



Asamblea General

Distr. general
10 de enero de 2018
Español
Original: inglés

Consejo de Derechos Humanos Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria

Opiniones aprobadas por el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria en su 83^{er} período de sesiones, 19 a 23 de noviembre de 2018

Opinión núm. 74/2018, relativa a Ahmad Shalikhán (Australia)*

1. El Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria fue establecido en virtud de la resolución 1991/42 de la Comisión de Derechos Humanos. En su resolución 1997/50, la Comisión prorrogó y aclaró el mandato del Grupo de Trabajo. Con arreglo a lo dispuesto en la resolución 60/251 de la Asamblea General y en la decisión 1/102 del Consejo de Derechos Humanos, el Consejo asumió el mandato de la Comisión. La última vez que el Consejo prorrogó el mandato del Grupo de Trabajo por tres años fue en su resolución 33/30.
2. De conformidad con sus métodos de trabajo (A/HRC/36/38), el Grupo de Trabajo transmitió el 30 de julio de 2018 al Gobierno de Australia una comunicación relativa a Ahmad Shalikhán. El Gobierno respondió a la comunicación el 28 de septiembre de 2018. El Estado es parte en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
3. El Grupo de Trabajo considera arbitraria la privación de libertad en los casos siguientes:
 - a) Cuando es manifiestamente imposible invocar fundamento jurídico alguno que la justifique (como el mantenimiento en reclusión de una persona tras haber cumplido su condena o a pesar de una ley de amnistía que le sea aplicable) (categoría I);
 - b) Cuando la privación de libertad resulta del ejercicio de los derechos o libertades garantizados por los artículos 7, 13, 14, 18, 19, 20 y 21 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y, respecto de los Estados partes, por los artículos 12, 18, 19, 21, 22, 25, 26 y 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (categoría II);
 - c) Cuando la inobservancia, total o parcial, de las normas internacionales relativas al derecho a un juicio imparcial, establecidas en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los instrumentos internacionales pertinentes aceptados por los Estados interesados, es de una gravedad tal que confiere a la privación de libertad carácter arbitrario (categoría III);
 - d) Cuando los solicitantes de asilo, inmigrantes o refugiados son objeto de detención administrativa prolongada sin posibilidad de examen o recurso administrativo o judicial (categoría IV);

* Con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 5 de los métodos de trabajo del Grupo de Trabajo, Leigh Toomey no participó en el examen del presente caso.



e) Cuando la privación de libertad constituye una vulneración del derecho internacional por tratarse de discriminación por motivos de nacimiento, origen nacional, étnico o social, idioma, religión, condición económica, opinión política o de otra índole, género, orientación sexual, discapacidad u otra condición, que lleva o puede llevar a ignorar el principio de igualdad de los seres humanos (categoría V).

Información recibida

Comunicación de la fuente

4. Ahmad Shalikhán nació en 1997. Es un hombre kurdo nacido en Teherán en el seno de una familia iraquí indocumentada en la República Islámica del Irán, por lo que es apátrida. El padre del Sr. Shalikhán falleció, mientras que su hermano mayor llegó a Australia antes que él y se le concedió un visado.

5. El Sr. Shalikhán reside habitualmente en el Centro de Detención de Inmigrantes de Villawood, en 15 Birmingham Ave, Villawood, NSW 2163 (Australia).

Detención y privación de libertad

6. Según la fuente, el 25 de agosto de 2013 el Sr. Shalikhán llegó a Australia acompañado de su madre, la Sra. Janabi, a bordo del Wattsville, el buque de entrada presuntamente ilegal núm. 839 (SIEV 839). Llegaron ilegalmente a la isla de Navidad por vía marítima con intención de solicitar asilo. A su llegada, el Sr. Shalikhán, que en ese momento tenía aproximadamente 16 años, fue detenido junto a su madre por el Ministerio del Interior (entonces llamado Departamento de Inmigración y Protección de Fronteras). Según la fuente, es probable que a la madre del Sr. Shalikhán se le mostrara un documento en que se ordenaba la detención de su hijo. Sin embargo, actualmente no se dispone de una copia de ese documento.

7. A su llegada, el Sr. Shalikhán y su madre fueron inmediatamente recluidos en el centro de detención alternativo de Phosphate Hill. El 28 de febrero de 2014 fueron trasladados al centro de detención de inmigrantes de Perth y el 28 de marzo de 2014 fueron trasladados a la residencia para inmigrantes de esa misma ciudad.

8. El 15 de mayo de 2014, el Sr. Shalikhán y su madre fueron remitidos al Ministro de Inmigración y Protección de Fronteras para que este examinara la posibilidad de concederles el régimen de detención comunitaria con arreglo al artículo 197AB de la Ley de Migración. En el escrito dirigido al Ministro se señalaba que los centros de tramitación extraterritorial no disponían de los servicios necesarios para atender las importantes necesidades del Sr. Shalikhán en materia de salud mental y no había ningún dato que indicara que él o su familia pudieran suponer una amenaza si se les concedía dicho régimen.

9. La fuente informa de que el 27 de mayo de 2014 el Sr. Shalikhán fue detenido y acusado de dos delitos de agresión a un funcionario público, uno de agresión común con circunstancias agravantes o agravante racial y otro de daños materiales. El 7 de enero de 2015 recibió de los tribunales una amonestación en la que se señalaba que “todos los asuntos penales quedan resueltos”. En el momento del incidente, el Sr. Shalikhán tenía aproximadamente 17 años.

10. El 19 de junio de 2014 y en virtud del artículo 197AB de la Ley de Migración, el Ministro decidió conceder al Sr. Shalikhán y a su madre el régimen de detención comunitaria. El Ministro añadió que ambos debían “ser trasladados a Nauru, a la espera de una nueva evaluación que deberá efectuarse en los próximos tres meses”.

11. Según la fuente, el 1 de agosto de 2014 el Sr. Shalikhán fue trasladado al Centro de Detención de Banksia Hill y el 28 de agosto de 2014 el Ministro revocó la concesión del régimen de detención comunitaria al Sr. Shalikhán y su madre en virtud del artículo 197AD de la Ley de Migración. El 3 de septiembre de 2014, el Sr. Shalikhán fue trasladado de nuevo al centro de detención de inmigrantes de Perth y posteriormente internado durante un breve período, junto con su madre, en el centro de detención alternativo de Wickham Point, en Darwin, antes de volver, el 6 de enero de 2015, al centro de detención de inmigrantes de

Perth para que se cerraran las acusaciones penales contra él. El Sr. Shalikhán y su madre fueron devueltos al centro de detención alternativo de Wickham Point el 9 de enero de 2015.

12. El 26 de mayo de 2015, el Ministerio del Interior acusó recibo de una “nota de investigación de la Policía Federal de Australia sobre incidentes ocurridos en la residencia para inmigrantes de Perth entre el 2 y el 10 de septiembre de 2014”. El 1 de junio de 2015, según las informaciones recibidas, el caso del Sr. Shalikhán “fue remitido a la unidad de gestión de casos de la administración y dirección del centro para que en la reunión semanal de asignación a la red de detención se examinara su traslado a un centro alternativo situado en una ciudad más grande, que ofrezca los servicios de apoyo recomendados, teniendo en cuenta sus conocidas vulnerabilidades cognitivas y de comportamiento, hasta que se conozca la resolución ministerial”.

13. El 24 de julio de 2015, en el examen del caso del Sr. Shalikhán se señaló que este “se ha visto involucrado en seis incidentes desde el último examen, en dos de los cuales él ha sido el causante. Este mes se ha mostrado agresivo y polemizador en una ocasión, cuando el gestor de casos puso fin prematuramente a la entrevista en vista de la falta de voluntad del Sr. Shalikhán para cooperar. Su última reunión con el gestor de casos fue tranquila, se mostró calmado y prestó atención después de que su madre le dijera que se callara y escuchara”.

14. El 17 de agosto de 2015, al parecer, los incidentes a los que se ha hecho referencia en el párrafo 9 se describieron como “amenazas de autolesión, comportamiento agresivo, daños a la propiedad del Commonwealth y agresiones a varios funcionarios de la residencia para inmigrantes de Perth”. La fuente señala que, al parecer, no se ha adoptado ninguna otra medida en relación con esos incidentes.

15. La fuente informa de que, el 29 de septiembre de 2015, el Ministro decidió suspender la aplicación de los impedimentos establecidos en el artículo 46A de la Ley de Migración para permitir que el Sr. Shalikhán presentara una solicitud de visado de protección temporal o de visado de refugio (subclase 790). El 12 de noviembre de 2015, el Ministerio invitó al Sr. Shalikhán a presentar dicha solicitud.

16. Según la fuente, en el examen del caso del Sr. Shalikhán de fecha 16 de noviembre de 2015 se indicó que “sus continuos problemas de comportamiento son un obstáculo para asignarle el régimen comunitario”.

17. El 8 de diciembre de 2015, el Ministerio notificó al Sr. Shalikhán que tenía derecho a recibir asistencia del Servicio Básico de Solicitudes e Información para presentar una solicitud de visado de protección temporal o de visado de refugio. El 18 de diciembre de 2015, el Sr. Shalikhán aceptó el ofrecimiento y el Ministerio le asignó un asesor del Servicio.

