solas y sin relación con un artículo del Pacto que confiera un derecho al autor de una comunicación, constituir un motivo de reclamación en una comunicación presentada en virtud del Protocolo Facultativo². Los derechos que asisten a J. S. en virtud del artículo 6 no han sido vulnerados, puesto que este no ha sido objeto de ninguna medida de expulsión. Subsidiariamente, incluso en el caso de que el Canadá fuera responsable de la expulsión de J. S., el Pacto no le impide expulsar a una persona por el hecho de que las condiciones en su país de origen serían menos favorables que en el Canadá. Los artículos 9 y 10 del Pacto no llevan aparejada ninguna obligación de no expulsión, por lo que no puede considerarse responsable al Canadá en virtud del Pacto. Los derechos que asisten a los hijos de los autores en virtud del artículo 24 no han sido vulnerados, puesto que esos niños no son objeto de una medida de expulsión. Subsidiariamente, incluso en el caso de que el Canadá fuera responsable de la expulsión de estos últimos, el artículo 24 del Pacto no impone al Estado parte que ordena la expulsión ninguna obligación de no devolución.

4.5 En tercer lugar, el Canadá sostiene que los autores no han fundamentado suficientemente sus alegaciones en relación con los artículos 6, 7, 17, 23, 24 y 26 del Pacto, por lo que su comunicación es inadmisibles en virtud del artículo 3 del Protocolo Facultativo y del artículo 96 del reglamento del Comité. Las alegaciones y los elementos probatorios presentados por los autores ya fueron examinados por autoridades canadienses competentes e imparciales, que concluyeron que las afirmaciones de los autores sobre las posibles dificultades que podrían vivir en la India no eran creíbles. En particular, el Canadá señala que, como concluyó el Comisario de la División de la Protección de los Refugiados, los autores adultos no llegaron al Canadá en situación de peligro, habida cuenta de que habrían podido quedarse en Malasia aproximadamente un año más gracias al permiso de trabajo del Sr. H. S. Además, los autores adultos solo solicitaron asilo en el Canadá cuando tuvieron

¹ *Edwards c. Jamaica* (CCPR/C/60/D/529/1993), párr. 5.2, y *Henry c. Jamaica* (CCPR/C/64/D/610/1995), párr. 7.4.

² Observación general núm. 31 (2004) del Comité sobre la naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados partes en el Pacto, párr. 3.

que dar explicaciones a unos agentes de fronteras, que determinaron que no eran “visitantes auténticos”³.

4.6 Las autoridades canadienses encargadas de evaluar el riesgo de los autores adultos determinaron que sus temores eran infundados, ya que no había ninguna prueba creíble u objetiva que respaldara sus alegaciones según las cuales: a) la policía india creía que el Sr. H. S. colaboraba con movimientos políticos y lo había interrogado y torturado en dos ocasiones; b) el Sr. H. S. sería detenido a su llegada a la India; y c) todas las personas consideradas “infractores declarados” corrían el riesgo de ser víctimas de tortura o malos tratos. El Canadá sostiene además que el hecho de que sobre el Sr. H. S. pese una acusación penal no significa necesariamente que corra un riesgo previsible, real y personal de sufrir daños irreparables. Según el Código Penal indio, ninguna disposición jurídica contempla la posibilidad de la pena de muerte⁴. Los autores no han proporcionado ninguna prueba creíble u objetiva de que todas las personas consideradas “infractores declarados” o acusadas de fraude (y no de terrorismo) corran peligro de ser víctimas de tortura o malos tratos. Fundamentan sus alegaciones respecto del riesgo que correrían en informes de carácter general sobre el país y no aportan elementos que demuestren el peligro real y personal que correría el Sr. H. S. El Estado parte alega asimismo que, en la India, el Sr. H. S. tendría la posibilidad de buscar refugio en el interior del país. Las alegaciones y los elementos de prueba presentados por los autores, que ya han sido examinados por las autoridades canadienses, tienen un valor demasiado escaso para dar lugar a una obligación de no devolución.

