



**Pacto Internacional
de Derechos Civiles
y Políticos**

Distr.
RESERVADA *

CCPR/C/78/D/1014/2001
18 de septiembre de 2003

ESPAÑOL
Original: INGLÉS

COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS

78º período de sesiones

14 de julio a 8 de agosto de 2003

DICTAMEN

Comunicación N° 1014/2001

<i>Presentada por:</i>	Sr. Omar Sharif Baban (representado por el abogado Nicholas Poynder)
<i>Presuntas víctimas:</i>	El autor y su hijo, Bawan Heman Baban
<i>Estado Parte:</i>	Australia
<i>Fecha de la comunicación:</i>	19 de diciembre de 2000 (comunicación inicial)
<i>Referencias:</i>	Decisión del Relator Especial conforme al artículo 91 del reglamento, transmitida al Estado Parte el 20 de septiembre de 2001 (no se publicó como documento)
<i>Fecha de aprobación del dictamen:</i>	6 de agosto de 2003

El 6 de agosto de 2003, el Comité de Derechos Humanos aprobó su dictamen, emitido a tenor del párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo, respecto de la comunicación N° 1014/2001. El texto del dictamen figura en el anexo del presente documento.

[Anexo]

* Se divulga por decisión del Comité de Derechos Humanos.

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
-78º PERÍODO DE SESIONES-**

respecto de la

Comunicación N° 1014/2001**

Presentada por: Sr. Omar Sharif Baban (representado por el abogado
Nicholas Poynder)

Presuntas víctimas: El autor y su hijo, Bawan Heman Baban

Estado Parte: Australia

Fecha de la comunicación: 19 de diciembre de 2000 (comunicación inicial)

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

Reunido el 6 de agosto de 2003,

Habiendo concluido el examen de la comunicación N°1014/2001, presentada al Comité de Derechos Humanos por el Sr. Omar Sharif Baban 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:

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

1.1. El autor de la comunicación es Omar Sharif Baban, nacido el 3 de mayo de 1976, nacional iraquí de origen étnico kurdo. Presenta la comunicación en su propio nombre y en el de su hijo Bawan Heman Baban, nacido el 3 de noviembre de 1997, también nacional del Iraq y de origen

* Participaron en el examen de la comunicación los siguientes miembros del Comité:
Sr. Abdelfattah Amor, Sr. Prafullachandra Natwarlal Bhagwati, Sr. Franco Depasquale,
Sr. Maurice Glèlè Ahanhanzo, Sr. Walter Kälin, Sr. Ahmed Tawfik Khalil,
Sr. Rajsoomer Lallah, Sr. Rafael Rivas Posada, Sir Nigel Rodley, Sr. Martin Scheinin,
Sr. Hipólito Solari Yrigoyen, Sra. Ruth Wedgwood y Sr. Roman Wieruszewski.

** Se adjuntan al presente documento los textos de dos votos particulares firmados por los miembros del Comité Sir Nigel Rodley y Sra. Ruth Wedgwood.

étnico kurdo. El autor y su hijo estaban detenidos en el momento en que se presentó la comunicación en el centro de detención de Villawood en Sydney (Australia)¹. El autor pretende que ambos han sido víctimas de la violación por Australia del artículo 7, el párrafo 1 del artículo 9, el párrafo 1 del artículo 10, el artículo 19 y el párrafo 1 del artículo 24 del Pacto. El autor está representado por un abogado.

1.2. El 20 de septiembre de 2001, el Comité de Derechos Humanos, por conducto de su Relator Especial sobre Nuevas Comunicaciones, pidió al Estado Parte, en cumplimiento del artículo 86 de su reglamento, que no devolviese al autor ni a su hijo al Iraq si el Tribunal Supremo rechazaba la solicitud del autor, cuyo examen estaba previsto el 12 de octubre de 2001, ni mientras el Comité estuviese examinando el caso.

Los hechos expuestos

2.1. El autor afirma que era, en el Iraq, miembro activo de la Unión Patriótica del Kurdistan (PUK), que había sido amenazado por el Partido Democrático del Kurdistan (KDP) y que fue blanco de un agente del Mujabarar iraquí enviado para practicar varios asesinatos en el norte del Iraq.

2.2. El 15 de junio de 1999, el autor y su hijo llegaron a Australia sin documentación de viaje y fueron detenidos en aplicación del párrafo 1 del artículo 189 de la Ley de migración de 1958. El 28 de junio de 1999 los autores solicitaron la condición de refugiados. El 7 de julio de 1999, un funcionario del Departamento de Inmigración y Asuntos Multiculturales (DIMA) entrevistó al autor.

2.3. El 13 de julio de 1999, el DIMA rechazó la solicitud del autor. El 6 de septiembre de 1999, el Tribunal de Revisión de Asilo y Refugio (RRT) desestimó la apelación del autor contra la decisión del DIMA. El 10 de septiembre de 1999, el DIMA advirtió al autor que su caso no reunía las condiciones necesarias para que el Ministro ejerciese su facultad discrecional de autorizar a una persona a permanecer en Australia por razones humanitarias. El 12 de abril de 2000, el Tribunal Federal (Whitlam J) desestimó la solicitud de revisión de la decisión del RRT.

2.4. El 24 de julio de 2000, el autor, junto con otros detenidos, participó en una huelga de hambre en una sala de recreo del centro de detención Villawood de Sydney. El autor afirma que el 26 de julio de 2000 se privó a quienes practicaban la huelga de hambre de energía eléctrica y de todo contacto con el mundo exterior. Se afirma que el agua que se les proporcionó en botellas contenía un fármaco. Se afirma también que los vigilantes hacían ruido para impedirles dormir. El 27 de julio de 2000, se sacó por la fuerza a los huelguistas (y al hijo del autor) del lugar donde se hallaban y se les transfirió a otro centro situado en Port Hedland, Australia occidental. En Port Hedland, el autor y su hijo fueron internados en una celda de aislamiento sin ventana ni inodoro. El quinto día de su incomunicación (su hijo recibió alimentos con regularidad a partir del día *siguiente* a la llegada), el autor interrumpió la huelga de hambre y ocho días más tarde se le trasladó a una celda normal. El autor afirma que, durante el período de incomunicación, se le negó el acceso a su abogado. El 15 de agosto de 2000 se devolvió al autor y a su hijo al centro

¹ Véase, sin embargo, el párrafo 2.6.

de Villawood en Sydney para que asistiesen a la audiencia de su causa ante el Pleno del Tribunal Federal.

