

## **Las limitadas facultades del tribunal para rehabilitar el visado de Djokovic**

**Alejandro Valiño**

**Universitat de València**

**Tras analizar ayer la normativa migratoria australiana** que supuso la concesión de un visado para actividad deportiva y, previsiblemente, la concesión de una exención individual de viaje, imprescindible para entrar en Australia a quienes no tienen la calificación de *'fully vaccinated'*, según la definición legal australiana, llega hoy la noticia de que el Ministro del Interior australiano, Alex Hawke, ha hecho uso del poder que le atribuye la Sección 133C(3) de la Ley migratoria australiana (*'Migration Act'*) para cancelar el visado otorgado al tenista serbio Novak Djokovic sobre la base de que concurren a su juicio razones de salud y de interés público que aconsejan la adopción de medida tan extraordinaria.

La decisión ministerial, **según manifiesta el propio Ministro**, ha sido tomada tras el examen de la información suministrada por el Ministerio del Interior, la Fuerza fronteriza australiana y el propio Novak Djokovic, apenas se le hizo saber, anulada la primera decisión de cancelación de su visado, que el Ministro estudiaba la posibilidad de hacer uso de la facultad que le atribuye la legislación de extranjería australiana.

Un rápido examen de la norma aplicable (*'Migration Act 1958'*) permite identificar, a la luz de las informaciones que han trascendido, algunas vulneraciones por parte del tenista serbio, si bien distintas de las que, finalmente, han justificado la cancelación de su visado:

- El solicitante de un visado, consciente de la comisión de algún error o inexactitud en la información suministrada al tiempo de solicitarlo, o simplemente de la aparición de cambios en las circunstancias concurrentes al tramitar su petición, debe comunicarlo por escrito tan pronto como se aperciba de ello, sin perjuicio de las indagaciones que por su cuenta puedan practicar las autoridades competentes (Secciones 104 a 106).
- El Ministro puede cancelar el visado si estima que, en el solicitante, después de ser invitado a dar las explicaciones oportunas, no concurren las circunstancias que motivaron su concesión (Sección 109).
- La decisión ministerial de cancelar un visado puede ser suspendida por el Tribunal Federal, por el Tribunal del Circuito Federal o por el Tribunal de Apelación Administrativa, sin que la detención practicada entre la cancelación del visado y su suspensión judicial sea antijurídica y sirva de base para reclamar indemnización alguna contra la Commonwealth o contra la autoridad que practicó la detención (Sección 114)

No parece, a la luz de la nota ministerial difundida, que las manifestaciones hechas por el tenista o por quien tramitó su solicitud fuesen falsas o erróneas, o, en caso de ser inexactas o incompletas, se ha estimado que no eran de entidad suficiente como para fundar en tales infracciones la revocación del visado concedido.

La expresa referencia a que el Ministro ha hecho uso de los poderes que le atribuye la Sección 133(C) (*‘Minister’s personal Powers to cancel visas on section 116 grounds’*) pone la cuestión **en los términos en los que la planteábamos en el artículo de ayer.**

En efecto, la norma regula en su *‘Subdivision D’* la cancelación de visados por ciertas razones (*‘Visas may be cancelled on certain grounds’*). En concreto, atribuye al Ministro el poder de cancelar el visado otorgado si estima que

- La decisión de otorgar el visado se basó, total o parcialmente, en un hecho o circunstancia que ya no concurre o que no llegó a concurrir;
- El titular del visado no ha observado alguno de los requerimientos indispensables para su concesión
- La presencia de su titular en Australia podría suponer un riesgo para la salud, seguridad o buen orden de toda o parte de la Comunidad australiana;
- El visado no debió ser concedido por infracción de la Ley migratoria o cualquier otra de la Commonwealth
- La información suministrada por el solicitante o por cualquier tercero en su interés fue incorrecta y tal incorrección fue determinante de su concesión.

Como reza la información institucional brindada por el Ministerio, el fundamento de su decisión revocatoria del visado se encuentra precisamente en la Sección 133(C), que se relaciona, por tanto, con lo dispuesto en la Sección 116(1).e.(i) y (ii), esto es, en la medida en que la presencia del titular del visado en Australia es o pueda ser, sería o podría ser, un riesgo para la salud, la seguridad o el buen orden de la nación australiana o una parte de ella:

***“the presence of its holder in Australia is or may be, or would or might be, a risk to: (i) the health, safety or good order of the Australian community or a segment of the Australian community; or (ii) the health or safety of an individual or individuals”.***

La disposición, con todo, no corresponde a la redacción originaria de la Ley migratoria. Es fruto de una enmienda relativamente reciente (Migration Amendment Bill 2014) que tenía por propósito, ante el crecimiento notabilísimo del fenómeno migratorio en Australia, *“to better capture particular kinds of criminal activity and non-citizens who engage in migration fraud”.*

De ahí que se insertaran en la norma nuevas causas de no concesión o de revocación de visados a personas condenadas, sospechosas o encausadas por pertenencia a bandas criminales, o envueltas en operaciones de trata de personas, o en la comisión de

crímenes de genocidio, esclavitud o tortura o, en general, de repercusión internacional, o en delitos de índole sexual que tenga por víctimas a niños, o tenidas por la Agencia de Inteligencia y Seguridad de Australia por generadoras de un riesgo, directo o indirecto, para la seguridad nacional.