18. El 25 de diciembre de 2015, en el examen de su caso se indicó que el Sr. Shalikhán “fue inscrito en un programa de gestión del comportamiento el 4 de diciembre de 2015 tras un nuevo incidente ocurrido en el centro. Su comportamiento puede cambiar de una reunión a otra”.

19. La fuente subraya que en muchos exámenes del caso del Sr. Shalikhán las autoridades declararon que este necesitaba un estrecho seguimiento. Por ejemplo: “El caso presenta obstáculos y vulnerabilidades complejas, que suponen un riesgo evidente para el interno y un impedimento para la resolución de la situación. Este interno requiere un contacto frecuente con el equipo de gestión de casos para garantizar la comunicación eficaz de las opciones existentes y los mensajes esenciales. Los asistentes le dedican un alto nivel de implicación”. Y también: “A este caso se le ha asignado una agudeza de grado 4 (significativa). Requiere la programación de varios contactos al mes con el interno. Este demuestra poca autonomía y necesita apoyo activo para llevar a cabo los procesos y solicitar los servicios necesarios. El gestor de casos participa en reuniones y sesiones de exposición de casos para confirmar las estrategias a adoptar con respecto a los obstáculos y vulnerabilidades observados”.

20. Al parecer, en 2016 el comportamiento del Sr. Shalikhán había mejorado. Según el examen de su caso que se realizó el 11 de febrero de 2016, “el Sr. Shalikhán se comportó

correctamente y estuvo participativo” durante la reunión que él y su madre mantuvieron con el gestor de casos, aunque “parecía algo agitado, sobre todo cuando se abordó su escolarización. Preguntó por esta cuestión y dijo que quería volver a la escuela para concluir sus estudios”.

21. La fuente informa de que el 26 de febrero de 2016 se examinaron las solicitudes de protección del Sr. Shalikhán teniendo en cuenta la información nueva y actualizada de que disponía el Ministerio y se consideró que estaba justificada su reevaluación. Por consiguiente, se le otorgó una evaluación de seguridad con reservas.

22. El 29 de febrero de 2016, en el examen de los 30 meses de internamiento del Sr. Shalikhán se señaló que este había sido “remitido a la Agencia Externa para que se investigaran las cuestiones relacionadas con la seguridad nacional”. Esto ocurrió después de que el Sr. Shalikhán profiriera presuntamente amenazas contra la seguridad nacional ante un consultor el 18 de marzo de 2015. No obstante, no se ha concretado la naturaleza de esas amenazas. En el examen de su caso realizado el 26 de mayo de 2015 se indicó que el Sr. Shalikhán seguía siendo “una persona de interés para el Equipo de Denuncias en materia de Seguridad Nacional y Delitos Graves (NSSCRT) y el Servicio de Inteligencia para Casos de Detención”. El 20 de julio de 2015, el Equipo de Denuncias en materia de Seguridad Nacional y Delitos Graves confirmó que había dejado de hacer un seguimiento activo al Sr. Shalikhán.

23. El 31 de marzo de 2016, el Sr. Shalikhán solicitó, dentro de la solicitud de visado de su madre, un visado de refugio en calidad de familiar a cargo de esta, y el 26 de abril de 2016 tuvo una entrevista con el Ministerio en relación con dicha solicitud. El 26 de mayo de 2016, el Ministerio informó al Sr. Shalikhán de que su solicitud de visado provisional de tipo E (subclase 050), asociada a su solicitud de visado, no era válida.

24. Según la fuente, el 20 de junio de 2016 el Ministerio notificó al Sr. Shalikhán que su solicitud de visado de refugio había sido desestimada. El 23 de junio de 2016, el caso del Sr. Shalikhán fue remitido al Organismo de Evaluación en materia de Inmigración para que se examinara la decisión del Ministerio.

25. El 7 de julio de 2016, según se informa, el Sr. Shalikhán fue trasladado junto con su madre al centro de detención de inmigrantes de Villawood, en Sydney. Fue alojado en una habitación individual con el acompañamiento permanente de un agente de la empresa Serco¹. Su madre fue alojada en otro recinto, pero podían verse todos los días en la zona comunitaria.

26. La fuente informa de que, tras su traslado a Villawood, el Sr. Shalikhán “muestra cierta mejora en cuanto a sus problemas de comportamiento, está colaborando con el proveedor de servicios de salud International Health and Medical Services (IHMS) para tratar sus problemas de salud mental y se toma la medicación. Recientemente se le ha denegado la posibilidad de realizar salidas y ha reaccionado amenazando con fugarse si en algún momento se le permite salir. Se muestra frustrado por tener la sensación de que su caso no avanza y culpa de ello al gestor de casos que tiene asignado actualmente”².

27. El 11 de julio de 2016, al parecer, el Organismo de Evaluación en materia de Inmigración retornó la solicitud de visado de refugio del Sr. Shalikhán al Ministerio con la indicación de que este debía ser considerado un refugiado en el sentido del artículo 5H, párrafo 1, de la Ley de Migración. Según la fuente, esto implica que Australia debía protección al Sr. Shalikhán por su condición de refugiado y con arreglo a los criterios de protección complementaria.

28. El 28 de julio de 2016, en el examen del caso del Sr. Shalikhán se indicó que se le estaban realizando controles de salud y de conducta para evaluar su solicitud de visado de refugio seguro. Su caso se había elevado al departamento de tramitación debido a sus problemas de salud mental. No obstante, la opción de alojarlo en un centro de detención

¹ Serco es una empresa transnacional proveedora de servicios públicos esenciales a gobiernos de todo el mundo, entre otros en el ámbito de la inmigración.

² La fuente añade que estas afirmaciones se repiten en los exámenes del caso del Sr. Shalikhán de fecha 6 de diciembre de 2016 y 6 de enero, 3 de febrero, 14 de marzo, 20 de abril y 16 de mayo de 2017.

alternativo, en el que Serco se encargaba de la atención y la seguridad, se consideró inaceptable sobre la base de su calificación de riesgo, su historial de incidentes y sus graves problemas de comportamiento.

29. Según la fuente, el 5 de agosto de 2016 el Sr. Shalikhán recibió una carta en la que se le pedía más información sobre su comportamiento. El área de tramitación de visados de protección temporal aconsejó que se remitiera su caso a la Dependencia de Evaluación de la Integridad de los Solicitantes de Visado para que, con arreglo al artículo 501 de la Ley de Migración, se evaluara la posibilidad de denegarle el visado debido a las “condenas dictadas en su contra durante su internamiento por el Tribunal de Menores”. A este respecto, la fuente afirma que el Sr. Shalikhán nunca ha sido condenado por ningún delito y que únicamente fue amonestado por los tribunales siendo menor de 16 años, sin que se le impusiera formalmente castigo alguno ni pena privativa de libertad (véase el párrafo 9). Posteriormente, el 7 de septiembre de 2016, su caso fue remitido a la Dependencia de Evaluación de la Integridad de los Solicitantes de Visado para que se examinara la denegación de su solicitud con arreglo al artículo 501 de la Ley de Migración.

30. La fuente indica que el 11 de agosto de 2016 se concedió a la madre del Sr. Shalikhán el régimen de detención comunitaria, que se hizo efectivo el 22 de ese mismo mes.

31. Al parecer, el 4 de noviembre de 2016 se llevó a cabo una valoración del Sr. Shalikhán con ayuda de una herramienta de evaluación para la protección de la comunidad y se recomendó concederle el régimen de detención comunitaria en función del resultado de la evaluación de su integridad con arreglo al artículo 501 de la Ley de Migración.

32. A este respecto, la fuente señala que, con arreglo al artículo 501 de la Ley de Migración, el Ministro puede denegar la expedición de un visado si considera que la persona que lo solicita no cumple los requisitos de integridad establecidos en ese artículo. Debido a los problemas de comportamiento del Sr. Shalikhán, las fuerzas de seguridad australianas le expidieron una evaluación de seguridad con reservas.

33. El 2 de diciembre de 2016, la Dependencia de Evaluación de la Integridad de los Solicitantes de Visado remitió el caso del Sr. Shalikhán al Equipo de Cancelaciones Complejas para acelerar la tramitación, ya que supuestamente esa dependencia tenía la autorización y la capacidad para revisar la evaluación de seguridad con reservas del Sr. Shalikhán. Según la fuente, la remisión del caso no tiene plazos establecidos.

34. El 5 de diciembre de 2016 se concedió a la madre del Sr. Shalikhán un visado de refugio por cinco años. La fuente sostiene que, al haber determinado inicialmente que se debía protección al Sr. Shalikhán y al haberle concedido a su madre ese tipo de visado, Australia ha reconocido la condición de refugiados a la familia y que su regreso a su país de nacimiento constituiría una devolución. Sin embargo, al contrario que a su madre, al Sr. Shalikhán no se le ha concedido un visado de refugio debido a las reservas relativas a su integridad.

