

Punto y final en el affaire 'Djokovic': motivación del fallo del Pleno del Tribunal Federal de Australia, confirmatorio de la cancelación del visado del tenista serbio

Alejandro Valiño

Universitat de València

En el día de ayer se ha publicado la Resolución del Pleno del Tribunal Federal de Australia en la que se contienen los razonamientos que condujeron a la desestimación del recurso interpuesto por la representación legal del tenista contra la decisión de cancelación de su visado por el Ministro de Inmigración, Extranjería, Servicios Migratorios y Asuntos Multiculturales en el ejercicio del poder personal que le otorga el art. 133C(3) de la Ley de Extranjería de 1958.

### **Competencia del Tribunal Federal de Australia**

La Resolución judicial se detiene en primer término en el examen de su propia competencia. Así, recuerda que, al amparo de los arts. 476 y 476A de la Ley de Extranjería, la jurisdicción originaria para conocer de las peticiones de revisión judicial de las denominadas 'privative clause decision' (decisiones discrecionales administrativas no revisables) corresponde al Tribunal del Distrito Federal y de Familia de Australia y no al Tribunal Federal de Australia.

Sin embargo, las circunstancias concurrentes, que exigían una respuesta inmediata por parte de los órganos jurisdiccionales, siendo que ya se había programado partido de primera ronda al tenista serbio para el primer día de competición y en la medida en que, en la vista ante el juez Kelly, el Ministerio se comprometió a no dar inmediata ejecución a la decisión del Ministro en tanto no se sustanciase el recurso interpuesto para evitar así una reclamación de daños por parte de Djokovic, trajeron por consecuencia la transferencia de la causa al Tribunal Federal de Australia con fundamento en el art. 153(1) de la Ley reguladora del funcionamiento del Tribunal del Distrito.

Por Auto del Tribunal *ad quem*, se asumió la competencia para resolver el recurso al amparo del art. 32AD(3) de la Ley del Tribunal Federal de Australia de 1976. Y con fundamento en el art. 20(1A) de tal disposición, se acordó que el Tribunal actuaría en Pleno, tal como se explicó en los prolegómenos de la vista del 16 de enero.

Ese mismo día, después de las intervenciones de las partes, el Pleno del Tribunal resolvió en el sentido de desestimar el recurso interpuesto por el tenista contra la cancelación de su visado, con imposición de las costas al impugnante en el montante que las partes acuerden o, en defecto de acuerdo, el que llegue a fijarse en su momento.

### **Fundamentación jurídica de la resolución judicial**

La Resolución comienza subrayando, como ya apuntamos en su momento, cuál es el alcance de su esfera de cognición:

*"The Court does not consider the merits or wisdom of the decision; nor does it remake the decision. The task of the Court is to rule upon the lawfulness or legality of the decision by reference to the complaints made about it".*

Por tanto, el Tribunal no pueda entrar a valorar el fondo del asunto y, con ello, lo acertado de la decisión, con vistas a revocarla o incluso confirmarla. La tarea del Tribunal es únicamente pronunciarse sobre su conformidad a Derecho o, lo que es lo mismo, sobre la legalidad de la decisión a la luz de las razones invocadas por la parte impugnante.

A continuación, el Tribunal hace hincapié en cuáles son las disposiciones legales relevantes:

a) el art. 133C(3), que contempla el poder o discrecionalidad de cancelar un visado (“*may cancel a visa*”) otorgado a una persona, si el Ministro está convencido de que existe una razón para tal cancelación, según el art. 116, y (además), está convencido de que cancelar el visado sería de interés público.

b) el art. 116(1)(e)(i), que contiene las condiciones o presupuestos de esa convicción a la que ha de llegar el Ministro. En el caso que nos ocupa, que la presencia en Australia del titular del visado es o puede ser un riesgo para la salud, la seguridad o el buen orden de la comunidad australiana o de una parte de ella.

#### **Presupuestos para llegar a la convicción del ‘decision-maker’ de que la cancelación del visado es lo procedente.**

Seguidamente, el Tribunal se detiene en lo que denomina “*state of satisfaction*”, esto es, en el presupuesto o condición en que se asienta el convencimiento del Ministro. Subraya a este respecto que lo relevante no es si Novak Djokovic representa un riesgo para la salud, la seguridad o el buen orden en Australia (“*Thus it is not the fact of Mr Djokovic being a risk to the health, safety or good order of the Australian community*”), sino si el Ministro está convencido de que su presencia es, puede o podría serlo (“*it is whether the Minister was satisfied that his presence is or may be or would or might be such a risk*”).