Es, en consecuencia, en el contexto de esta Exposición de Motivos en el que habría de ser interpretado el ejercicio de ese extraordinario poder personal ministerial de cancelación de visados que nació en esas precisas circunstancias, máxime cuando, como seguidamente veremos, las decisiones adoptadas en este sentido se conciben como no revisables en vía jurisdiccional.

### **Procedimiento para la cancelación del visado (Subdivision FA de la Migration Act)**

Establece la Sección 133(C) dos tipos de procedimiento en los casos de cancelación de visados por las causas establecidas en la Sección 116.

En el primero de ellos (Sección 133C(1)), entra en juego el trámite de audiencia frente a la actuación ministerial. Así se establece que, en caso de revocación de la decisión de cancelación del visado por resolución judicial fundada en la inexistencia de causa, el Ministro está facultado para apartarse de ella y cancelar el visado (*'The Minister may set aside that decision and cancel the visa'*) si estima que hay causa para ello (*'if the Minister considers that the ground exists'*); que las razones aducidas por el interesado no son convincentes sobre la inexistencia de razones para la cancelación (*'if the visa holder does not satisfy the Minister that the ground does not exist'*) y, adicionalmente, que está convencido de que la cancelación del visado es de interés público (*'the Minister is satisfied that it would be in the public interest to cancel the visa'*).

En todo caso, una vez adoptada la decisión, el Ministro debe notificarla por escrito, especificando la disposición en que se funda y las razones últimas en las que descansa (Sección 133E), sin que la vulneración de este deber incida en la validez de la decisión adoptada (Sección 133E(3)).

Por las informaciones que son por todos conocidas, daría la sensación de que estamos precisamente ante esta situación: la cancelación inicial del visado por la Fuerza fronteriza australiana, el alzamiento judicial de la medida y el ejercicio del *'personal power'* del Ministro, sujeto a una limitadísima ulterior revisión judicial.

Sin embargo, prescindiendo de los trámites anteriormente señalados, la Sección 133C(3) faculta al Ministro para cancelar un visado sin trámite de audiencia si está convencido de que concurre una de las causas de la Sección 116 y que es de interés público proceder a su revocación.

Para este caso excepcional, se hace constar expresamente (Sección 133A(4)) que no son de aplicación *'the rules of natural justice'*, en el caso que nos ocupa el trámite de audiencia en el que se sustenta el derecho de defensa.

El dictado de la disposición no puede ser más categórico (Sección 133A(5)):

*“The Minister may cancel a visa under subsection (3) whether or not: (a) the visa holder was given a notification under section 119 in relation to the ground for cancelling the visa; or (b) the visa holder responded to any such notification; or (c) the Administrative Appeals Tribunal or the former Migration Review Tribunal or former Refugee Review Tribunal, or a delegate of the Minister: (i) decided that the ground did not exist; or (ii) decided not to exercise the power in section 116 to cancel the visa (despite the existence of the ground); or (d) a delegate of the Minister decided to revoke, under subsection 131(1), a cancellation of the visa in accordance with section 128 in relation to the ground”.*

Su fundamento radica, según la Exposición de Motivos que introdujo la disposición, en la necesidad de conferir poderes al Ministro para proceder a la cancelación inmediata de un visado en circunstancias en las que el interés general así lo aconsejara.

Una vez adoptada la decisión, el Ministro debe notificarla por escrito, en la forma que estime apropiada de acuerdo con las circunstancias concurrentes, haciendo constar la información o parte de ella en la que se sustenta. Asimismo, ha de invitar al interesado a prestar declaración ante el Ministro con vistas a obtener la revocación de su decisión en la forma y en los plazos indicados en la resolución (Sección 133F(3)).

A la luz de tales consideraciones y a pesar de la intensidad del poder ministerial conferido por la Migration Act, la Sección 133F(4) contempla la posibilidad de que, a resultas de ese ‘making representations’, pueda el Ministro revocar su decisión (*‘the original decision’*, como la llama la norma) en la medida en que el interesado sea capaz de convencerle de que la causa invocada por él realmente no existe, sin que la detención practicada en el ínterin pueda ser tenida por antijurídica, ni dé ocasión a reclamación indemnizatoria alguna (Sección 133F(7)).