35. Según el examen del caso del Sr. Shalikhán de fecha 6 de diciembre de 2016, la evaluación con respecto a concederle el régimen de detención comunitaria con arreglo al artículo 197AB de la Ley de Migración concluyó el 30 de septiembre de 2015 con la no concesión. El 4 de noviembre de 2016 no se hizo mención a esta decisión (véase el párrafo 31). Además, se señaló que “el Sr. Shalikhán está acompañado por un agente de Serco diariamente de 8.00 a 20.00 horas; este acompañamiento, que antes abarcaba las 24 horas del día, se ha reducido recientemente para dar mayor autonomía al Sr. Shalikhán, que parece estar adaptándose bien al cambio”. La situación no cambió en el examen de su caso con fecha 6 de enero de 2017³.

36. El 30 de enero de 2017, el Equipo de Cancelaciones Complejas informó de que el caso del Sr. Shalikhán se estaba examinando con arreglo al artículo 501 de la Ley de Migración.

³ Según la fuente, tampoco cambió en los exámenes posteriores, de fecha 3 de febrero, 14 de marzo, 20 de abril y 16 de mayo de 2017.

37. El 2 de febrero de 2017, el Ministerio remitió al Sr. Shalikhán a la Policía Federal de Australia a raíz de un incidente ocurrido el 1 de febrero de 2017 en el que presuntamente había amenazado a un funcionario ministerial. Según la fuente, no se dispone de más información sobre el incidente en cuestión.

38. El 20 de abril de 2017 se notificó al Sr. Shalikhán que se examinaría la posibilidad de denegarle el visado de refugio y se le dio un plazo de 28 días para que respondiera. El 18 de mayo de 2017 los representantes legales del Sr. Shalikhán presentaron una respuesta a dicha notificación.

39. En el momento en que la fuente presentó la comunicación, el Sr. Shalikhán seguía a la espera de una decisión sobre su respuesta a la notificación en que se le comunicaba la intención de estudiar la posibilidad de denegarle el visado. La fuente afirma que el resultado de este trámite determinará si al Sr. Shalikhán se le concede un visado y se le asigna el régimen comunitario o si este se le deniega y, por lo tanto, permanece internado. Los abogados del Sr. Shalikhán han estado en contacto permanente con el Ministerio para conocer el plazo en que se adoptará la decisión, pero no se les ha facilitado información al respecto.

Problemas de salud

40. Según la fuente, el Sr. Shalikhán ha sufrido desde una edad muy temprana importantes problemas de salud mental, que se han visto agravados por el largo período de privación de libertad de que ha sido objeto siendo niño y joven adulto.

41. Según un informe del Ministerio de fecha 14 de mayo de 2014, “el proveedor de servicios de salud del Ministerio (IHMS) informa de que se han diagnosticado al Sr. Shalikhán trastorno por déficit de atención con hiperactividad y trastorno hiperactivo. Fue hospitalizado en febrero de 2014 por ideas de suicidio y síntomas pseudopsicóticos. Fue derivado a un psicólogo clínico y forense para que se ocupara del tratamiento de sus problemas de conducta impulsiva y a un psiquiatra para que le realizara un seguimiento continuo. Sigue un programa de apoyo psicológico por presentar riesgo crónico de lesionarse a sí mismo y a terceros”. El informe señalaba asimismo que “el psiquiatra indica que la permanencia en su actual entorno confinado agrava sus problemas de salud mental” y que “el Sr. Shalikhán ha participado en una serie de incidentes de comportamiento durante su internamiento, entre los que se incluyen incidentes y amenazas de autolesión, presuntas agresiones físicas y comportamiento ofensivo y agresivo”.

42. Según el examen de su caso de fecha 2 de junio de 2015, el Sr. Shalikhán “se muestra cada vez más agitado. El incidente de comportamiento ofensivo/agresivo del 1 de junio de 2015 es indicativo de sus necesidades especiales y de que sigue requiriendo apoyo para controlar sus comportamientos/palabras”. Además, “muestra cada vez mayor ansiedad, es exigente con los asistentes y no retiene las conversaciones anteriores, lo que obliga a repetirle las cosas constantemente, a adaptar el lenguaje y a dedicar más tiempo a la planificación de las entrevistas y a la documentación posterior”. Además, “se han facilitado al Sr. Shalikhán actividades complementarias de autoaprendizaje, como ejercicios de matemáticas, puesto que comunica a todos los asistentes que está demasiado triste para participar en los programas y actividades, [...] se ha negado a recibir ayuda para la planificación de los horarios, [...] tampoco se ha resuelto la cuestión de las actividades acordadas con el DPPM, tales como el acceso supervisado (por su madre) a Internet y el acceso a la pista deportiva del centro para jugar al fútbol con los amigos”.

43. El 22 de diciembre de 2016, el Servicio de Nueva Gales del Sur para el Tratamiento y la Rehabilitación de los Supervivientes de Torturas y Traumas publicó un informe sobre el Sr. Shalikhán en el que se indicaba que este presentaba síntomas importantes de trastorno por estrés postraumático, depresión y ansiedad.

Situación personal

44. La fuente indica que el Sr. Shalikhán ha visto gravemente perturbada su escolarización por estar sometido a detención administrativa. Según el examen de su caso de fecha 24 de julio de 2015, el Sr. Shalikhán solicitó permiso para volver a clase, pero su gestor de casos “confirmó que, al ser mayor de 18 años, ya no podía asistir a la escuela”.

Durante una entrevista realizada el 18 de septiembre de 2015, “se manifestó inquietud por que no pudiera asistir a una escuela externa”. Esa inquietud volvió a manifestarse durante su entrevista del 9 de octubre de 2015.

45. Desde que cumplió 18 años, al Sr. Shalikhán no se le ha permitido proseguir su educación, a pesar de que hay constancia de que en el examen de su caso de fecha 11 de febrero de 2016 afirmó que “para él, ir a la escuela era más importante que obtener un visado”. Según el examen de su caso de 23 de marzo de 2016, “el Sr. Shalikhán declaró que no estaba a disgusto en el centro, pero quería saber cuándo iba a salir. Quería ir a la escuela, su madre estaba enferma y necesitaban vivir en un entorno comunitario”.

46. A pesar de recibir frecuentes promesas de que se le buscarían otras vías de educación, en el momento de presentarse la comunicación el Sr. Shalikhán seguía sin haber podido recibir enseñanza formal de ningún tipo.

47. La fuente subraya que el Sr. Shalikhán desea reunirse con su madre en el entorno comunitario. Por ejemplo, en una entrevista celebrada el 17 de junio de 2016 (que se recoge en el examen de su caso de fecha 18 de junio de 2016), declaró: “Quiero saber cuándo volveré con mi madre [...]. Aunque le hubiera pegado, cosa que no hice, ¿no creen que ya he recibido suficiente castigo? ¿Cuánto tiempo más van a mantenernos separados? Quiero saber cuándo voy a pasar al régimen de detención comunitaria. Llevo cuatro años aquí y me estoy haciendo mayor... No quiero llegar a viejo encerrado. No he hecho nada malo, necesito salir a vivir mi vida. Sé que he dicho cosas que no estaban bien, pero todo ha sido producto de la frustración por estar recluido. No haría nada de lo que he dicho. Además, era un niño cuando lo dije. Quiero vivir en Australia, no seré una amenaza para la comunidad australiana. Soy una buena persona, no he hecho nada malo. Los incidentes que se me atribuyen no han sido culpa mía, otras personas se han inventado historias o me han provocado”.

48. En el examen del caso del Sr. Shalikhán de 29 de septiembre de 2016 se recoge que este declaró que “actualmente su madre no puede visitarlo debido a una enfermedad y ha solicitado que se le permita visitarla en su localidad de detención comunitaria. Estas visitas no cuentan con el apoyo de los asistentes”.

49. A este respecto, la fuente informa de que la madre del Sr. Shalikhán padece varios problemas de salud. No puede acudir al centro de detención sin recibir asistencia para el traslado. Debido a esos problemas de salud, su hijo pasa largos períodos sin tener ningún contacto físico con ella. Además, como el Sr. Shalikhán llegó al país en barco, no se le permite el acceso a un teléfono móvil para que pueda llamarla. Al parecer, solo se permite tener teléfono a los internos que hayan llegado por medios no marítimos.

Análisis de las vulneraciones cometidas

50. La fuente afirma que el Sr. Shalikhán se encuentra privado de libertad en virtud de la Ley de Migración de Australia de 1958. En sus artículos 189, párrafo 1, y 196, párrafos 1 y 3, esa Ley dispone específicamente que los no ciudadanos en situación ilegal deben ser detenidos y permanecer privados de libertad hasta que: a) sean expulsados de Australia, o b) se les conceda un visado. Además, en el artículo 196, párrafo 3, se especifica que ni siquiera un tribunal puede poner en libertad a un no ciudadano en situación ilegal, a menos que se le haya concedido un visado.

51. La fuente añade que, dado que el Sr. Shalikhán ha sido reconocido anteriormente como refugiado por el Ministerio, su madre ha obtenido un visado de refugio y su familia es apátrida, no puede ser expulsado de Australia sin que dicha expulsión constituya una devolución. Además, hasta el momento ni el Ministerio ni el Ministro le han concedido un visado debido a las reservas relativas a su integridad, lo que parece estar estrechamente relacionado con su enfermedad mental y sus problemas de comportamiento.