2.5. El 21 de septiembre de 2000, el Pleno del Tribunal Federal desestimó la ulterior apelación del autor contra la decisión del Tribunal Federal. Ese mismo día, el autor solicitó autorización especial para acudir en apelación al Tribunal Supremo de Australia.

2.6. En junio de 2001, el autor y su hijo huyeron del centro de Villawood y no se conoce con exactitud su paradero actual. El 16 de julio de 2001, el Registro del Tribunal Supremo de Australia programó la audiencia de la causa del autor para el 12 de octubre de 2001. El 15 de octubre de 2001, el Tribunal Supremo aplazó dicha audiencia hasta que el autor y su hijo fuesen localizados.

La denuncia

3.1. El autor alega que el trato que se le dio mientras se hallaba en huelga de hambre, su traslado forzoso, no haber alimentado a su hijo a la llegada a Port Hedland y su detención allí en régimen de incomunicación durante 13 días violan el artículo 7. En segundo lugar, el autor alega que su deportación y la de su hijo al Iraq le expondría necesaria y previsiblemente a torturas o "malos tratos graves" a causa de su pasado en ese país y supondría una violación por el Estado Parte del artículo 7². Se refiere además a diversos informes para corroborar su alegación de que existe un cuadro persistente de violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos en el Iraq³.

3.2. El autor sostiene que la detención preceptiva a la llegada y el hecho de que ni los tribunales ni las autoridades administrativas ordenaran su liberación constituye, como concluyó el Comité en *A. c. Australia*⁴, una violación de los párrafos 1 y 4 del artículo 9. El autor observa que el Estado Parte no ha expuesto ninguna razón que justifique la prolongada detención del autor.

3.3. El autor alega también que su detención en régimen de incomunicación durante 13 días y el trato general que se le dio durante la detención equivalen a una violación del párrafo 1 del artículo 10. El autor cita en apoyo la jurisprudencia anterior del Comité⁵ y la Observación

² El autor se refiere a las decisiones del Comité en el caso *A. R. J. c. Australia*, N° 692/1996, dictamen aprobado el 11 de agosto de 1997, y en el caso *T. c. Australia*, N° 706/1996, dictamen aprobado el 4 de noviembre de 1997.

³ Situación de los derechos humanos en el Iraq, informe presentado por el Relator Especial de conformidad con la resolución 1998/65 de la Comisión de Derechos Humanos (E/CN.4/1999/37), 26 de febrero de 1999, párrs. 82 y 83; y Human Rights Watch, *World Report 2000*, disponible en [www.hrw.org/hrw/wr2kl/mideast/iraq.html#government y #kurdistan](http://www.hrw.org/hrw/wr2kl/mideast/iraq.html#government%20y%20#kurdistan).

⁴ Caso N° 560/1993, dictamen aprobado el 3 de abril de 1997.

⁵ El autor menciona el caso *Arzuada Gilboa c. el Uruguay*, N° 147/1983, dictamen aprobado el 2 de noviembre de 1985, en el que el Comité consideró que existía una violación del párrafo 1 del artículo 10 porque el período de incomunicación duró 15 días.

general N° 21 sobre los derechos de las personas privadas de libertad, las observaciones de los Relatores Especiales de las Naciones Unidas sobre la tortura y sobre los estados de excepción⁶, así como las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos⁷.

3.4. El autor alega que la huelga de hambre que hizo era una expresión legítima de su derecho a la protesta y que el trato que recibió en Villawood y su traslado forzoso a Port Hedland violaron sus derechos protegidos por el artículo 19. No se hizo ninguna referencia a la seguridad nacional ni a la moral, la salud o el orden público para justificar las medidas tomadas.

3.5. El autor afirma además que el internamiento de su hijo y el trato que recibió violan sus derechos en virtud del párrafo 1 del artículo 24, que se debe interpretar teniendo en cuenta las obligaciones enunciadas en la Convención sobre los Derechos del Niño. No se prestó ninguna atención a su interés superior ni a la posibilidad de su liberación. Según el autor, el argumento de que su interés superior consistía en estar con su padre es falaz, porque la detención prolongada del padre no se justificaba y se podía haber liberado a los dos en espera de que se tomase una decisión sobre sus solicitudes de asilo.

Exposición del Estado Parte sobre la admisibilidad y el fondo de la comunicación

4.1. En sus comunicaciones de 26 de marzo de 2002, el Estado Parte refuta la admisibilidad y el fondo de la comunicación y alega, a título preliminar, que el abogado del autor no tiene poder para representarlo. El Estado Parte alega que, dado el largo tiempo que transcurrió entre que se le otorgó el poder y la presentación de la comunicación, junto con la fuga del autor y de su hijo, no es evidente que el abogado del autor siga teniendo poder para seguir tramitando la comunicación en nombre suyo.

4.2. En cuanto a la denuncia del autor en virtud del artículo 7 relativa a la expulsión al Iraq, el Estado Parte observa que la apelación del autor ante el Tribunal Supremo en relación con su solicitud de asilo sigue pendiente hasta que se haya determinado su paradero y que, por lo tanto, no se han agotado todavía los recursos disponibles y eficaces. El Estado Parte sostiene también que no hay ninguna víctima: antes de la fuga del autor, no había tomado ninguna medida para su devolución y, como el autor y su hijo se han sustraído a la justicia, la cuestión de su devolución es por el momento puramente hipotética. El Estado Parte sostiene además que esta denuncia es inadmisibles porque no se la ha fundamentado.