4.7 En cuanto a las presuntas violaciones de los artículos 17 y 23 del Pacto, la expulsión de los autores adultos no constituiría una injerencia, dado que no separaría a los miembros de la familia y, en caso de que estos fueran separados en la India, ello no sería responsabilidad del Canadá. El Estado parte recuerda también que el Comité ha confirmado que, de conformidad con los artículos 17 y 23 del Pacto, los Estados disponen de un margen de discreción en aquellos casos en que la expulsión pueda afectar a la vida familiar de la persona afectada. El Comité considera que la perturbación de las relaciones familiares que resultaría de una expulsión no puede considerarse ilícita o arbitraria⁵ si la orden de expulsión se dictó con arreglo a derecho, en defensa de los legítimos intereses del Estado y teniendo debidamente en cuenta las relaciones familiares de la persona expulsada⁶. El Canadá también sostiene que el interés superior del niño se ha tenido debidamente en cuenta en el contexto de la solicitud de residencia permanente por razones humanitarias y de la decisión conexas. Los autores no han demostrado que se haya vulnerado el artículo 26 del Pacto, puesto que los autores menores no son objeto de ninguna medida de expulsión y el hecho de que los padres estén en una situación migratoria precaria no es motivo de discriminación en virtud de dicho artículo. Según el Estado parte, cada uno de estos motivos es suficiente por sí solo para determinar la inadmisibilidad de la comunicación.

4.8 El Estado parte observa que el Sr. H. S. se enfrenta actualmente a cargos penales en el Canadá por amenazar de muerte o causar lesiones corporales a una persona el 21 de mayo de 2016, en contravención del artículo 264.1, párrafo 1 a), del Código Penal canadiense. En caso de ser declarado culpable, el Sr. H. S. sería condenado a una pena de prisión de un máximo de cinco años y no tendría derecho a regularizar su situación en el país por motivos de delincuencia⁷.

4.9 Si el Comité considera que la comunicación es admisible, el Canadá sostiene que, subsidiariamente, debería ser considerada inadmisibile en cuanto al fondo, ya que carece de fundamento. No revela ninguna violación de los artículos 2, 6, 7, 9, 10, 17, 23, 24 y 26 del Pacto.

³ Visitantes legales.

⁴ El Código Penal de la India prevé la pena de muerte en ciertas circunstancias. No obstante, es plausible que, de regresar a la India, el autor no corra el riesgo de ser condenado a la pena de muerte, dado que las infracciones que afirma haber cometido no se sancionan con esa pena.

⁵ Observación general núm. 16 (1988) del Comité sobre el derecho a la intimidad.

⁶ *Stewart c. el Canadá* (CCPR/C/58/D/538/1993), párr. 12.10.

⁷ Ley de Inmigración y Protección de los Refugiados del Canadá, L. C. 2001, cap. 27, art. 36, párr. 2. Disponible en: <https://laws.justice.gc.ca/fra/lois/i-2.5/TexteComple.html>.

4.10 El Estado parte solicita al Comité que levante las medidas provisionales relativas a la presente comunicación, puesto que los autores adultos no han aportado indicios razonables de prueba y no existen razones de peso para creer que su expulsión a la India los expondría personalmente a un riesgo real e inminente de sufrir daños irreparables. Si el Comité decidiera mantener las medidas provisionales, el Canadá le solicita que se pronuncie lo antes posible sobre la admisibilidad y el fondo de la comunicación presentada por los autores.

Comentarios de los autores sobre las observaciones del Estado parte

5.1 En sus comentarios de fecha 6 de diciembre de 2017, los autores sostienen que los argumentos del Estado parte relativos a la retirada de las medidas provisionales no se basan en ninguna norma jurídica. Alegan que los argumentos presentados por el Estado parte parecen demostrar que la comunicación no es inadmisibile *prima facie*, puesto que tratan cuestiones relativas al fondo de la solicitud de los autores adultos. Añaden que no se ha aportado ninguna prueba en relación con los niños, de modo que, aunque se considere que la reclamación de los padres es inadmisibile *prima facie* —algo con lo que los autores no están de acuerdo—, la cuestión de la situación de los niños en caso de expulsión a la India seguiría siendo válida.