⁴ A este respecto, la fuente observa que el 18 de junio de 2014, cuando el Sr. Shalikhán tenía aproximadamente 17 años, su madre solicitó una orden de protección por violencia doméstica contra él. Más tarde, la orden fue retirada.

52. La fuente subraya que el Sr. Shalikhán ha hecho uso de varios recursos internos para solicitar su puesta en libertad en la sociedad australiana, como se ha descrito anteriormente. Además, se han presentado quejas ante la Comisión de Derechos Humanos de Australia en relación con la privación de libertad del Sr. Shalikhán, pero no han prosperado.

53. La fuente sostiene que la privación de libertad del Sr. Shalikhán constituye una privación de libertad arbitraria y se inscribe en las categorías II, III, IV y V de detención arbitraria a las que se remite el Grupo de Trabajo cuando examina los casos que se le presentan.

Categoría II

54. La fuente aduce que el Sr. Shalikhán ha sido privado de libertad como consecuencia del ejercicio de los derechos que le confiere el artículo 14 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que establece que “en caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país”. El Sr. Shalikhán llegó a Australia como refugiado en ejercicio de su derecho a buscar asilo y a disfrutar de él. De no ser porque fue a Australia a solicitar asilo, actualmente el Sr. Shalikhán no estaría privado de libertad.

55. Según la fuente, el Sr. Shalikhán también ha sido privado de su libertad en contravención del artículo 26 del Pacto. Como ciudadano no australiano, el Sr. Shalikhán está sujeto a detención administrativa, mientras que los ciudadanos australianos no están sujetos al mismo trato.

Categoría III

56. La fuente sostiene también que no se han respetado las normas internacionales relativas al derecho a un juicio imparcial en relación con la privación de libertad del Sr. Shalikhán, en particular los derechos amparados por los artículos 9 y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el artículo 9 del Pacto.

57. La fuente señala que el Comité de Derechos Humanos, en su observación general núm. 35 (2014) sobre la libertad y la seguridad personales, dispone que “deberá justificarse que [la privación de libertad] es razonable, necesaria y proporcionada a la luz de las circunstancias, y revisarse a medida que se prolongue”.

58. No obstante, la fuente señala que el Sr. Shalikhán ha permanecido en detención administrativa durante más de cuatro años y medio desde que llegó a Australia con 16 años. El Gobierno y el Ministerio, al determinar que el Sr. Shalikhán es un refugiado y concederle a su madre el visado, han reconocido su condición de persona que merece ser beneficiaria de las obligaciones de protección de Australia. Dado que el Sr. Shalikhán es apátrida, retornarlo a la República Islámica del Irán constituiría una devolución.

59. Por consiguiente, la fuente sostiene que, a menos que el Sr. Shalikhán sea liberado de su detención administrativa, permanecerá privado de libertad de forma indefinida. Dado que no puede regresar a la República Islámica del Irán, su privación de libertad no es razonable.

Categoría IV

60. La fuente sostiene además que no se ha garantizado al Sr. Shalikhán, en su condición de refugiado reconocido como tal y que ha sido objeto de detención administrativa prolongada, la posibilidad de beneficiarse de una revisión o un recurso administrativos o judiciales. La fuente se remite a las disposiciones pertinentes de la Ley de Migración de 1958 (véase el párrafo 50).

61. A este respecto, la fuente señala que el Tribunal Supremo de Australia, en su decisión relativa a la causa *Al-Kateb v. Godwin*, consideró que la detención obligatoria de los no ciudadanos es una práctica que no vulnera la Constitución⁵. La fuente señala además que el Comité de Derechos Humanos, en su decisión relativa a *C. c. Australia*, consideró

⁵ Véase *Al-Kateb v. Godwin* (2004) 219 CLR 562.

que no existía ningún recurso efectivo para las personas sujetas a detención obligatoria en Australia⁶. Así pues, el Sr. Shalikhán no tiene ninguna posibilidad de que su privación de libertad sea objeto de un verdadero recurso de revisión administrativa o judicial.

Categoría V

62. Según la fuente, los ciudadanos australianos y los no ciudadanos no son iguales ante los tribunales y cortes de justicia de Australia. La consecuencia efectiva de la decisión del Tribunal Supremo en la causa *Al-Kateb v. Godwin*, mencionada en el párrafo 61, es que los ciudadanos australianos pueden impugnar su detención administrativa, pero los extranjeros, no.

Respuesta del Gobierno

63. El 30 de julio de 2018, el Grupo de Trabajo transmitió las alegaciones de la fuente al Gobierno de Australia en el marco de su procedimiento ordinario de comunicaciones. Asimismo, pidió al Gobierno que, a más tardar el 28 de septiembre de 2018, aportara información detallada sobre la actual situación del Sr. Shalikhán y aclarara las disposiciones jurídicas que justificaban que siguiera privado de libertad, así como su compatibilidad con las obligaciones contraídas por Australia en virtud del derecho internacional de los derechos humanos y, en particular, de los tratados ratificados por el Estado. Además, exhortó al Gobierno a que velara por la integridad física y mental del Sr. Shalikhán.

64. En su respuesta de 28 de septiembre de 2018, el Gobierno indicó que el Sr. Shalikhán permanecía en régimen de detención de inmigrantes por ser un no ciudadano en situación ilegal. Añadió que estaba estudiando la posibilidad de denegar al Sr. Shalikhán el visado de refugio (subclase 790) con arreglo al artículo 501 de la Ley de Migración de 1958.

65. El 20 de abril de 2017 se notificó al Sr. Shalikhán que se examinaría la posibilidad de rechazar su solicitud de visado, de conformidad con el artículo 501, párrafo 1, de la Ley de Migración. Podía ser que no cumpliera los requisitos de integridad establecidos en el artículo 501, párrafo 6 d) i), por existir el riesgo de que incurriera en actividades delictivas en Australia. En esa notificación se invitaba al Sr. Shalikhán a que formulara observaciones o aportara información sobre cualquier factor que pudiera considerar pertinente para determinar si cumplía los requisitos de integridad o sobre las razones por las que no debía rechazarse su solicitud de visado.

66. El 24 de abril y el 18 de mayo de 2017, el agente de migración del Sr. Shalikhán supuestamente respondió a la notificación. El 19 de mayo de 2017 se envió al Sr. Shalikhán otra carta de justicia natural y el 6 de junio de 2017 se recibió una respuesta.

67. Según el Gobierno, la situación migratoria del Sr. Shalikhán no puede progresar mientras esté pendiente de resolución la cuestión de la notificación de considerar la denegación del visado. Se ha dado al asunto un tratamiento preferente y el Ministerio del Interior está avanzando activamente en la evaluación con arreglo al artículo 501. El Gobierno observa que el proceso puede ser largo y que, debido a la complejidad del caso, deben tenerse en cuenta las observaciones formuladas por el Sr. Shalikhán o en su nombre.

68. El 7 de febrero de 2018, el Ministro del Interior anunció en el Parlamento que la solicitud de visado del Sr. Shalikhán estaba siendo evaluada y se estaba estudiando la posibilidad de denegarle el visado con arreglo al artículo 501 de la Ley de Migración. Declaró asimismo que no era pertinente considerar la posibilidad de concederle el régimen de detención comunitaria hasta que finalizara dicha evaluación y que se estaba dando satisfacción a sus necesidades de bienestar y educación en el marco de los programas y actividades que estaban a disposición de todos los internos.

69. El Gobierno añade que el Ministerio ha examinado la privación de libertad del Sr. Shalikhán en 32 ocasiones desde junio de 2015 en el marco de los procesos de gestión

⁶ Véase *C. c. Australia* (CCPR/C/76/D/900/1999).

de casos. Esos exámenes han concluido que dicha privación de libertad sigue siendo apropiada y que el lugar en el que se encuentra internado es el adecuado.

70. Las prácticas relativas a la resolución de la situación migratoria en Australia garantizan que toda persona privada de libertad comprenda los motivos de su detención y las opciones y vías de que dispone, incluidos el regreso voluntario a su país de origen o la interposición de recursos legales.

71. El examen continuo de la situación de las personas que se encuentran en régimen de detención de inmigrantes comprende la evaluación, con un enfoque basado en los riesgos, de cuáles son el destino más adecuado para esas personas y la manera de gestionar su situación mientras se resuelve su caso. El internamiento en un centro de detención de inmigrantes se basa en la evaluación del riesgo que supone la persona para la comunidad y el grado de implicación en el proceso de resolución de su situación. Si la persona no representa riesgos inaceptables para la comunidad, pueden plantearse opciones en entornos comunitarios. Puede exigirse a las personas afectadas que cumplan varias condiciones mientras permanecen en ese entorno comunitario, a la espera de que se alcance una decisión sustantiva sobre su situación migratoria o abandonen el país. El internamiento en un centro de detención de inmigrantes seguirá siendo una opción para quienes supongan un riesgo para la seguridad de la comunidad.