En relación con esto, el Tribunal ha puesto el acento en que el convencimiento del Ministro es un estado personal del pensamiento sujeto a revisión judicial (“*The satisfaction of the Minister is not an unreviewable personal state of mind*”), pero la norma delimita con claridad hasta dónde puede alcanzar esa revisión judicial. Si el Tribunal considera que el convencimiento ha sido obtenido irrazonablemente (“*the satisfaction is found to have been reached unreasonably*”) o, a la vista de los elementos disponibles o de la fundamentación jurídica, no debería haberse alcanzado (“*was not capable of having been reached on proper material or lawful grounds*”), entonces se debería concluir que no se está ante un convencimiento lícito a los efectos de la Ley de Extranjería (“*it will be taken not to be a lawful satisfaction for the purpose of the statute*”), por lo que el presupuesto para el ejercicio del poder no existiría y, en consecuencia, la decisión sería ilegal y debería ser anulada (“*In such a case the precondition for the exercise of the power will not exist and the decision will be unlawful and will be set aside*”). El Tribunal concluye, significando que el convencimiento legal o lícito es un presupuesto jurisdiccional, un tipo de acto jurisdiccional para el ejercicio del poder o de la discrecionalidad (“*the lawful satisfaction is a jurisdictional precondition, a form of jurisdictional fact, for the exercise of the power or discretion*”).

Con cita de numerosas resoluciones judiciales del Tribunal Supremo (*High Court*) a propósito de los requisitos en los que debe apoyarse ese convencimiento para ser legal, el Tribunal Federal extracta algunas consideraciones de las que resulta patente que la persona que adopta la decisión debe proceder de buena fe “*act in good faith*”), evitando hacerlo deshonesto,

arbitraria o caprichosamente (“cannot act merely arbitrarily or capriciously”, “must not act dishonestly, capriciously or arbitrarily”), puesto que, en aquellos casos en los que el convencimiento es una cuestión de opinión, ideas o gustos, sería entonces muy difícil demostrar que la decisión podría no haberse tomado motivadamente (“where the matter of which the [decision-maker] is required to be satisfied is a matter of opinion or policy or taste it may be very difficult to show that ... [the] decision could not reasonably have been reached”). Por tal razón, cuando el Ministro actúa en consideración a las circunstancias, dando un fundamento racional a la convicción obtenida, entonces los Tribunales no pueden ni deben interferir (“as the Minister acts upon circumstances ... giving him a rational ground for the belief entertained, then ... the Courts of law cannot and ought not interfere”).

### **Convencimiento ministerial no sustentado en evidencias materiales**

En efecto, uno de los aspectos en los que la representación legal del tenista basó su impugnación es el hecho de que la convicción del Ministro de que la presencia del tenista constituyese un riesgo para la salud, la seguridad o el buen orden, no se alcanzó a partir de evidencias, ni se basó en elementos materiales de apoyo.

Frente a estas aseveraciones, el Tribunal ha hecho valer el reciente parecer (2021) del Tribunal Supremo (*High Court*) en una causa en la que también estaba envuelto el Ministerio de Inmigración:

*“If the Minister exercises the power (...) and in giving reasons makes a finding of fact, the Minister must do so based on some evidence or other supporting material, rather than no evidence or no material, unless the finding is made in accordance with the Minister’s personal or specialised knowledge or by reference to that which is commonly known”.*

En consecuencia, en aquellos casos en los que la conclusión de hecho que inspira el convencimiento ministerial se obtiene a partir de algo que es conocido por el Ministro, bien sea personalmente o por razón de su cargo, o por el común de los mortales, no es indispensable contar con pruebas de carácter material que expliquen esa convicción.

### **Carácter ilógico, irracional o legalmente inmotivado de la decisión ministerial**

Significa el Tribunal que al convencimiento de que la presencia del titular de un visado puede entrañar un relevante riesgo para la salud, seguridad y buen orden de la comunidad australiana debe llegarse de forma legalmente razonable y, por consiguiente, el poder discrecional debe ejercitarse de acuerdo con esa legal razonabilidad.

El error identificado por los postulantes del tenista fue la carencia de evidencias o pruebas en las que fundar de forma relevante el convencimiento del Ministro, lo que, a su juicio, permitiría calificar de irracional e ilógico el razonamiento central que llevó al convencimiento, afectando al ejercicio del poder discrecional.