⁶ El autor señala que el Relator Especial sobre la tortura ha observado que la detención en régimen de incomunicación "en ningún caso debe superar los siete días" (E/CN.41/1986/15), mientras que el Relator Especial sobre los estados de excepción ha pedido que se considere que no se puede suspender el derecho de hábeas corpus u otros recursos efectivos de inmediata aplicación (citado en Marks, S. "Civil Liberties at the Margin: the UK Derogation and the European Court of Human Rights", (1995) 15 *Oxford Journal of Legal Studies* 69, 82 y 83.

⁷ El autor observa que la Tercera Comisión de la Asamblea General hizo referencia expresa a las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos (1957) cuando examinó en 1958 el proyecto de artículo 10. El Comité tiene en cuenta estas Reglas referentes al artículo 10, tanto en su Observación general N° 21, como cuando examina los informes periódicos presentados por los Estados Partes de conformidad con el Pacto.

4.3. En cuanto a la denuncia formulada en virtud de los artículos 7 y 10 en relación con los malos tratos y las condiciones de detención, el Estado Parte arguye que existen diversas acciones civiles que se pueden incoar y en las que habría que demostrar las alegaciones formuladas (denegadas por el Estado Parte) sobre la base de su probabilidad. Entre esas acciones cabe citar una acción contra la Commonwealth por negligencia con abuso de derecho en el ejercicio de funciones públicas, amenaza de uso de la fuerza y agresión. Además, cabe presentar a la policía una denuncia penal por agresión ilícita. El autor podría denunciar el tratamiento que recibió durante la detención al Defensor del Pueblo, que está facultado para formular recomendaciones al DIMA. El Estado Parte señala además que el autor ha presentado una queja a la Comisión de Derechos Humanos e Igualdad de Oportunidades, que no se ha decidido todavía. También alega que estas denuncias y quejas no están suficientemente fundamentadas, por ejemplo, no se presentan declaraciones de testigos en apoyo de la alegación ni se indica qué detenidos o vigilantes podrían testimoniar.

4.4. En cuanto a la reclamación del autor en virtud del artículo 9, el Estado Parte alega que el aplazamiento de la audiencia en el Tribunal Supremo significa que todavía puede presentarse el recurso. Además, se sigue disponiendo en el Tribunal Supremo del procedimiento de hábeas corpus para verificar la legalidad de la detención. El Estado Parte alega además que estas denuncias no están fundamentadas, porque el autor ha tenido acceso efectivo a los tribunales, que están facultados para determinar la legalidad de la detención.

4.5. El Estado Parte sostiene que la denuncia en virtud del artículo 19 es incompatible con el Pacto, porque la huelga de hambre no es una expresión a través de un "medio" protegido por el párrafo 2 del artículo 19, ni había sido contemplada por los redactores del Pacto. No pertenece a la misma clase que los medios orales, escritos, impresos o artísticos, que es el contexto de la disposición. A juicio del Estado Parte, esta alegación está también insuficientemente fundamentada y, por las razones indicadas en relación con los artículos 7 y 10 en materia de malos tratos durante la detención, sigue habiendo recursos internos disponibles.

4.6. Respecto de la denuncia en virtud del artículo 24, el Estado Parte observa que el autor, en su calidad de padre y tutor, está facultado para incoar recursos en nombre de su hijo. Hay varios recursos disponibles para reivindicar los derechos de su hijo: se ha presentado una queja ante la Comisión de Derechos Humanos e Igualdad de Oportunidades, que sigue pendiente y se pueden presentar sendas quejas al DIMA por el tratamiento recibido durante la detención y al Defensor del Pueblo, e incoar una acción de hábeas corpus ante el Tribunal Supremo de Australia para impugnar su detención.

4.7. En cuanto al fondo, el Estado Parte niega que alguna de las denuncias revele una violación del Pacto. En cuanto a la afirmación de malos tratos contrarios a los artículos 7 y 10, el Estado Parte observa que en el informe efectuado sobre el incidente se llegaba a la conclusión de que se cortó la corriente eléctrica en la sala de recreo de Villawood a las 9 de la mañana porque se habían proferido amenazas de autoelectrocución. En los demás lugares había corriente y los detenidos podían salir de la sala libremente y en cualquier momento. El Estado Parte indica que el corte de la energía eléctrica durante un breve período de tiempo (menos de un día) fue necesario para garantizar la seguridad de los detenidos y, por lo tanto, no violó el artículo 7. En el informe se dice también, a diferencia de lo que se pretende, que el abastecimiento de agua se mantuvo en todo momento. El Estado Parte niega que se drogase al autor o a cualquier otra

persona; en el informe no se descubrieron pruebas de ello ni siquiera de que se hubiesen suministrado botellas de agua.

4.8. En cuanto a la alegación de que se había denegado al autor el contacto con el mundo exterior, el Estado Parte señala que el acceso a la sala de recreo se suspendió la tarde del 24 de julio de 2000 por razones de seguridad. El 25 de julio de 2000, se suspendió en todo el centro el contacto directo y telefónico. Estas medidas se aplicaron durante un breve período y eran necesarias dadas las circunstancias, pero los detenidos podían salir libremente de la sala en cualquier momento. La situación no equivale por lo tanto a una detención en régimen de incomunicación, en la que el detenido está totalmente aislado del mundo exterior. El Estado Parte niega que los vigilantes les impidieran dormir y en la investigación no se descubrió ninguna prueba (como declaraciones de los detenidos o los vigilantes) que apoyase esa denuncia.