72. El 14 de septiembre de 2018, de conformidad con el artículo 486N de la Ley de Migración, el Ministerio remitió al Ombudsman del Commonwealth un informe (que cubría 60 meses) sobre la privación de libertad en curso del Sr. Shalikhhan.

73. Las personas que llegan a Australia sin visado, o cuyo visado se cancela en la frontera, y solicitan protección al país no tienen derecho a recibir un visado de protección permanente. Únicamente pueden solicitar un visado de protección temporal (subclase 785) o un visado de refugio, válidos por tres y cinco años, respectivamente. Se pueden conceder ulteriores visados si la persona sigue teniendo derecho a ser beneficiaria de las obligaciones de protección del país o si, estando en posesión de un visado de refugio, cumple los requisitos para obtener otros visados.

74. Las solicitudes de protección presentadas por personas que se encuentren en Australia serán evaluadas por el Ministerio. El derecho interno de Australia, en particular la Ley de Migración y las políticas y prácticas en esta materia, cumplen las obligaciones de no devolución contraídas por el país en virtud de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, modificada por el Protocolo de 1967, el Pacto y su Segundo Protocolo Facultativo y la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Si se determina que una persona tiene derecho a ser beneficiaria de las obligaciones de protección del país, para concederle un visado de protección se le exigirá también que cumpla los requisitos de salud, integridad y seguridad. Si no los cumple, se le puede denegar el visado de protección.

75. Para poder obtener un visado, todos los solicitantes deben cumplir los requisitos de integridad establecidos en el artículo 501 de la Ley de Migración. Hay una serie de motivos que pueden hacer que una persona no cumpla los requisitos de integridad exigidos, como que exista el riesgo de que ese no ciudadano pudiera tener una conducta que supusiera una amenaza para la seguridad de la comunidad. Cuando se toma una decisión sobre la conveniencia de denegar o cancelar un visado, se tienen en cuenta toda la información pertinente y las circunstancias del caso, incluidas las consecuencias de la decisión para la persona. No obstante, la seguridad pública de Australia es una consideración primordial y puede hacer que se tome la decisión de denegar o cancelar un visado aun cuando existan otros factores compensatorios.

76. El Gobierno de Australia considera que la imposición obligatoria de la detención de inmigrantes a los no ciudadanos en situación ilegal es un componente fundamental del control riguroso de las fronteras. La necesidad de proteger a Australia de las personas que puedan representar un riesgo para la comunidad y la seguridad nacional es un factor que se tiene en cuenta al determinar de qué forma el país cumple sus obligaciones internacionales en casos particulares. Por ejemplo, el hecho de que la persona suponga un riesgo para la comunidad puede significar que su detención no sea arbitraria. Cuando una persona entra en Australia sin un visado válido, el Gobierno no puede evaluar antes de su llegada el

riesgo que podría comportar para la comunidad. En cambio, las personas que entran legalmente al país sí son objeto de evaluación antes de su llegada a través de los procedimientos de emisión de visados. La detención de las personas que entran ilegalmente en el país permite realizar los controles oportunos en materia de salud, identidad y seguridad.

77. La privación de libertad prevista en la Ley de Migración es de carácter administrativo y no tiene fines punitivos. El Gobierno garantiza que todas las personas sujetas a detención administrativa son tratadas de manera acorde con las obligaciones jurídicas internacionales de Australia.

78. De conformidad con el marco legislativo, la duración de la detención de inmigrantes no se limita a un plazo determinado, sino que depende de una serie de factores, como la determinación de la identidad de la persona, la información sobre la situación en el país de procedencia y la complejidad de la tramitación según las circunstancias individuales de salud, integridad o seguridad. Las evaluaciones pertinentes se realizan lo más rápidamente posible para que la permanencia de las personas en los centros de detención de inmigrantes sea de la mayor brevedad.

79. Tanto los ciudadanos australianos como los no ciudadanos pueden impugnar la legalidad de su privación de libertad ante un tribunal por medios tales como el *habeas corpus*. La base sobre la cual un tribunal puede ordenar la puesta en libertad depende del tipo de detención.

80. Una persona que se encuentre en régimen de detención de inmigrantes puede solicitar la revisión judicial de la legalidad de su privación de libertad ante el Tribunal Federal o el Tribunal Supremo de Australia. El artículo 75 v) de la Constitución dispone que el Tribunal Supremo es el órgano de primera instancia en todos los asuntos en los que se presenta una solicitud de mandamiento judicial, prohibición o requerimiento contra un funcionario del Commonwealth.

81. La fuente de la comunicación alega que, como consecuencia de la decisión del Tribunal Supremo en la causa *Al-Kateb v. Godwin*, los no ciudadanos no gozan de igualdad ante los tribunales. Esta afirmación no es correcta. A este respecto, el Tribunal Supremo decretó la validez de las disposiciones de la Ley de Migración que prevén la privación de libertad de los no ciudadanos hasta que sean expulsados o se les conceda un visado, aun cuando su expulsión no sea razonablemente factible en un futuro cercano.

82. Las personas afectadas pueden solicitar al Ministro que, en ejercicio de la facultad personal, discrecional y no sujeta a obligación que le confiere la Ley de Migración en una serie de circunstancias, intervenga en su caso. El Ministro no tiene la obligación, ni jurídica ni de otra índole, de ejercer o siquiera considerar la posibilidad de ejercer ninguna de sus facultades personales. El Ministro ha aprobado directrices respecto de sus facultades de intervención. Cuando una persona solicita al Ministro su intervención, un funcionario ministerial evalúa si su solicitud se ajusta a las directrices aprobadas y, en función de ello, la remite al Ministro o el Ministerio la desestima. Si el Ministro interviene, y en función de la facultad en virtud de la cual lo haga, puede dar permiso para que se presente una solicitud de visado, puede conceder un visado o puede llevar a cabo una determinación de residencia para la persona sujeta a privación de libertad.

83. El 19 de junio de 2014, el entonces Ministro intervino en virtud del artículo 197AB de la Ley de Migración para llevar a cabo una determinación de residencia para el Sr. Shalikhán y su madre. Una determinación de residencia permite que una persona que se encuentra en régimen de detención de inmigrantes resida en el domicilio que se le asigne en lugar de permanecer en ese régimen. Antes de que se notificara al Sr. Shalikhán la determinación de residencia, el Ministerio tuvo noticia de que era probable que se lo acusara de cargos penales y decidió suspender el proceso.

84. El 25 de julio de 2014 se informó al Ministerio de que el Sr. Shalikhán había sido acusado de dos delitos de agresión a un funcionario público, uno de agresión común con circunstancias agravantes o agravante racial y otro de daños materiales. El 21 de agosto de 2014 se remitió un escrito al entonces Ministro en el que se especificaban las acusaciones y se le ofrecía la opción de revocar la determinación de residencia en virtud del

artículo 197AD de la Ley de Migración. El 28 de agosto de 2014, el Ministro revocó la determinación de residencia del Sr. Shalikhhan.

85. En 2017, volvió a evaluarse si el caso del Sr. Shalikhhan se ajustaba a las directrices del Ministro para llevar a cabo la determinación de residencia. Se determinó que no cumplía los requisitos para remitirlo al Ministro en virtud del artículo 197AB de la Ley de Migración. Dicha evaluación concluyó que la determinación de residencia no era una medida adecuada a su caso debido al importante grado de apoyo que requería por sus problemas de salud mental, sus antecedentes penales y los presuntos episodios de violencia doméstica contra su madre.

86. El Gobierno se refiere a las alegaciones formuladas por la fuente en relación con la Declaración Universal de Derechos Humanos. A este respecto, observa que este instrumento no es jurídicamente vinculante, pero que sus artículos reflejan el derecho internacional, por ejemplo, por estar codificados en otros instrumentos que sí lo son.

87. La fuente alega también que el Sr. Shalikhhan ha sido privado de libertad en contravención del artículo 26 del Pacto, ya que solo los no ciudadanos están sujetos a detención administrativa. En la medida en que esta alegación se refiere a la detención administrativa del Sr. Shalikhhan en Australia, el Gobierno entiende que lo que la fuente afirma es que la detención administrativa de no nacionales podría equivaler a una distinción por un motivo prohibido en virtud del Pacto, por inscribirse en la categoría “cualquier otra condición social”.

88. A este respecto, el Gobierno observa que el objeto de la Ley de Migración es “regular, en aras del interés nacional, la entrada y la presencia de no ciudadanos en Australia”. En ese sentido, el propósito de la Ley es hacer una distinción entre no ciudadanos y ciudadanos en función de la nacionalidad. En este sentido, el Gobierno se remite al párrafo 5 de la observación general núm. 15 (1986) del Comité de Derechos Humanos sobre la situación de los extranjeros con arreglo al Pacto.

89. El Gobierno concluye que le corresponde a él determinar quién puede entrar en su territorio y en qué condiciones, por ejemplo mediante la exigencia de que los no ciudadanos estén en posesión de un visado para poder entrar y permanecer legalmente en Australia o, en caso de no disponer de él, sean objeto de detención de inmigrantes. A este respecto, el Gobierno afirma con todo el respeto que el Sr. Shalikhhan se encuentra legalmente privado de libertad en virtud del artículo 189, párrafo 3, de la Ley de Migración.