5.2 Los autores sostienen que enviar a sus hijos a un país del que no tienen la nacionalidad y donde no se puede garantizar el respeto de sus derechos fundamentales es razón suficiente para que el Comité mantenga las medidas provisionales a fin de evitar daños irreparables. El incumplimiento de las medidas provisionales, en particular mediante la adopción de medidas irreversibles, menoscaba la protección de los derechos consagrados en el Pacto⁸. Los autores afirman asimismo que es preferible garantizar la escolaridad de los niños y su salud, y no exponerlos a los riesgos que entrañaría una expulsión a un país del que no tienen la nacionalidad. Por lo que respecta a los autores adultos, estos afirman que, si bien su situación fue examinada por las autoridades canadienses, el Comité debe revisar el procedimiento seguido, pues, aunque en general corresponda a las autoridades nacionales valorar las pruebas, el Comité puede comprobar si la valoración ha sido manifiestamente arbitraria o ha constituido una denegación de justicia⁹. Los autores añaden que la expulsión conllevaría un perjuicio para la vida familiar, lo que justifica la aplicación de medidas provisionales.

5.3 Los autores afirman que las autoridades canadienses no examinaron el fondo de su reclamación y se limitaron a examinar la credibilidad del Sr. H. S. La reclamación de los autores no se tuvo debidamente en cuenta, en la medida en que el funcionario encargado de la evaluación del riesgo antes de la expulsión no evaluó la situación de los autores so pretexto de que los hechos presentados ya habían sido examinados por el comisionado de la Comisión de Inmigración y Refugiados del Canadá. Además, el Canadá no puede afirmar que desconoce que las personas privadas de libertad corren un riesgo elevado de ser objeto de malos tratos. También cabe señalar que todos los argumentos del Canadá se centran en la reclamación presentada por los autores adultos y no tienen en cuenta la presencia de los niños. Al respecto, los autores recuerdan que habían presentado a las autoridades canadienses una solicitud de residencia permanente por razones humanitarias a fin de reivindicar los derechos de los niños, que hasta ese momento no habían sido nunca objeto de examen. A pesar de que no estaba previsto recibir una respuesta antes de 2019 o 2020, la solicitud ya fue desestimada el 8 de marzo de 2017. Se solicitó una revisión judicial ante el Tribunal Federal para impugnar esa decisión ilógica. El 7 de noviembre de 2017, los autores y el Estado canadiense llegaron a un acuerdo fuera de los tribunales, por el que el Estado parte aceptaba examinar de nuevo la solicitud antes de que se celebrara una audiencia ante el Tribunal. Al hacerlo, el Estado parte reconoció que el caso no había sido examinado debidamente.

⁸ *Shukurova c. Tayikistán* (CCPR/C/86/D/1044/2002), párr. 6.3, y *Weiss c. Austria* (CCPR/C/77/D/1086/2002), párr. 7.2.

⁹ *Kurbonov c. Tayikistán* (CCPR/C/86/D/1208/2003), párr. 6.3.

5.4 Los autores sostienen que una expulsión perturbaría las relaciones familiares¹⁰. Alegan que la decisión de un Estado de expulsar a un padre de familia con dos hijos menores de edad obliga a los miembros de esa familia a elegir entre acompañar al padre o permanecer en el territorio del Estado, por lo que esa decisión debe considerarse una injerencia en la vida familiar¹¹. La separación de una persona del resto de su familia en el marco de una expulsión puede considerarse una injerencia arbitraria en la vida familiar si los efectos de la separación son desproporcionados con respecto a los objetivos perseguidos¹². Remitiéndose a la jurisprudencia del Comité, según la cual la perturbación de las relaciones familiares que es consecuencia inevitable de una expulsión no puede considerarse ilícita o arbitraria si la orden de expulsión se ha dictado con arreglo a derecho, en defensa de los legítimos intereses del Estado y teniendo debidamente en cuenta las relaciones familiares del interesado¹³, los autores afirman que, en el presente caso, el propio Estado parte ha admitido que el estudio de la situación familiar no se había llevado a cabo adecuadamente. Por lo tanto, la expulsión de los padres atentaría contra la vida familiar. En los casos en que una parte de la familia ha de abandonar el territorio del Estado mientras que la otra tiene derecho a quedarse, los criterios pertinentes para determinar si se puede justificar objetivamente esa injerencia en la vida familiar de los interesados deben tener en cuenta, por una parte, la importancia de las razones del Estado parte para expulsar al interesado y, por la otra, la magnitud de las dificultades que experimentarán la familia y sus miembros como consecuencia de la expulsión¹⁴. En el presente caso, en las observaciones de los autores ya se han puesto de manifiesto las consecuencias catastróficas que tendría la expulsión para la vida familiar y los miembros de la familia.