4.9. En cuanto a que se le esposara cuando se le sacó del centro, el Estado Parte observa en la respuesta del DIMA a la encuesta efectuada por la Comisión de Derechos Humanos e Igualdad de Oportunidades que se detuvo y evacuó de la sala a los huelguistas pacíficamente, sin utilizar la fuerza y sin que se produjese incidente alguno. Los movimientos del autor se limitaron lo menos posible (es decir, que se podía mover lo suficiente para ayudar a su hijo), con ligaduras de plástico en las muñecas, como medida de precaución porque pertenecía a la categoría de detenido muy peligroso con problemas de comportamiento conocidos. La ligadura se utilizó corto tiempo durante la transferencia y la razón de su empleo fue proteger la seguridad de los vigilantes y de los detenidos. Después del despegue se retiraron las ligaduras. En ningún momento del viaje se utilizaron ligaduras (aparte de los cinturones de seguridad) en el hijo del autor ni en ningún otro menor.

4.10. El Estado Parte niega que no se diese de comer al hijo del autor a su llegada a Port Hedland; el Estado Parte observa que los detenidos llegaron a las 14.40 horas del día 29 de julio de 2000 y que se les dio de comer a las 18.40 de esa misma tarde. La comida se entregó al edificio donde se hallaba el autor. El autor y otros rehusaron salir de sus habitaciones, de modo que se les llevó la comida allí para que pudiesen comer si deseaban hacerlo. Había leche para los adultos y los niños. Además, todos los pasajeros del vuelo en que se trasladó al autor y a su hijo de Sydney a Port Hedland recibieron un almuerzo y refrescos.

4.11. En cuanto a la presunta detención en régimen de incomunicación en Port Hedland, el Estado Parte observa que, aparte de la primera noche (el 29 de julio de 2000) durante la cual se confinó a los detenidos en celdas para una evaluación de seguridad y una entrevista individual, todos los detenidos tuvieron libertad para desplazarse por todo el edificio, incluida la sala común y el patio para ejercicio al aire libre. El autor hizo cuatro llamadas telefónicas desde Port Hedland y declinó la oferta que se le hizo de telefonar una vez más el 11 de agosto de 2000. No pidió hablar con su abogado ni con amigos. El Estado Parte impugna la afirmación de que estuvo en una celda de incomunicación; su celda se hallaba en un bloque normal con 12 celdas en cada uno de los dos niveles. Cada uno de estos niveles tiene servicios de aseo centrales y una sala común con un fregadero, una nevera, un horno de microondas y televisión. Todas las celdas tienen luz natural y cabida para cuatro personas y el autor y su hijo se hallaban en una de esas celdas. Todos los detenidos tienen libertad de movimiento por todo el edificio, incluida la sala común y el patio para ejercicio al aire libre. De todo lo dicho se sigue que el autor no ha demostrado la existencia de ningún acto u omisión de tal gravedad que pueda

plantear problemas, habida cuenta de la jurisprudencia del Comité, en relación con el artículo 7 o con el párrafo 1 del artículo 10.

4.12. En lo que concierne a la denuncia en virtud del artículo 7 relativa a la devolución del autor al Iraq, el Estado Parte alega que la obligación de no deportación no se extiende a todos los derechos protegidos por el Pacto sino que se limita a los derechos más fundamentales relacionados con la integridad física y mental de la persona. Añade que el autor y su hijo no correrían ningún riesgo de tortura o tratos análogos si se le devolviese al Iraq y hasta la fecha Australia no ha devuelto a ningún iraquí a ese país. Como su paradero es desconocido, no se ha propuesto por ahora la devolución y, si se le llegase a ubicar, se tomaría en ese momento la decisión. Aunque se propusiese su devolución, el Estado Parte niega que la consecuencia necesaria previsible sería la tortura o un trato análogo en el Iraq y observa que otros países, por ejemplo los Países Bajos, han devuelto con éxito personas a los territorios del norte del Iraq (controlados por los curdos) sin riesgo alguno. La OIM ofrece también asistencia para el regreso voluntario de los detenidos a esas regiones. El RTT, sobre la base de los hechos, no aceptó que el autor corriese ningún riesgo concreto, ni como presunto miembro del PUK, ni como emigrante ilegal y se invita al Comité a tomar debidamente en consideración las conclusiones de este órgano.

4.13. En relación con el párrafo 1 del artículo 9, el Estado Parte afirma que la detención del autor y de su hijo era lógica y necesaria en todas las circunstancias y no era inadecuada, injusta ni imprevisible. El Estado Parte observa que la detención es lícita con arreglo a la Ley de migración. En cuanto a la arbitrariedad, el Estado Parte afirma que la detención prescriptiva de los inmigrantes es necesaria para cerciorarse de que los extranjeros que llegan a Australia tienen derecho a entrar y para la integridad de su sistema de inmigración. La detención permite que no entre ninguna persona hasta que se haya tramitado debidamente su solicitud y da acceso efectivo a esas personas a la pronta investigación y tramitación de sus solicitudes. Además, en el Estado Parte no existe un sistema de registro o identificación general que se exija para tener acceso al mercado de trabajo o a los servicios públicos o sociales; es difícil pues supervisar a los inmigrantes ilegales en el seno de la comunidad.

4.14. La experiencia del Estado Parte es que, a menos que la detención esté estrictamente controlada, hay una fuerte probabilidad de fuga. El sistema anterior consistente en el internamiento de los inmigrantes no autorizados en albergues sin barreras, con obligación de presentarse a las autoridades, daba como resultado la fuga y la colaboración de las comunidades étnicas locales resultaba difícil. Por consiguiente, es razonable sospechar que dejar libres a los inmigrantes en el seno de la comunidad en espera de que se ultimasen sus solicitudes constituiría un fuerte incentivo para la desaparición ilícita. El Estado Parte señala que el Tribunal Supremo de Australia ha confirmado la constitucionalidad de las disposiciones sobre la detención de los inmigrantes porque ha llegado a la conclusión de que no son punitivas y se pueden razonablemente considerar necesarias a efectos de la deportación o para permitir que se presente y examine una solicitud de entrada⁸. Observa también que existe la posibilidad de liberación en circunstancias excepcionales.

⁸ *Chu Kheng Lim c. el Ministro de Inmigración y Asuntos Multiculturales* (1992) 176 CLR 1.