Comentarios adicionales de la fuente

90. El 1 de octubre de 2018 se transmitió la respuesta del Gobierno a la fuente para que formulara observaciones, cosa que esta hizo.

Deliberaciones

91. El Grupo de Trabajo agradece a la fuente y al Gobierno la información recibida y valora la cooperación y el compromiso de ambas partes respecto del presente caso.

92. La fuente sostiene que la privación de libertad del Sr. Shalikhhan es arbitraria y se inscribe en las categorías II, III, IV y V de detención arbitraria a las que se refiere el Grupo de Trabajo cuando examina los casos que se le presentan. El Gobierno de Australia, aunque no se refiere específicamente a las categorías empleadas por el Grupo de Trabajo, rechaza las alegaciones. El Grupo de Trabajo las examinará sucesivamente.

93. El Grupo de Trabajo observa que el Sr. Shalikhhan llegó a Australia con su madre el 25 de agosto de 2013, cuando tenía 16 años, y que ambos fueron detenidos por haber llegado de forma ilegal. La fuente sostiene que la detención del Sr. Shalikhhan fue arbitraria y se inscribe en la categoría II, ya que obedeció a su ejercicio de los derechos que lo amparan en virtud del artículo 14 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. La fuente sostiene también que el Sr. Shalikhhan vio vulnerados los derechos que lo asisten en virtud del artículo 26 del Pacto, ya que solo los no ciudadanos en situación ilegal se ven expuestos a ese tipo de detención.

94. En su respuesta a esas alegaciones, el Gobierno afirma que la imposición obligatoria de la detención de inmigrantes a los no ciudadanos en situación ilegal es un componente fundamental del control riguroso de las fronteras que practica Australia. El Gobierno subraya la necesidad de proteger el país de las personas que puedan representar un riesgo para la comunidad y señala que la seguridad nacional es un factor que se tiene en cuenta al determinar de qué forma Australia debe cumplir sus obligaciones internacionales en casos particulares. El Gobierno afirma también que los no ciudadanos en situación ilegal no pueden ser evaluados antes de que lleguen al país, como sí ocurre con los que llegan legalmente, lo que justifica y hace necesaria su detención. El Gobierno también explica sucintamente el proceso que se sigue para realizar esas evaluaciones individuales y observa que, desde junio de 2015, el caso del Sr. Shalikhán ha sido objeto de 32 exámenes, que han determinado que su detención es apropiada.

95. El Gobierno sostiene además que el marco legislativo del país no establece una duración determinada para la detención de inmigrantes, sino que esta depende de una serie de factores, como la determinación de la identidad de la persona, la información sobre la situación en el país de procedencia y la complejidad de la tramitación según las circunstancias individuales de salud, integridad o seguridad. El Grupo de Trabajo entiende que los tres últimos elementos, es decir, los aspectos de salud, integridad y seguridad, son particularmente pertinentes en el caso del Sr. Shalikhán.

96. El Gobierno rechaza la afirmación de que haya habido una vulneración del artículo 26 del Pacto, ya que el objeto de la Ley de Migración de 1958 es regular la llegada de extranjeros a Australia, por lo que, por definición, no es aplicable a sus ciudadanos. El Gobierno se remite a la observación general núm. 15 del Comité de Derechos Humanos, en la que este establece que el Pacto no reconoce a los extranjeros el derecho a entrar en el territorio de un Estado parte ni de residir en él y que, en principio, corresponde al Estado decidir a quién ha de admitir en su territorio. El Gobierno rechaza también la afirmación de que haya habido una vulneración del artículo 14 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, alegando que este instrumento no es jurídicamente vinculante.

97. El Grupo de Trabajo observa que el Gobierno no impugna que el Sr. Shalikhán haya permanecido en régimen de detención de inmigrantes desde el 25 de agosto de 2013, un período prolongado de más de cinco años. El Grupo de Trabajo toma nota de los numerosos exámenes de que ha sido objeto el caso del Sr. Shalikhán desde junio de 2015 y de que, según el Gobierno, se han llevado a cabo evaluaciones individualizadas de la necesidad de mantenerlo privado de libertad, lo que no ha sido refutado por la fuente. La conclusión de esos exámenes ha sido que la privación de libertad sigue siendo adecuada en su caso. Sin embargo, el Sr. Shalikhán llegó a Australia el 25 de agosto de 2013 y fue detenido de inmediato. Además, la primera vez que se examinó la necesidad de mantenerlo privado de libertad, según ha declarado el propio Gobierno, no fue hasta unos 20 meses después. El Grupo de Trabajo desea subrayar que el Gobierno, aun teniendo oportunidad de hacerlo, ha optado por no justificar esa importante demora.

98. Como ha señalado el Grupo de Trabajo en su deliberación revisada núm. 5: “Cualquier forma de detención o custodia administrativa en el contexto de la migración debe ser aplicada como medida excepcional de último recurso, por el período más breve posible y únicamente si se justifica por una finalidad legítima, tal como documentar la entrada, registrar alegaciones o verificar inicialmente la identidad en caso de duda”.

99. El Grupo de Trabajo lamenta que el presente caso sea solo el más reciente de los numerosos que ha tenido ante sí en los dos últimos años relacionados con la misma cuestión: la detención obligatoria de inmigrantes en Australia que establece la Ley de Migración de 1958⁷. Dicha Ley dispone que los no ciudadanos en situación ilegal deben ser detenidos y puestos en régimen de detención de inmigrantes hasta que se les expulse de Australia o se les conceda un visado. Además, el artículo 196, párrafo 3, de la Ley establece que, “para evitar dudas, el párrafo 1 prohíbe la liberación, incluso por un tribunal, de un no ciudadano en situación ilegal (salvo en los casos previstos en sus apartados a), aa) o b)) a menos que se le haya concedido un visado”. Así pues, siempre que exista algún tipo de

⁷ Véanse las opiniones núms. 28/2017, 42/2017, 71/2017, 20/2018, 21/2018 y 50/2018.

procedimiento relativo a la concesión de un visado o a la expulsión (aun cuando esta no sea razonablemente factible en un futuro cercano), la legislación australiana permite la privación de libertad de los no ciudadanos en situación ilegal.

100. El Grupo de Trabajo desea reiterar que solicitar asilo no es un acto delictivo, sino, por el contrario, un derecho humano universal, consagrado en el artículo 14 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967⁸. El Grupo de Trabajo observa que estos instrumentos constituyen obligaciones jurídicas internacionales contraídas por Australia y, más en particular, señala el carácter indudablemente vinculante de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, de 1951, y de su Protocolo de 1967, en relación con Australia.

101. El Grupo de Trabajo desea subrayar una vez más que la privación de libertad en el contexto de la inmigración debe ser una medida de último recurso y que deben buscarse medidas alternativas no privativas de libertad para cumplir el requisito de proporcionalidad⁹. Además, como ha afirmado el Comité de Derechos Humanos en su observación general núm. 35 (2014), relativa a la libertad y la seguridad personales: “Los solicitantes de asilo que entran ilegalmente en el territorio de un Estado parte pueden ser privados de libertad durante un breve período inicial con el fin de documentar su entrada, dejar constancia de sus alegaciones, y determinar su identidad si hay dudas sobre ella. Prolongar su privación de libertad mientras se resuelven sus alegaciones sería arbitrario de no existir razones particulares específicamente en relación con esa persona, como una probabilidad concreta de fuga, el peligro de que cometa un delito contra otras personas, o el riesgo de que lleve a cabo actos contra la seguridad nacional”.

102. Las disposiciones de la Ley de Migración de 1958 son contrarias a esos requisitos del derecho internacional, ya que en su artículo 189, párrafos 1 y 3, se prevé *de facto* la detención obligatoria de todos los no ciudadanos en situación ilegal, a menos que se les expulse del país o se les conceda un visado. Además, el Grupo de Trabajo observa que la Ley no refleja el principio de excepcionalidad de la privación de libertad en el contexto de la migración, tal como se reconoce en el derecho internacional, ni prevé medidas alternativas no privativas de libertad para que se cumpla el requisito de proporcionalidad¹⁰.

103. El Grupo de Trabajo reitera su profunda preocupación por el creciente número de casos procedentes de Australia que se le presentan en relación con la aplicación de la Ley de Migración e insta una vez más al Gobierno a que revise sin demora su legislación teniendo en cuenta las obligaciones que le incumben en virtud del derecho internacional¹¹.

104. En el presente caso, el Grupo de Trabajo ya ha observado que la primera evaluación de la necesidad de mantener al Sr. Shalikhán privado de libertad no tuvo lugar hasta aproximadamente 20 meses después de su llegada a Australia. Se trata de un período que no puede calificarse de “breve período inicial”, que es el término utilizado por el Comité de Derechos Humanos en su observación general núm. 35. El Gobierno no ha facilitado ninguna justificación para esa demora. Por ello, el Grupo de Trabajo concluye que la única razón en que se basó la privación de libertad del Sr. Shalikhán fue que era un solicitante de asilo y, por lo tanto, estaba sujeto a la política de detención automática de inmigrantes de Australia. Dicho de otro modo, el Sr. Shalikhán fue privado de libertad por ejercer los derechos legítimos que lo amparaban en virtud del artículo 14 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Esto, a su vez, hace que la privación de libertad inicial del Sr. Shalikhán, desde el momento de su llegada al país hasta su primera evaluación, realizada en junio de 2015, sea arbitraria y se inscriba en la categoría II.