En relación con este aspecto, señala el Tribunal que el carácter ilógico de una decisión implica aproximarse a la persona que la tomó y a su proceso de razonamiento para comprobar si la decisión adoptada es tan ilógica o irracional que ninguna otra persona la hubiese adoptado y que, por consiguiente, se estaría ante una decisión realmente no contemplada en la norma aplicada.

Y, en este orden de cosas, pone de relieve el Tribunal cómo, desde 2014, el nivel o umbral de convencimiento ministerial en lo concerniente a los riesgos expresados (a la salud, a la seguridad y al buen orden) ha quedado sensiblemente rebajado respecto de la redacción originaria del precepto (el art. 116(1)(e)(i) de la Ley de Extranjería), puesto que es suficiente con que exista la mera posibilidad de que el riesgo de daño pueda llegar a existir. Así se indicaba expresamente en la Exposición de Motivos:

*“the amendment seeks to lower the threshold of this cancellation ground, so that it exists where there is a possibility that the person may (or might upon their arrival in Australia) be a risk to the health, safety or good order of an individual or community in Australia, as well as where there is demonstrated to be an actual risk of harm”.*

No es, por consiguiente, indispensable que se trate de un riesgo de daño actual, sino que cabe que sea futuro. En definitiva, la cancelación del visado se asienta en la convicción de que la presencia del tenista puede suponer un riesgo para la salud, seguridad o buen orden (*“The satisfaction is that the presence of Mr Djokovic in Australia may be a risk to health, safety or good order”*) a partir de una conjetura razonable sustentada, como bases legítimas del proceso de valoración, en el sentido común, en una razonable apreciación de la experiencia humana y en el conocimiento personal o especializado del Ministro o de su Departamento.

#### **Noción jurisprudencial de ‘good order’**

El Tribunal trae a colación la interpretación que ha de darse a la expresión ‘buen orden’ en el contexto (yuxtapuesta a salud y seguridad) de la norma de la que forma parte. El Juez Goldberg lo definió en una Sentencia del Tribunal Federal de Australia de 1998 del siguiente modo:

*“In that context it has, in my opinion, a public order element, that is to say it requires there to be an element of a risk that the person’s presence in Australia might be disruptive to the proper administration or observance of the law in Australia or might create difficulties or public disruption in relation to the values, balance and equilibrium of Australian society. It involves something in the nature of unsettling public actions or activities”.*

Proyectado sobre el caso que se examina, la cuestión es si la presencia de Novak Djokovic podría ser disruptiva para la correcta administración u observancia del derecho en Australia o podría crear dificultades o cierta alteración pública en relación con los valores, armonía y equilibrio de la sociedad australiana. En todo caso, no es indispensable que el titular del visado cree a partir de una actuación propia la situación de riesgo. Basta que su presencia sea ya de por sí fuente de creación del riesgo en cuanto que inspire o alimente el indebido proceder de otros.

#### **Consideraciones sobre las razones por el Ministro para dar soporte a su convicción**

Después de extractar el Tribunal Federal buena parte de los razonamientos vertidos por el Ministro en su Resolución de cancelación del visado del tenista, el Tribunal concluye, siguiendo las razones de impugnación invocadas por la representación legal de Djokovic:

**a) En cuanto a si el Ministro estaba o no en disposición de extraer conclusiones sobre lo que califica de ‘bien conocida posición de Novak Djokovic sobre la vacunación’ (well-known stance on vaccination)**

A este respecto, estima el Tribunal que sí se hallaba el Ministro en disposición de concluir cuál es la posición del tenista sobre la vacunación y, más en concreto, que Novak Djokovic se opone a tal cosa. Y ello, precisamente, a partir del artículo periodístico titulado ‘What has Novak Djokovic actually said about vaccines’ (lo que Novak Djokovic realmente ha dicho sobre las vacunas) de abril de 2020, en el que aparentemente se expresaba su oposición, por más que tal manifestación se matizase en el sentido de disponer de ‘an option to choose what’s best for my body’ (la posibilidad de elegir lo que es mejor para mi cuerpo); o a partir de declaraciones en Facebook en las que expresaba que él ‘wouldn’t want to be forced by someone to take a vaccine’ (no querría ser forzado por nadie a ponerse una vacuna), al tiempo que se mostraba “curious about wellbeing and how we can empower our metabolism to be in the best shape to defend against imposters like Covid-19” (interesado en el bienestar y en cómo reforzar nuestro metabolismo para estar en la mejor disposición para defenderse de impostores como el Covid-19).