4.15. Según el Estado Parte, las circunstancias particulares del caso revelan que la detención fue justificable y adecuada. A su llegada, el autor pretendió ignorar todos los detalles relacionados con la documentación y el viaje, lo que indicaba una falta de colaboración y la necesidad de una investigación ulterior. Si se les autorizaba la entrada, el autor y su hijo serían inmigrantes ilegales. Estuvieron inicialmente detenidos para la tramitación de su solicitud de asilo, tenían y siguen teniendo la libertad de irse de Australia en cualquier momento y siguieron detenidos porque eligieron utilizar los recursos de revisión y apelación. Su detención era proporcionada a la finalidad perseguida, es decir, permitir el examen de las solicitudes y las apelaciones del autor y velar por la integridad del derecho de Australia a controlar la entrada en su territorio.

4.16. El Estado Parte alega que los hechos del caso son diferentes de la situación en *A. c. Australia*⁹, caso en el que de todas maneras, a juicio del Estado Parte, se tomó una decisión errónea. En este caso, la duración de la detención antes de la fuga (21 meses) era considerablemente inferior a los cuatro años durante los cuales estuvo detenido *A.* La solicitud de un visado de protección se tramitó dentro de los 15 días en el caso del autor, mientras que, en el caso de *A.* fue de 77 semanas. El Estado Parte alega que, a causa de la fuga del autor, no hay en la actualidad detención ninguna que quepa calificar de arbitraria y el Comité no debe condonar una violación del derecho australiano.

4.17. En cuanto a la denuncia en relación con el párrafo 4 del artículo 9, el Estado Parte observa que el Tribunal Federal está facultado en este caso para reexaminar la denegación de un visado de protección. Como la decisión sobre este visado de protección condujo a que continuase la detención del autor y de su hijo, el Estado Parte sostiene que la posibilidad de acceso al Tribunal Federal (que el autor tuvo) cumple las condiciones del párrafo 4 del artículo 9. Además, existe la posibilidad de que el Tribunal Supremo examine el hábeas corpus para evaluar la legalidad de la detención.

4.18. En lo que se refiere a la denuncia en virtud del artículo 19, el Estado Parte afirma que no se ha presentado ninguna prueba de que la transferencia del autor a Port Hedland violase su derecho a tener opiniones ni su libertad de expresión. En todo momento pudo ejercer esos derechos y en la práctica lo hizo, por ejemplo, firmando un memorando de protesta al Primer Ministro el 14 de julio de 2000. Aunque el Comité considerase que la huelga de hambre es un "medio" de expresión protegido por el párrafo 2 del artículo 19 (cosa que el Estado Parte niega), el Estado Parte afirma que la transferencia no impuso al autor restricción alguna ni estaba concebida como una forma de castigo. En efecto, se respetó el deseo del autor de continuar la huelga de hambre en Port Hedland.

4.19. El Estado Parte observa que la huelga de hambre y el encierro de los detenidos en la sala de recreo de Villawood constituyó un incidente muy grave, en el curso del cual algunos detenidos impidieron a otros que necesitaban asistencia médica recibir dicha asistencia y no dejaron que varios se fuesen de la sala. El incidente amenazaba la salud y el bienestar a largo plazo de algunos detenidos, incluidos un diabético, una mujer embarazada y niños muy pequeños, y la transferencia de los participantes a otro lugar era por lo tanto una cuestión de seguridad. El Estado Parte se remite a las afirmaciones anteriores de que, en Port Hedland, el autor pudo circular en el interior de la instalación y entrar en contacto con el mundo exterior.

⁹ *Op. cit.*

El confinamiento de los detenidos en sus celdas durante una noche para efectuar una evaluación de seguridad no perturbó los derechos del autor protegidos por el artículo 19.

4.20. Aunque el Comité considerase que la transferencia del autor perturbó el ejercicio de sus derechos protegidos en el párrafo 2 del artículo 19, el Estado Parte afirma que, en todo caso, la medida se justificaba con arreglo al párrafo 3 del artículo 19. La transferencia era lícita en virtud del reglamento por el que se rige la dirección de los centros y la supervisión de los detenidos. Esta medida era además necesaria para respetar los derechos de otros detenidos (véase el párrafo precedente), mantener el orden y la seguridad en las instalaciones y proteger la seguridad de los visitantes (las informaciones indicaban que otros detenidos iban a sumarse a la manifestación usando la violencia).

4.21. En cuanto a la denuncia en relación con el artículo 24, el Estado Parte explica que sus normas aplicables a la detención de inmigrantes tienen especialmente en cuenta la salud, la seguridad y el bienestar de los niños. Se ofrecen programas sociales, recreativos y educativos adaptados a las necesidades de cada niño. Se organizan excursiones al exterior. Se proporciona asistencia médica especializada cuando es necesario. Cuando llega un niño al centro, se evalúan sus necesidades en materia de programas educativos, estudios religiosos y actividad recreativa en estrecha consulta con los padres. Se organiza siempre que es posible el contacto con los miembros de la familia en el extranjero y se pone cuidado en ingresar a los niños en un centro donde haya uno o más adultos que puedan ocuparse de ellos y cumplir la función de mentor. Está prevista la posibilidad de que los niños vivan en la comunidad con visados de transición, cuando se pueden tomar las disposiciones adecuadas para su atención y bienestar. Para determinar si un niño puede participar en este programa, se evalúa individualmente su interés supremo. Todos estos servicios están sujetos a un examen administrativo (por ejemplo, por el Grupo Asesor del Estado sobre la Detención de Inmigrantes) y judicial, así como al escrutinio del Parlamento, al que se rinden también cuentas.

4.22. En las circunstancias particulares del hijo del autor, se determinó que su interés consistía en estar en el mismo lugar que su padre, porque no tenía otra familia en Australia. Sólo permaneció en detención en espera de la decisión sobre la situación de su padre y durante la apelación ulterior de éste. La decisión de sacar a los detenidos de la sala de recreo obedecía en particular a la preocupación por la salud de los menores y, para su seguridad, se sacó primero a los niños. El personal se ocupó del hijo del autor durante la transferencia a Port Hedland, donde estuvo albergado con su padre en un edificio normal cerca de otras familias. El asesor del centro visitó varias veces la zona donde se hallaba y organizó juegos y actividades para los niños. El Estado Parte sostiene que estas medidas satisfacen sus obligaciones en virtud del artículo 24.