105. Además, como se establece claramente en la deliberación revisada núm. 5, la privación indefinida de la libertad de las personas durante la tramitación de los procedimientos de migración no puede justificarse y es arbitraria¹². Por ello, el Grupo de

⁸ Véanse las opiniones núms. 28/2017, 42/2017 y 50/2018. Véase también la deliberación revisada núm. 5, párr. 9.

⁹ Véase A/HRC/10/21, párr. 67. Véase también la deliberación revisada núm. 5, párrs. 12 y 16.

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ Véase la opinión núm. 50/2018, párrs. 86 a 89.

¹² Véase también A/HRC/13/30, párr. 63, y las opiniones núms. 28/2017 y 42/2017.

Trabajo ha exigido que se establezca por ley un período máximo de privación de libertad durante los procedimientos de migración y que esta pueda aplicarse únicamente durante el período más breve posible¹³. Hasta el momento, el Sr. Shalikhán ha permanecido privado de libertad durante más de cinco años y no existe ninguna perspectiva clara de cuándo podría ser puesto en libertad. El Grupo de Trabajo toma nota de que ni siquiera el propio Gobierno ha podido dar en su respuesta indicaciones al respecto.

106. El Grupo de Trabajo está de acuerdo con el argumento aducido por el Gobierno en relación con el artículo 26 del Pacto. No obstante, el Grupo de Trabajo desea señalar que el Comité de Derechos Humanos, en su observación general núm. 15, citada por el Gobierno, también establece con claridad lo siguiente: “Los extranjeros se benefician del requisito general de no discriminación respecto de los derechos garantizados, conforme al artículo 2 del Pacto”. Y también: “Los extranjeros tienen pleno derecho a la libertad y a la seguridad personales”.

107. Por consiguiente, el Sr. Shalikhán tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales, garantizado en el artículo 9 del Pacto, y Australia debe garantizárselo sin distinción alguna, como establece el artículo 2 del Pacto. En el presente caso, la privación de libertad impuesta al Sr. Shalikhán por su condición de inmigrante, que es indefinida *de facto*, es contraria al artículo 2, leído conjuntamente con el artículo 9, del Pacto. Por lo tanto, el Grupo de Trabajo considera que la privación de libertad de que ha sido objeto el Sr. Shalikhán desde que dicha medida empezó a someterse a examen, en junio de 2015, es también arbitraria y se inscribe en la categoría II.

108. La fuente también ha alegado que no se han respetado las normas internacionales relativas al derecho a un juicio imparcial en relación con la privación de libertad del Sr. Shalikhán, en particular los derechos amparados por los artículos 9 y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el artículo 9 del Pacto. Por ello, según la fuente, la privación de libertad del Sr. Shalikhán se inscribe en la categoría III. La fuente aduce además que no se ha garantizado al Sr. Shalikhán, en su condición de refugiado reconocido como tal y que ha sido objeto de detención administrativa prolongada, la posibilidad de beneficiarse de una revisión o un recurso administrativos o judiciales. Según la fuente, este hecho hace que su detención sea arbitraria y se inscriba en la categoría IV.

109. El Gobierno de Australia rechaza estas alegaciones, aduciendo que una persona que se encuentre en régimen de detención de inmigrantes puede solicitar la revisión judicial de la legalidad de su privación de libertad ante el Tribunal Federal o el Tribunal Supremo de Australia por medios tales como el recurso de *habeas corpus*.

110. El Grupo de Trabajo desea recordar que, según los Principios y Directrices Básicos de las Naciones Unidas sobre los Recursos y Procedimientos relacionados con el Derecho de Toda Persona Privada de Libertad a Recurrir ante un Tribunal, el derecho a impugnar la legalidad de la detención ante un tribunal es un derecho humano autónomo, que es esencial para preservar la legalidad en una sociedad democrática¹⁴. Este derecho, que constituye de hecho una norma imperativa del derecho internacional, se aplica a todas las formas de privación de libertad y a todas las situaciones de privación de libertad, incluida no solo la detención a efectos de un proceso penal, sino también las situaciones de detención bajo el orden jurisdiccional administrativo y de otro tipo, como la detención militar, la detención de seguridad, la detención en virtud de medidas de lucha contra el terrorismo, el confinamiento involuntario en centros médicos o psiquiátricos y la detención de migrantes¹⁵. Además, se aplica independientemente del lugar de detención o la terminología jurídica utilizada en la legislación, y toda forma de privación de libertad por cualquier motivo debe estar sujeta a la supervisión y el control efectivos del poder judicial¹⁶.

111. El Grupo de Trabajo observa que entre los hechos del caso del Sr. Shalikhán desde su detención el 25 de agosto de 2013, tal como los han expuesto la fuente y el Gobierno,

¹³ Véanse también las opiniones núms. 5/2009 y 42/2017; E/CN.4/1999/63/Add.3, párr. 35; y A/HRC/33/50/Add.1, párrs. 49 y 50.

¹⁴ Véase A/HRC/30/37, párrs. 2 y 3.

¹⁵ Véase A/HRC/30/37, anexo, párrs. 11 y 47 a).

¹⁶ *Ibid.*, párr. 47 b).

destacan diversas solicitudes para diferentes tipos de visados. Sin embargo, el Grupo de Trabajo tiene presente que el Sr. Shalikhhan no ha comparecido ni una sola vez ante un órgano judicial en relación con el ejercicio de su derecho a impugnar la legalidad de su privación de libertad, establecido por el artículo 9, párrafo 4, del Pacto, y señala que dicho examen por un órgano judicial entrañaría necesariamente una evaluación de la legitimidad, la necesidad y la proporcionalidad de su privación de libertad¹⁷.

112. Dicho de otro modo, a lo largo de sus más de cinco años de privación de libertad, el Sr. Shalikhhan no ha podido impugnar la legalidad de su detención *per se*. Al parecer, la única institución que ha evaluado la necesidad de que el Sr. Shalikhhan siga privado de libertad es el órgano encargado de la revisión de los casos. Dado que el Gobierno no ha indicado lo contrario, el Grupo de Trabajo entiende que se trata del Comité de Tramitación de Casos y Revisión de Detenciones. Sin embargo, como el Grupo de Trabajo ya ha observado en otros casos, ese Comité no es un órgano judicial¹⁸. Además, el Grupo de Trabajo observa que el Gobierno nunca ha explicado de qué modo los exámenes realizados por ese órgano cumplen las garantías del derecho a impugnar la legalidad de la detención, consagrado en el artículo 9, párrafo 4, del Pacto¹⁹.

113. El Grupo de Trabajo recuerda las numerosas conclusiones del Comité de Derechos Humanos en las que este ha considerado que la aplicación de la detención obligatoria de inmigrantes en Australia y la imposibilidad de impugnarla vulneran el artículo 9, párrafo 1, del Pacto²⁰. Además, como observa el Grupo de Trabajo en su deliberación revisada núm. 5, la privación de libertad en el contexto de la migración debe ser excepcional, por lo que deben buscarse medidas alternativas no privativas de libertad²¹. En el presente caso, el Grupo de Trabajo entiende que, si bien se evaluó la posibilidad de conceder al Sr. Shalikhhan el régimen de detención comunitaria, se consideró que esta medida no sería adecuada por sus problemas de salud mental y por la amonestación que había recibido de los tribunales en enero de 2015, por lo que se lo mantuvo internado. No obstante, el Grupo de Trabajo estima que elegir entre el régimen de detención comunitaria y la privación de libertad no responde a la exigencia de que se evalúen debidamente medidas alternativas no privativas de libertad. Además, el Gobierno no ha respondido a la alegación formulada por la fuente sobre los informes de evaluación relativos al Sr. Shalikhhan, en los que se afirma con claridad que el entorno confinado de privación de libertad agrava sus problemas de salud mental (véase el párrafo 40).

114. Sorprende también al Grupo de Trabajo el argumento aducido por el Gobierno de que las medidas como el *habeas corpus* constituyen una posible vía de reparación para el Sr. Shalikhhan²². A este respecto, le parece evidente que la legislación australiana en vigor permite la privación de libertad del Sr. Shalikhhan y que, por tanto, el recurso de *habeas corpus*, cuya finalidad es impugnar una detención ilegal, no ofrece una vía realista de amparo a personas que se encuentren en su misma situación. De todos modos, el Grupo de Trabajo recuerda que el hecho de que una privación de libertad se lleve a cabo de conformidad con la legislación nacional no significa que no sea arbitraria según el derecho internacional. Todos los Estados deben garantizar que su legislación interna refleje debida y plenamente las obligaciones dimanantes del derecho internacional.

115. Por consiguiente, el Grupo de Trabajo concluye que al Sr. Shalikhhan se le ha denegado el derecho a impugnar la legalidad de su privación de libertad, en contravención

¹⁷ Véase la deliberación revisada núm. 5, párrs. 12 y 13.