5.5 En el caso de una expulsión inminente, el momento que debe tener en cuenta el Comité para determinar si existe o no una vulneración de los derechos de la familia es el momento en que se examina el caso. Para que no se considere arbitraria, la expulsión por un Estado de los padres de un menor de edad que tenga la nacionalidad de ese Estado debe estar justificada por factores distintos de la mera aplicación de una ley de inmigración¹⁵. El Estado parte solo ha aducido la correcta aplicación de la ley y no ha presentado pruebas ni análisis para intentar demostrar que la separación está justificada en el presente caso. En este contexto, según los autores, el Comité no debería concluir que la comunicación debe ser desestimada de forma sumaria en esta fase del examen ni que las medidas provisionales deben ser anuladas. Los daños causados por la expulsión de la familia a la India no podrían ser subsanados posteriormente. Por lo tanto, sostienen que las medidas provisionales deben mantenerse.

Deliberaciones del Comité

Examen de la admisibilidad

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

6.2 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.

6.3 El Comité recuerda su jurisprudencia en el sentido de que los autores deben hacer uso de todos los recursos judiciales internos para cumplir la exigencia del artículo 5,

¹⁰ *Stewart c. el Canadá*, párr. 12.10.

¹¹ *Byahuranga c. Dinamarca* (CCPR/C/82/D/1222/2003), párr. 11.5, *Madafferi y otros c. Australia* (CCPR/C/81/D/1011/2001), párr. 9.7, y *Winata y otros c. Australia* (CCPR/C/72/D/930/2000), párr. 7.1.

¹² *Canepa c. el Canadá* (CCPR/C/59/D/558/1993), párr. 11.4.

¹³ *Stewart c. el Canadá*, párr. 12.10.

¹⁴ *Madafferi y otros c. Australia*, párr. 9.8, y *Byahuranga c. Dinamarca*, párr. 11.7.

¹⁵ *Winata y otros c. Australia*, párr. 7.3.

párrafo 2 b), del Protocolo Facultativo, en la medida en que tales recursos parezcan ser eficaces en el caso en cuestión y estén de hecho a su disposición¹⁶.

6.4 El Comité observa que los autores declararon ante la Comisión de Inmigración y Refugiados del Canadá, que desestimó su solicitud de asilo. Presentaron asimismo una solicitud de evaluación del riesgo antes de la expulsión, que fue desestimada el 4 de agosto de 2016. El 13 de octubre de 2016, los autores presentaron una solicitud de residencia permanente por razones humanitarias, alegando principalmente el interés superior de sus dos hijos, que eran canadienses. Dicha solicitud fue desestimada el 8 de marzo de 2017. Esta decisión del Estado parte llevó a los autores a presentar una solicitud de revisión judicial ante el Tribunal Federal (véanse los párrs. 4.3 y 5.3). Sin embargo, los autores han reconocido que, si bien tenían la posibilidad de solicitar una revisión judicial de las decisiones por las que se denegaba su solicitud de asilo ante el Tribunal Federal del Canadá, el abogado que tenían en aquel momento les aconsejó que no lo hicieran, puesto que ello podría incitar a las autoridades a incoar un procedimiento de expulsión a causa de su entrada ilegal en el país. En este contexto, el Comité observa que, según el Estado parte, los autores adultos no han agotado todos los recursos internos disponibles, ya que no han solicitado la admisión a trámite de una revisión judicial de la decisión negativa de la División de la Protección de los Refugiados ni de la decisión negativa de la evaluación del riesgo antes de la expulsión, a pesar de que tenían la posibilidad de hacerlo. El Estado parte indica que este procedimiento constituye un recurso efectivo en el presente caso¹⁷. Como ha reconocido el Comité en numerosas ocasiones, por regla general un Estado parte no puede ser considerado responsable de los errores u omisiones de un asesor jurídico independiente¹⁸. El Comité considera, por consiguiente, que lo dispuesto en el artículo 5, párrafo 2 b), del Protocolo Facultativo constituye un obstáculo para el examen de la presente comunicación.