Comentarios del abogado sobre la comunicación del Estado Parte

5.1. Por carta de 10 de febrero de 2003, el abogado del autor respondió al Estado Parte y alegó, en relación con su facultad de representación, que el Estado Parte pone en duda su poder para representar al autor y que, en el derecho anglosajón, un abogado tiene poder para actuar como representante general de un cliente en todos los asuntos que puedan razonablemente surgir en relación con el caso. La carga de la prueba incumbe a la parte (el Estado) que trate de establecer la ausencia de poder. En el derecho anglosajón, ese poder se prueba presentando copia del apoderamiento firmado, que el abogado recuerda haber añadido a la comunicación original.

5.2. El abogado presenta copia de su declaración jurada fechada el 10 de febrero de 2003 de que: i) después de la fuga del autor recibió una llamada telefónica suya, ii) en noviembre de 2001 habló del autor con un miembro de la comunidad iraquí, y iii) como consecuencia de esta conversación, tiene la seguridad de seguir teniendo poder para tramitar la comunicación.

5.3. En lo que respecta a la admisibilidad de la denuncia con arreglo al artículo 7 relativa a los malos tratos, el abogado se refiere a la jurisprudencia del Comité de que una queja a la Comisión de Derechos Humanos e Igualdad de Oportunidades o al Defensor del Pueblo no son recursos internos eficaces a efectos del Protocolo Facultativo, porque las soluciones propuestas por estos órganos no son ejecutorias ni tienen efecto vinculante¹⁰. Una denuncia al DIMA tendría un efecto semejante. La acción civil no sería un recurso eficaz, porque lo más que se podría conseguir sería la concesión de daños y perjuicios y no el reconocimiento de la violación de un derecho humano, que es la finalidad perseguida con la comunicación. Las sanciones penales no habrían ofrecido un recurso eficaz al autor, pero podían haber conducido al castigo de los culpables. En todo caso, no se hizo ninguna acusación ni se procedió a ninguna investigación penal.

5.4. En relación con la denuncia en virtud del artículo 7 relativa a la devolución del autor al Iraq, el abogado afirma que, si el autor y su hijo son detenidos y cuando lo sean, la Ley de migración impondrá su expulsión y, como nacionales iraquíes, el único lugar al que se les puede expulsar es el Iraq. El abogado supone que el Comité conoce bien la situación actual de los curdos en el Iraq y una grave violación de sus derechos protegidos por el Pacto sería la consecuencia necesaria y previsible de su devolución.

5.5. En relación con el artículo 9, el abogado se refiere a diversos informes en que se critica la política de detención preceptiva del Estado Parte¹¹. El abogado alega también que la decisión del Comité en *A. c. Australia*¹², repetida en *C. c. Australia*¹³, estableció concluyentemente que este régimen viola los párrafos 1 y 4 del artículo 9. El caso actual no es materialmente distinto de los casos anteriores -si acaso la detención de un niño agrava la situación- y se deben aplicar pues los principios que el Comité ha establecido ya.

¹⁰ *C. c. Australia*, caso N° 900/1999, dictamen aprobado el 28 de octubre de 2002.

¹¹ Human Rights and Equal Opportunity Commission "Those who've come across the seas: Detention of unauthorized arrivals", disponible en www.hreoc.gov.au/pdf/human_rights/asylum_seekers/h5_2_2.pdf; United States State Department Country Reports on Human Rights Practices for 2000 (febrero de 2001), disponible en www.state.gov/g/drl/rls/hrrpt/2000/eap/index.cfm?docid=673; Human Rights Watch Special Report *Refugees, Asylum Seekers and Internally Displaced Persons*, disponible en www.hrw.org/wr2k1/special/refugees.2html; Amnistía Internacional, *Informe 2000*; y Steel, Z., Moilica, R. "Detention of asylum seekers: assault on health, human rights and social development", *The Lancet*, vol. 357, 5 de mayo de 2001, 1436.

¹² *Op. cit.*

¹³ *Op. cit.*

Deliberaciones del Comité

Examen de la admisibilidad

- 6.1. Antes de examinar las reclamaciones contenidas en una comunicación, el Comité de Derechos Humanos debe decidir, de conformidad con el artículo 87 de su reglamento, si la comunicación es admisible en virtud del Protocolo Facultativo del Pacto.
- 6.2. El Comité ha comprobado que el mismo asunto no ha sido sometido ya a otro procedimiento de examen o arreglo internacional a los efectos del apartado a) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo.
- 6.3. En cuanto al rechazo por el Estado Parte de la representatividad del abogado en esta comunicación, el Comité opina que el poder otorgado debidamente antes de que se presentase la comunicación confiere, en circunstancias ordinarias, poder bastante al abogado para seguir tramitando la comunicación hasta su término. En el caso actual, el Comité no considera que ni el período de tiempo transcurrido antes de que se presentase e inscribiese efectivamente la comunicación ni otras circunstancias ulteriores impiden inferir que el abogado tenía y sigue teniendo poder suficiente.
- 6.4. En cuanto a la denuncia del autor con arreglo al artículo 7 en relación con su posible deportación al Iraq, el Comité observa que, después de su fuga, el Tribunal Supremo aplazó el recurso de apelación contra la decisión del RRT hasta que se averiguara su paradero. De ello se desprende que, en este momento, sigue habiendo recursos internos disponibles en relación con su denuncia. Esta denuncia es por lo tanto inadmisibles en virtud del párrafo 2 b) del artículo 5 del Protocolo Facultativo.
- 6.5. En cuanto a la denuncia de malos tratos en relación con los artículos 7 y 10 por el trato recibido por el autor y su hijo en Villawood, su traslado a Port Hedland y el trato recibido allí, el Comité toma nota de la respuesta del Estado Parte a las cuestiones suscitadas, incluidos los resultados de las investigaciones emprendidas, y de que los autores no han refutado dichas conclusiones. Por lo tanto, dadas las circunstancias, el Comité opina que los autores no han fundamentado, a efectos de admisibilidad, estas denuncias. Esta parte de la comunicación es por lo tanto inadmisibles con arreglo al artículo 2 del Protocolo Facultativo.
- 6.6. En cuanto a las denuncias del autor en virtud del artículo 9, el Comité toma nota de que el Tribunal Supremo del Estado Parte ha dictaminado que las disposiciones sobre la detención preceptiva son constitucionales. El Comité observa en relación con su jurisprudencia anterior que, como resultado, la única consecuencia del recurso de hábeas corpus en el Tribunal Supremo o en cualquier otro tribunal sería una confirmación de que las disposiciones sobre la detención preceptiva se aplican al autor en tanto que inmigrante no autorizado. Por lo tanto, el autor no dispone de ningún recurso eficaz para impugnar su detención en relación con el artículo 9 y estas denuncias son por lo tanto admisibles.
- 6.7. Respecto a la denuncia del autor con arreglo al artículo 19, el Comité, incluso suponiendo, en aras del debate, que la huelga de hambre se puede incluir en el derecho de libertad y expresión protegido por ese artículo, considera, habida cuenta de la inquietud que expresa el Estado Parte por la salud y la seguridad de los detenidos, incluidos niños pequeños y otras personas, que las