¹⁸ Véanse las opiniones núms. 20/2018, párr. 61, y 50/2018, párr. 77.

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ Véanse *C. c. Australia; Baban c. Australia* (CCPR/C/78/D/1014/2001); *Shafiq c. Australia* (CCPR/C/88/D/1324/2004); *Shams y otros c. Australia* (CCPR/C/90/D/1255,1256,1259,1260,1266,1268,1270&1288/2004); *Bakhtiyari c. Australia* (CCPR/C/79/D/1069/2002); *D y E y sus dos hijos c. Australia* (CCPR/C/87/D/1050/2002); *Nasir c. Australia* (CCPR/C/116/D/2229/2012); y *F. J. y otros c. Australia* (CCPR/C/116/D/2233/2013).

²¹ Véanse también A/HRC/13/30, párr. 59; E/CN.4/1999/63/Add.3, párr. 33; A/HRC/19/57/Add.3, párr. 68 e); A/HRC/27/48/Add.2, párr. 124; y A/HRC/30/36/Add.1, párr. 81. Véanse asimismo las opiniones núms. 72/2017 y 21/2018.

²² Véase la opinión núm. 20/2018, párr. 64.

del artículo 9 del Pacto, y que, por lo tanto, su detención es arbitraria y se inscribe en la categoría IV, y no en la III, como ha denunciado la fuente.

116. Además, la fuente sostiene que la privación de libertad del Sr. Shalikhán se inscribe en la categoría V porque, como consecuencia efectiva de la decisión del Tribunal Supremo en la causa *Al-Kateb v. Godwin*, los ciudadanos australianos y los no ciudadanos no son iguales ante los tribunales y cortes de justicia de Australia. Según esa decisión, los ciudadanos australianos pueden impugnar su detención administrativa, pero los extranjeros, no. El Gobierno rechaza esas alegaciones con el argumento de que, en esa causa, el Tribunal Supremo decretó la validez de las disposiciones de la Ley de Migración según las cuales los no ciudadanos deben permanecer privados de libertad hasta que sean expulsados o se les conceda un visado, aun cuando su expulsión no sea razonablemente factible en un futuro cercano.

117. El Grupo de Trabajo expresa su perplejidad ante la explicación aportada una vez más por el Gobierno con respecto a la decisión del Tribunal Supremo²³, pues se limita a corroborar que el Tribunal confirmó que es legal imponer la privación de libertad a los no ciudadanos hasta que sean expulsados o se les conceda un visado, aun cuando su expulsión no sea razonablemente factible en un futuro cercano. Dicho de otro modo, el Gobierno no ha explicado de qué modo los no ciudadanos en esa situación pueden impugnar su privación de libertad tras la decisión del Tribunal.

118. El Grupo de Trabajo observa las numerosas conclusiones del Comité de Derechos Humanos, a las que se hace referencia en el párrafo 113 del presente documento, y el hecho de que el efecto de la decisión del Tribunal Supremo de Australia en la causa mencionada es que los no ciudadanos carecen de recurso efectivo alguno para impugnar la legalidad de su detención administrativa prolongada²⁴.

119. En el pasado, el Grupo de Trabajo ya ha coincidido con el dictamen del Comité de Derechos Humanos sobre esta cuestión y mantiene la misma posición en el presente caso²⁵. El Grupo de Trabajo subraya que esa situación es discriminatoria y contraviene los artículos 16 y 26 del Pacto. Por consiguiente, concluye que la detención del Sr. Shalikhán es arbitraria y se inscribe en la categoría V.

120. En todas las conclusiones anteriores referidas al Sr. Shalikhán, el Grupo de Trabajo ha tenido particularmente en cuenta que este solo tenía 16 años cuando llegó a Australia. El Grupo de Trabajo considera que este hecho apela también a las obligaciones contraídas por el país en virtud de la Convención sobre los Derechos del Niño, en la que Australia es parte desde el 17 de diciembre de 1990, y más particularmente a sus artículos 2, 22, 24, 28 y 37 b) y d).

121. El 7 de agosto de 2017, el Grupo de Trabajo envió una petición al Gobierno de Australia para llevar a cabo una visita al país y se hace eco de la alentadora respuesta recibida el 24 de noviembre de 2017, en la que el Gobierno indicó que estaría en condiciones de invitarle a realizar una visita durante el primer trimestre de 2019. El Grupo de Trabajo agradece al Gobierno que confirmara su disposición durante el diálogo interactivo mantenido con él en el marco del 36º período de sesiones del Consejo de Derechos Humanos, celebrado el 12 de septiembre de 2018.

122. El Grupo de Trabajo reitera que le complacería tener la oportunidad de realizar una visita a Australia y sus centros de detención extraterritoriales, a fin de mantener un diálogo constructivo con el Gobierno y ofrecerle su asistencia para que haga frente a sus graves preocupaciones acerca de los casos de privación de libertad arbitraria. El Grupo de Trabajo espera con interés poder hablar de las fechas concretas en que podría llevarse a cabo esa visita en 2019.

²³ Véanse las opiniones núms. 21/2018, párr. 79, y 50/2018, párr. 81.

²⁴ Véase *F. J. y otros c. Australia*, párr. 9.3.

²⁵ Véanse las opiniones núms. 28/2017, 42/2017, 71/2017, 20/2018, 21/2018 y 50/2018.

Decisión

123. En vista de lo anterior, el Grupo de Trabajo emite la siguiente opinión:

La privación de libertad de Ahmad Shalikhán es arbitraria, por cuanto contraviene los artículos 2, 3, 7, 8 y 9 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y los artículos 2, 9, 16 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y se inscribe en las categorías II, IV y V.

124. El Grupo de Trabajo pide al Gobierno de Australia que adopte las medidas necesarias para remediar la situación del Sr. Shalikhán sin dilación y ponerla en conformidad con las normas internacionales pertinentes, incluidas las dispuestas en la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

125. El Grupo de Trabajo considera que, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso, el remedio adecuado sería poner al Sr. Shalikhán inmediatamente en libertad y concederle el derecho efectivo a obtener una indemnización y otros tipos de reparación, de conformidad con el derecho internacional.

126. El Grupo de Trabajo insta al Gobierno a que lleve a cabo una investigación exhaustiva e independiente de las circunstancias en torno a la privación arbitraria de libertad del Sr. Shalikhán y adopte las medidas pertinentes contra los responsables de la violación de sus derechos.

127. El Grupo de Trabajo insta al Gobierno de Australia a que revise sin demora las disposiciones de la Ley de Migración de 1958 teniendo en cuenta las obligaciones que le incumben en virtud del derecho internacional.

128. El Grupo de Trabajo solicita al Gobierno que difunda la presente opinión por todos los medios disponibles y lo más ampliamente posible.

Procedimiento de seguimiento

129. De conformidad con el párrafo 20 de sus métodos de trabajo, el Grupo de Trabajo solicita a la fuente y al Gobierno que le proporcionen información sobre las medidas de seguimiento adoptadas respecto de las recomendaciones formuladas en la presente opinión, en particular:

- a) Si se ha puesto en libertad al Sr. Shalikhán y, de ser así, en qué fecha;
- b) Si se han concedido indemnizaciones u otras reparaciones al Sr. Shalikhán;
- c) Si se ha investigado la violación de los derechos del Sr. Shalikhán y, de ser así, el resultado de la investigación;
- d) Si se han aprobado enmiendas legislativas o se han realizado modificaciones en la práctica para armonizar las leyes y las prácticas de Australia con sus obligaciones internacionales de conformidad con la presente opinión;
- e) Si se ha adoptado alguna otra medida para aplicar la presente opinión.

130. Se invita al Gobierno a que informe al Grupo de Trabajo de las dificultades que pueda haber encontrado en la aplicación de las recomendaciones formuladas en la presente opinión y a que le indique si necesita asistencia técnica adicional, por ejemplo, mediante una visita del Grupo de Trabajo.

131. El Grupo de Trabajo solicita a la fuente y al Gobierno que proporcionen la información mencionada en un plazo de seis meses a partir de la fecha de transmisión de la presente opinión. No obstante, el Grupo de Trabajo se reserva el derecho de emprender su propio seguimiento de la opinión si se señalan a su atención nuevos motivos de preocupación en relación con el caso. Este procedimiento de seguimiento permitirá al Grupo de Trabajo mantener informado al Consejo de Derechos Humanos acerca de los progresos realizados para aplicar sus recomendaciones, así como, en su caso, de las deficiencias observadas.

132. El Grupo de Trabajo recuerda que el Consejo de Derechos Humanos ha alentado a todos los Estados a que colaboren con el Grupo de Trabajo, y les ha pedido que tengan en cuenta sus opiniones y, de ser necesario, tomen las medidas apropiadas para remediar la situación de las personas privadas arbitrariamente de libertad, y a que informen al Grupo de Trabajo de las medidas que hayan adoptado²⁶.

[Aprobada el 21 de noviembre de 2018]

²⁶ Véase la resolución 33/30 del Consejo de Derechos Humanos, párrs. 3 y 7.