7. Por lo tanto, el Comité de Derechos Humanos decide:

- a) Que la comunicación es inadmisibles en virtud del artículo 5, párrafo 2 b), del Protocolo Facultativo;
- b) Que la presente decisión se ponga en conocimiento de los autores y del Estado parte.

¹⁶ *Warsame c. el Canadá* (CCPR/C/102/D/1959/2010), párr. 7.4, y *P. L. c. Alemania* (CCPR/C/79/D/1003/2001), párr. 6.5.

¹⁷ *Choudhary y otros c. el Canadá* (CCPR/C/108/D/1898/2009), párr. 8.3, y *Warsame c. el Canadá*, párr. 7.4. Véanse también *Shodeinde c. el Canadá* (CAT/C/63/D/621/2014), párrs. 6.5 a 7, y *Nakawunde c. el Canadá* (CAT/C/64/D/615/2014), párrs. 6.6 a 6.9.

¹⁸ *Edwards c. Jamaica*, párr. 5.2; y *Henry c. Jamaica*, párr. 7.4.

Anexo

Voto particular conjunto (disidente) de José Manuel Santos Pais y Gentian Zyberi.

1. Lamentamos no poder apoyar la decisión del Comité de considerar inadmisibles esta comunicación (véase el párr. 7 de la decisión), ya que las autoridades canadienses no han tenido suficientemente en cuenta el interés superior de los niños en este caso.
2. Los autores de la comunicación son el Sr. H. S. y la Sra. A. K., de nacionalidad india, que llegaron al Canadá en 2008. Actúan en su propio nombre y en el de sus hijos menores de edad: J. S., nacido en 2009, y R. K., nacida en 2010, ambos ciudadanos canadienses (véase el párr. 1.1).
3. La solicitud de asilo de los autores adultos fue rechazada en 2015, al igual que su solicitud de evaluación del riesgo antes de la expulsión, que fue desestimada en 2016 (véase el párr. 2.7). Al haberseles ordenado abandonar el Canadá, probablemente ya habrían sido expulsados si el Comité no hubiera pedido al Canadá que suspendiera su expulsión mientras se estuviera examinando la comunicación (véase el párr. 1.2).
4. El Estado parte parece haber tomado la decisión de expulsar a los autores adultos y, por lo tanto, no se ha tenido debidamente en cuenta el problema de los niños, que son ciudadanos canadienses. Las autoridades canadienses se pusieron en contacto con las autoridades indias para obtener los documentos de viaje necesarios para la expulsión de los autores, y también obtuvieron visados de turista para los niños con una validez de 180 días (véase el párr. 2.10).
5. No obstante, en octubre de 2016 los autores adultos presentaron una solicitud de residencia permanente por razones humanitarias, alegando principalmente el interés superior de sus hijos. Sin embargo, este procedimiento, que normalmente dura entre 30 y 42 meses, no impediría la expulsión (véase el párr. 2.8). Curiosamente, esta solicitud fue rechazada rápidamente en marzo de 2017.
6. Posteriormente, los autores solicitaron una revisión judicial ante el Tribunal Federal, que sigue pendiente, como reconoce el Canadá (véanse los párrs. 4.3, 5.3 y 6.4). A este respecto, en noviembre de 2017 los autores y el Estado canadiense llegaron a un acuerdo fuera de los tribunales, por el que el Estado parte aceptaba examinar de nuevo la solicitud antes de que se celebrara una audiencia ante el Tribunal (véase el párr. 5.3). Por lo tanto, parece que Canadá está dispuesto a seguir estudiando este caso.
7. Es cierto que, si bien los autores tenían la posibilidad de solicitar una revisión judicial de las decisiones por las que se denegaba su solicitud de asilo ante el Tribunal Federal del Canadá, el abogado que tenían en aquel momento les aconsejó que no lo hicieran (véase el párr. 2.9).
8. Este hecho llevó al Canadá a considerar inadmisibles las reclamaciones de los autores adultos, debido a que no se habían agotado los recursos internos (véase el párr. 4.3), y dio lugar a la decisión de inadmisibilidad del Comité (véase el párr. 7).
9. Sin embargo, este razonamiento se basa exclusivamente en el comportamiento de los autores adultos. ¿Qué hay de sus hijos? ¿Deben ser víctimas de las decisiones de sus padres?
10. Al parecer, para el Canadá (véase el párr. 4.7), la expulsión de los autores adultos conllevaría también la expulsión de sus hijos, aun cuando, a diferencia de sus padres, sean ciudadanos canadienses. De hecho, aunque son menores de edad, no parece que se hayan adoptado medidas para garantizar que puedan permanecer en el Canadá, incluso mediante la tutela o un arreglo equivalente. A este respecto, el Estado parte se limita a afirmar que se han tenido en cuenta los intereses de los niños, ya que ellos mismos no son objeto de una orden de expulsión (véanse los párrs. 4.4 y 4.7).
11. Sin embargo, el Estado parte no explica cómo atendería las necesidades de los dos niños si permanecieran en el Canadá después de la expulsión de sus padres, ni tampoco