Además de estas manifestaciones difundidas antes de que estuviesen disponibles las vacunas, nada apunta a que el tenista esté vacunado, por lo que el Ministro estaba en perfecta disposición para inferir que, desde que las vacunas están disponibles (hace ya más de un año), había optado por no vacunarse. Y el hecho de que tuviese razones para no hacerlo al tiempo de la decisión ministerial, no obsta para que el Ministro pueda tenerlo por contrario a la vacunación, o simplemente que no deseaba vacunarse, habida cuenta que están disponibles desde diciembre de 2021.

Cierto es que, aunque el Ministro no ha tratado de indagar cuál es su posición actual, lo cierto es que no se ha producido antes de enero de 2022 declaración alguna del tenista en sentido contrario a lo que el Ministro ha podido inferir a propósito de su posición sobre las vacunas, ni nada manifestó al respecto cuando fue interrogado en el aeropuerto por los agentes del Departamento de Interior, no proporcionando evidencias de un aparente cambio de postura, por lo que el Tribunal desestimó la razón de oposición invocada.

**b) En cuanto a si el Ministro estaba o no en disposición de concluir que la presencia de Djokovic es o puede ser un riesgo para la salud o el buen orden de la nación australiana**

A este respecto, sostenía la representación legal del tenista que el Ministro no citó, ni se apoyó en evidencia alguna, para sostener que la presencia de Djokovic pudiera animar un sentimiento anti-vacunación, o que en el pasado, en Australia o en otros países, Djokovic hubiese estimulado ese sentimiento.

Sin embargo, el Tribunal considera que el Ministro sí podía inferir que en Australia era percibido por la población como alguien que no estaba a favor de la vacunación. A propósito, subraya el Tribunal, la evidencia relevante a efectos de cancelación del visado no está tanto en la visión o posición que ostente el tenista, sino en la galvanización que su presencia puede suponer para los grupos contrarios a la vacunación y en la afinidad que puede apreciarse entre sus opiniones y las de tales grupos.

Desde luego, sostiene el Tribunal, era sabido o, al menos así se estimaba, que había optado por no vacunarse, incluso, como documentalmente consta en la causa, que se había erigido en icono de la libertad de elección en lo relativo a la vacunación. A su juicio, no es simplemente visto como alguien que puede alentar al movimiento anti-vacunación, sino que incluso podría influir sobre personas vacilantes a propósito de la conveniencia de estar vacunados, que es una conclusión que puede extraerse de las reglas del sentido común y de la experiencia humana, siendo que, especialmente en los más jóvenes, más fácilmente impresionables, un icono del tenis mundial es siempre alguien que tiende a ser emulado. Para extraer esa conclusión no se precisa prueba, sino que es expresión del comportamiento humano por su modesta familiaridad con la experiencia humana. Incluso para el caso de que no ganara el Open de Australia, su presencia, compitiendo en Australia, constituiría un presupuesto racional para la percepción de que podría fomentar un sentimiento anti-vacunación en cuanto animaría a desistir de vacunarse (o de administrarse la dosis de refuerzo) a aquellos que desean emularlo o ser como él.

Así las cosas, concluye el Tribunal que tal percepción es bastante para justificar el convencimiento del Ministro, no sólo en lo atinente a que la presencia del tenista entrañe riesgo para la salud, sino también para el buen orden y el interés público. Y es que las concentraciones y protestas desencadenadas al tiempo de la cancelación de su visado por parte de los delegados del Ministro del interior, con independencia del modo en que puedan afectar a la libertad de expresión (cuestión no planteada en la causa), comportan que no sea irracional inferir que la presencia del tenista en Australia pueda servir de acicate en el futuro a los grupos que promovieron esas iniciativas, o que, incluso, esas concentraciones o protestas podrían conducir a una transmisión comunitaria más intensa.

Está también, para apuntalar la convicción ministerial, el hecho de que el tenista haya contravenido públicamente medidas sanitarias preventivas al comparecer sin mascarilla tras resultar positivo por Covid-19, con lo que el Ministro está en disposición de inferir que su presencia podría alentar una actitud de vulneración de las normas de salud pública, sin que el Tribunal pueda entrar a valorar el rigor de la decisión adoptada, que es cuestión de fondo, sino si, a la vista de las consideraciones señaladas, puede considerarse que la conclusión ministerial de que el tenista era contrario a la vacunación fuera ilógica, irracional o legalmente desprovista de motivación, lo cual, a su juicio, no puede admitirse.