medidas tomadas lícitamente para sacar a los huelguistas de un lugar que suscitaba esa inquietud se puede interpretar adecuadamente como una de las restricciones legítimas previstas en el párrafo 3 del artículo 19. Se desprende que el autor no ha fundamentado, a efectos de la admisibilidad, su denuncia de violación de sus derechos protegidos en el artículo 19 del Pacto.

6.8. En cuanto a la denuncia en virtud del artículo 24, el Comité toma nota del argumento del Estado Parte de que, en ausencia de otros familiares en Australia, el interés superior del hijo pequeño del autor se protegía de un modo óptimo haciéndole vivir con su padre. El Comité considera, a la luz de la explicación que ha dado el Estado Parte de los esfuerzos desplegados para ofrecer a los niños programas adecuados educativos, recreativos y de otra clase, incluso fuera del centro, que la denuncia de violación de sus derechos en virtud del artículo 24 está, en estas circunstancias, insuficientemente fundamentada a efectos de la admisibilidad. En la medida en que la denuncia fundada en el artículo 24 se refiere a su sujeción al régimen de detención preceptiva, el Comité considera que esta cuestión se debe examinar en el contexto del artículo 9, junto con la correspondiente denuncia admisible de su padre.

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 cuanto a la reclamación en virtud del párrafo 1 del artículo 9, el Comité recuerda su jurisprudencia de que, para evitar la caracterización de arbitrariedad, la detención no deberá mantenerse más allá del plazo que el Estado Parte pueda justificar debidamente¹⁴. En el presente caso, la detención del autor en su calidad de extranjero sin permiso de entrada continuaría, de manera preceptiva, hasta que se lo expulsara o se le concediera un permiso. Si bien el Estado Parte justifica la detención mediante razones particulares (párrs. 4.15 y ss.), el Comité observa que el Estado Parte no ha demostrado que esas razones justificaran el mantenimiento del autor en detención en vista del tiempo transcurrido y las circunstancias del caso, como las dificultades de una detención prolongada para su hijo o el hecho de que durante el período que se examina el Estado Parte al parecer no expulsó a iraquíes de su territorio (párr. 4.12). En particular, el Estado Parte no ha demostrado que, en vista de las circunstancias particulares del autor, no existieran medios menos invasivos para alcanzar los mismos fines, es decir el cumplimiento de las políticas inmigratorias del Estado Parte, por ejemplo imponiendo la obligación de presentarse periódicamente ante las autoridades, exigiendo garantías u otras condiciones. El Comité observa también que en el presente caso el autor no pudo cuestionar su detención ante los tribunales. El recurso contra la detención se habría limitado a determinar si el autor era un extranjero sin documentación válida de entrada y, por aplicación directa de la legislación pertinente, el tribunal no habría podido escuchar los argumentos sobre la ilicitud de la detención individual con arreglo al Pacto. El examen judicial de la legalidad de la detención en virtud del párrafo 4 del artículo 9 no se limita a determinar si la detención cumple con la ley, sino que debe incluir la posibilidad de ordenar la liberación si la detención es incompatible con los requisitos del Pacto, en particular las disposiciones del párrafo 1 del artículo 9¹⁵. En el presente caso, el autor y su hijo

¹⁴ *A c. Australia y C. c. Australia, op. cit.*

¹⁵ *Ibíd.*

permanecieron en detención debido a su situación migratoria durante casi dos años sin que existiera una justificación individual y sin que tuvieran ninguna posibilidad de solicitar a un tribunal que examinara si la detención era compatible con el Pacto. Por consiguiente, se violaron los derechos del autor y de su hijo consagrados en los párrafos 1 y 4 del artículo 9 del Pacto.

8. El Comité de Derechos Humanos, actuando de conformidad con el párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, considera que los hechos que se han expuesto ponen de manifiesto una violación de los párrafos 1 y 4 del artículo 9 del Pacto en relación con el autor y su hijo.

9. De conformidad con lo dispuesto en el apartado a) del párrafo 3 del artículo 2 del Pacto, el Estado Parte tiene la obligación de proporcionar a los autores un recurso efectivo, incluida una indemnización.

10. Teniendo en cuenta que, al pasar a ser Parte en el Protocolo Facultativo, el Estado Parte ha reconocido la competencia del Comité para determinar si se ha producido una violación del Pacto y que, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 2 del Pacto, el Estado Parte se ha comprometido a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el Pacto, el Comité desea recibir del Estado Parte, dentro del plazo de 90 días, información sobre las medidas que haya adoptado para dar efecto a su dictamen. Se pide también al Estado Parte que publique el dictamen del Comité.