cómo, durante el procedimiento, se ha prestado la debida atención a los vínculos familiares de la persona interesada, de conformidad con el artículo 23 del Pacto (véase el párr. 4.7).

12. Una expulsión del Canadá, que obligaría a los niños a acompañar a sus padres a un país que no conocen y del que no tienen la nacionalidad, podría constituir una injerencia en su vida privada y familiar que vulneraría los artículos 17 y 23 del Pacto. Además, dado que solo disponen de un visado de turistas indio cuya validez está limitada a 180 días, los niños corren el riesgo de verse en una situación de precariedad en cuanto a su residencia una vez vencido ese plazo. Entonces tendrían que separarse de sus padres para regresar al Canadá o permanecer ilegalmente en la India. La separación familiar, como resultado indirecto de la orden de expulsión, podría causar un daño irreparable a los niños (véase el párr. 3.3) y ser arbitraria.

13. La expulsión de la familia también podría dar lugar a una violación del artículo 24 del Pacto, en particular en lo que respecta a la salud de los niños, de los que uno es asmático (véase el párr. 3.1) y, por lo tanto, requiere atención médica especial, y a su educación, que no se impartiría en las mismas condiciones que en el Canadá (véase el párr. 3.4). Los niños abandonarían el sistema educativo al que están acostumbrados y a sus amigos, y se verían sometidos a un entorno totalmente ajeno a ellos.

14. Sin embargo, según artículo 24, párrafo 1, del Pacto, la protección de los niños es responsabilidad no solo de los padres, sino también del Estado parte.

15. La separación de una persona del resto de su familia en el marco de una expulsión puede considerarse una injerencia arbitraria en la vida familiar si los efectos de la separación son desproporcionados con respeto a los objetivos perseguidos.

16. Además, en los casos en que una parte de la familia ha de abandonar el territorio del Estado mientras que la otra tiene derecho a quedarse, los criterios pertinentes para determinar si se puede justificar objetivamente esa injerencia en la vida familiar deben tener en cuenta la importancia de las razones del Estado parte para expulsar al interesado (véase a este respecto el párr. 4.8, en el que el Estado parte parece dar por segura la condena penal del Sr. H. S.) y la magnitud de las dificultades que experimentarían la familia y sus miembros como consecuencia de la expulsión (véase el párr. 5.4).

17. En el presente caso, dado que aún hay un procedimiento pendiente, que, por consiguiente, el problema de la residencia permanente de los autores adultos no se ha resuelto definitivamente, y que todavía existe la posibilidad de un procedimiento de reunificación familiar (de los niños, que son ciudadanos canadienses, hacia sus padres), habríamos preferido que se adoptase la decisión de solicitar al Canadá que suspendiera la ejecución de la expulsión de los autores adultos mientras se estuviera examinando su solicitud¹, a fin de preservar durante ese tiempo la unidad de la familia y de respetar el interés superior de los niños en cuestión.

¹ *Nakawunde c. el Canadá* (CAT/C/64/D/615/2014), párr. 6.9.