**c) En cuanto a si en el examen de las precondiciones del art. 116 de la Ley de Extranjería en las que se sustenta el ejercicio del poder personal de cancelación del visado fue ilógico, irracional o no suficientemente motivado**

La cuestión examinada aquí se relaciona con la argumentación sostenida por la representación legal del tenista en el sentido de que, si bien el Ministro valoró en qué medida la presencia del tenista podría alentar el sentimiento anti-vacunación, no contempló la cuestión desde la perspectiva de su deportación, esto es, si semejante decisión podría también animar ese sentimiento, cuya propagación tanto preocupa al Ministro.

Al respecto, sostiene el Tribunal que semejante planteamiento ha de ser desestimado. El tenor de la norma pone el acento en el aspecto de la 'presencia' (que no ausencia) del titular del visado y, por consiguiente, de qué modo la presencia (que no ausencia) puede entrañar un riesgo para la salud, seguridad o buen orden de la comunidad australiana, por lo que el

Ministro no está legalmente obligado a valorar la cuestión de los riesgos señalados desde la perspectiva de la salida del tenista del país. Hasta plantea el Tribunal que su deportación pueda, efectivamente, desencadenar mayores riesgos, pero eso no obsta para que también se genere por su presencia, que es a lo que se refiere la norma, sin perjuicio de que, efectivamente, la disposición no impide que el Ministro, al abordar la cuestión, tenga en cuenta adicionalmente qué efectos (incluyendo la reputación de Australia y el cuestionamiento de sus normas fronterizas) podrían derivarse de la deportación y hasta manifestó que, inicialmente cancelado en el aeropuerto el visado, se produjeron ciertos disturbios.

### **Conclusiones del Tribunal**

El Parlamento australiano ha atribuido al Ministro de Inmigración el poder de cancelar un visado si tiene la convicción de que la presencia de su titular puede ser un riesgo para la salud o el buen orden de la comunidad australiana. Ese convencimiento lo ha obtenido a partir de unas consideraciones que no puede decirse que sean irracionales o ilógicas, o que no estén basadas en elementos materiales. El hecho de que el Ministro, para forjar su convicción de que era de interés público proceder a la cancelación del visado, podría o debería haber tenido en consideración otros aspectos adicionales, no puede abordarse por el Tribunal. Y es que, señala el Tribunal, cuando el convencimiento se apoya en cuestiones de hecho, evaluaciones de la opinión pública o perspectivas de futuro, ciertamente está abierta la posibilidad de que otra persona hubiese adoptado una decisión distinta, pero ello no es suficiente para hacer de la acordada algo ilógico, irracional o carente de motivación. A este respecto, subraya el Tribunal:

*“That is the position in this case. Another person in the position of the Minister may have not cancelled Mr Djokovic’s visa. The Minister did. The complaints made in the proceeding do not found a conclusion that the satisfaction of the relevant factors and the exercise of discretion were reached and made unlawfully”.*

En definitiva, el hecho de que otro Ministro pudiera no haber cancelado el visado, no convierte en ilegal el modo en que obtuvo su convencimiento el actual Ministro de Inmigración, ni transforma en antijurídica la decisión finalmente adoptada de cancelar el visado del tenista.

Concluye así un asunto que ha levantado pasiones en todo el planeta, abarcando cuestiones y problemáticas que trascienden con creces el ámbito del deporte.

Queda claro que el influjo social que se atribuye a deportistas de primera fila no deja de constituir, como contrapunto a lo que por muchos se tiene por una vida regalada plena de éxito, fama, dinero y felicidad, una fuerte restricción de su autonomía privada. El ‘affaire’ Djokovic lo ha hecho patente: son muchas las personas que han decidido libremente no vacunarse, pero esa libertad de elección, en el caso del tenista, le ha privado en estos momentos de poder entrar en Australia para desplegar su actividad.

Las razones, convenientemente explicadas en Iusport, no descansan en el hecho de no estar vacunado, puesto que el derecho australiano permite el ingreso en su territorio de personas no vacunadas. No. La razón es que es un icono del deporte, cuyo estilo de vida, en todas sus vertientes, puede o podría marcar tendencia, o, mejor, de su libertad de elección de no vacunarse, cualquiera que sean, acertadas o erradas, las razones en las que se sustenta esa decisión personal, otros han hecho o están haciendo bandera, y, ciertamente, preocupa a las autoridades australianas (veremos qué respuesta obtiene en un futuro inmediato de otros



Estados) que el fenómeno, abanderado quizá involuntariamente por el tenista, pueda extenderse.

Alejandro Valiño

Universitat de València

-----

***EDITA: IUSPORT***

***Enero de 2022***