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

**Voto particular del miembro del Comité Sir Nigel Rodley
(parcialmente disidente)**

Por las razones que expuse en mi voto particular en el caso *C. c. Australia* (caso N° 900/1999, dictamen aprobado el 28 de octubre de 2002), estoy de acuerdo con la conclusión del Comité de que ha existido una violación del párrafo 1 del artículo 9, pero no con su conclusión de que se ha violado el párrafo 4 de dicho artículo.

(Firmado): Nigel Rodley

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

Opinión particular de la Sra. Ruth Wedgwood, miembro del Comité (disidente)

Me resulta imposible compartir la suposición del Comité de que toda norma legislativa que requiere la detención de cualquier clase de inmigrantes ilegales en un país y que limita el poder de decisión de un tribunal durante los procedimientos de inmigración debe *per se* violar el artículo 9 del Pacto. La garantía del artículo 9 contra la detención arbitraria, a juicio del Comité, requiere no simplemente que la persona tenga acceso a un examen judicial, sino que las normas para la evaluación que hará el tribunal no estén sometidas a restricciones. Las propias conclusiones objetivas de la legislatura acerca del éxito o el fracaso de las políticas de puesta en libertad vigilada o de los problemas de no cumplimiento de la obligación de presentarse ante las autoridades asumidas por determinadas clases de inmigrantes ilegales al parecer no merecen ser tenidas en cuenta.

Esta misma lógica podría aplicarse para objetar toda sentencia preceptiva en casos penales, ya que en esos casos también el tribunal se limita a evaluar hechos sin la posibilidad de modificar las consecuencias que surgen de ellos.

Si bien los párrafos 1 y 4 del artículo 9 del Pacto pueden muy bien exigir que se haga referencia a normas sustantivas más allá de la ley del país -es decir una acción podría ser arbitraria en virtud del Pacto aunque cumpla con la legislación nacional- ninguna de las disposiciones del Pacto permite disponer que los tribunales deben ser depositarios de todas las sentencias en materia de política y fijación de normas en ámbitos delicados como la inmigración ilegal. Además, es por cierto irónico excusar al autor de la denuncia en virtud del Protocolo Facultativo por no haber agotado los recursos internos, y luego achacar al Estado Parte la responsabilidad de la falta de una decisión judicial independiente¹. Como es lógico, la autorización especial para que el autor apelara al Tribunal Supremo de Australia ha quedado en suspenso desde que éste huyó de las autoridades australianas de inmigración².

Al decidir si su detención anterior fue arbitraria, se debe tener en cuenta que Australia resolvió sobre el fondo de la solicitud de inmigración con una celeridad considerable. El autor llegó a Australia sin documentos de viaje ni prueba alguna de su itinerario y dos semanas después solicitó asilo político aduciendo un "temor fundado de sufrir persecuciones". Australia evaluó y rechazó su solicitud en un plazo de dos semanas (es decir dentro del mes de su llegada al país). Su apelación al Tribunal de Revisión del Asilo y Refugio se decidió en un plazo de dos meses y cuatro días después el ministerio que se ocupa de las cuestiones de inmigración examinó (y rechazó) su solicitud de que ejerciera su facultad discrecional de autorizar su permanencia en el país por razones humanitarias. El autor decidió intentar tres vías de apelación judicial ante el

¹ No debemos suponer lo que los tribunales del Estado Parte podrían decidir en un caso determinado. La interpretación judicial de la intención parlamentaria puede inspirarse en las normas del Pacto y en la conclusión permisible de que el Parlamento habría deseado cumplir con las obligaciones contraídas por el Estado Parte en virtud de un tratado. Acuerdo *Young c. Australia*, caso N° 941/2000, dictamen aprobado el 6 de agosto de 2003 (voto particular concurrente de R. Wedgwood).

² La reclamación del autor en la que solicitaba una liberación discrecional podría considerarse debatible también debido a su fuga.

Tribunal Federal y el Tribunal Supremo que llevaron la decisión final sobre su caso más allá de un período de tres meses, e incluso en esos casos las apelaciones del autor al Tribunal Federal y al Pleno del Tribunal Federal se resolvieron en un plazo de un año. El autor decidió solicitar una autorización especial para apelar al Tribunal Supremo de Australia y la audiencia del caso estaba programada, pero fue suspendida sólo porque el autor se había fugado.

El autor no afirma que la denegación sustantiva de su solicitud de asilo por Australia haya sido arbitraria ni objeta la negativa del ministro de concederle socorro humanitario. En cambio, afirma que su detención como solicitante de asilo fue arbitraria y no razonable porque en su caso en particular las condiciones de libertad vigilada habrían sido suficientes para evitar que huyera y un tribunal habría podido evaluar la cuestión. Esta afirmación puede parecer un tanto audaz cuando proviene de alguien que huyó posteriormente. De todas maneras, el Parlamento de Australia puede muy bien haber llegado a la conclusión de que es probable que los inmigrantes ilegales que han visto denegadas sus solicitudes de asilo por órganos administrativos o tribunales inferiores con posterioridad no se presenten para una posible deportación al agotarse los recursos. Esta competencia del Parlamento no impide que se impongan algunos plazos, de conformidad con el Pacto, para la detención de los solicitantes de asilo rechazados si no existe la posibilidad de que regresen a terceros países. Tampoco impide que se fijen plazos razonables para la decisión de las apelaciones cuando el solicitante está detenido. Sin embargo, estos hechos no se aplican al autor de la comunicación.

Sería deseable que no existieran fronteras en nuestro mundo y que desaparecieran las condiciones que dan lugar a solicitudes de asilo legítimas. Sin embargo, especialmente en la actualidad, debemos reconocer también que los Estados tienen derecho a controlar el ingreso a sus países y pueden utilizar medios legislativos razonables con tal fin.

(Firmado): Ruth Wedgwood

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