### **Revisión judicial de la decisión ministerial**

La competencia para revisar decisiones de cancelación de visados corresponde al denominado *‘Federal Circuit Court’*, pero no alcanza a las decisiones de cancelación adoptadas sobre la base de la Sección 133C de la Migration Act, ni a las tomadas personalmente por el Ministro sobre la base de lo dispuesto en la Sección 116 (Sección 338(3)):

*“A decision to cancel a visa held by a non-citizen who is in the migration zone at the time of the cancellation is a Part 5-reviewable decision unless the decision: (...) (c) was made under section 133A or 133C, subsection 134(1), (3A) or (4) or section 501; or (d) was made personally by the Minister under section 109 or 116 or subsection 140(2)”.*

Ello no obstante, como la jurisprudencia australiana ha reconocido, el carácter inatacable de ciertas decisiones administrativas no obsta para que  **pueda invocarse jurisdiccionalmente la concurrencia de un error**  que surge cuando el órgano que resuelve se extralimita en las funciones y poderes que le han sido conferidos, o hace algo para lo que carece de potestad.

Ésta es precisamente la vía que ha sido ya emprendida por el equipo de abogados que asiste al tenista Novak Djokovic, según resulta de la orden interlocutoria dictada en el día de hoy por el Juez Kelly, **titular del Federal Circuit and Family Court of Australia (Division 2) en Melbourne**. Según consta en ella, la representación del tenista perseguía someter a revisión, ante el mismo órgano que anuló la primera decisión ministerial, la recientemente adoptada por el Ministro del Interior australiano en el ejercicio de los poderes que le atribuye la sección 133C(3) de la ‘Migratory Act’ australiana.

La cuestión interlocutoria planteada, por tanto, es la de ante qué órgano jurisdiccional debía ventilarse la cuestión. El interés de la representación de Djokovic estaba en que fuese el propio Juez Kelly, en quien se daba un pleno conocimiento de la cuestión controvertida desde sus inicios y, en definitiva, en disposición de poder apreciar esa variación en las razones en las que se sustentaba la remisión del visado.

Por su parte, la representación legal del Ministerio no se oponía al traslado del procedimiento al ‘Federal Court of Australia’, con programación de una comparecencia final para el 16 de enero, antes del inicio de la competición, por lo que, a su juicio, no se daba el riesgo de demora en la emisión de la resolución al que también apuntaba la representación del tenista.

La decisión finalmente adoptada por el Juez, en consideración a diversas disposiciones de la Ley reguladora de la actuación de su Tribunal, ha sido la de transferir la cuestión al Tribunal Federal de Australia. Razones de agilidad, economía y eficiencia en el uso de los recursos judiciales y administrativos disponibles, aconsejan, a su juicio, el traslado del asunto a un Tribunal cuya esfera de cognición es más amplia que la del que preside el propio Juez Kelly.

Entretanto, el Ministerio se compromete, tal como recoge la resolución del Juez Kelly, a no proceder a la expulsión del deportista en tanto no concluya el procedimiento. Permanece en situación de libertad a la espera de su comparecencia a las 8 a.m. (hora australiana) del próximo 15 de enero en Lonsdale Street, donde se sitúan los servicios de inmigración australianos.

Previsiblemente, esta comparecencia responderá a ese trámite de ‘*making representations*’ frente a la decisión de cancelación de su visado que le habrá sido ya comunicada al tenista, con vistas a convencer al Ministro, con la asistencia de sus abogados, de que no concurre en el asunto enjuiciado el riesgo para la salud pública o para el mantenimiento del orden que el Ministro ha expresado en su escueto comunicado, apartándose, por lo demás, de las razones en las que los delegados del Ministro fundaron la decisión inicial de cancelación de su visado.

Concluida la comparecencia en las dependencias de Inmigración, el tenista permanecerá bajo supervisión de dos oficiales de la Fuerza fronteriza australiana en las oficinas de sus abogados hasta la conclusión de la vista judicial, previsto su comienzo para las 9 a.m. del 16 de enero.

No es previsible que la decisión judicial se demore. Si así fuese, podría el deportista solicitar un *'bridging visa'* (visado puente) hasta que el Tribunal se pronuncie y, de este modo, de serle concedido, iniciar su participación en el torneo prevista para el día 17 o 18 de enero. Sin embargo, todo apunta a que la decisión se adoptará de forma inmediata.

En todo caso, al margen de lo manifestado por el Juez Kelly, parecen ser escasísimas las posibilidades de una revisión judicial sobre el fondo del asunto en la medida en que la decisión se sostiene en el ejercicio de unos intensísimos poderes personales del Ministro que, por principio, no están sujetos a impugnación judicial. Queda abierta la posibilidad de que se declare la concurrencia de un error, que más que tal, vendría a ser un sucedáneo de *'nuestro'* principio de no apartarse de los actos propios, modificando las razones en las que sustentan la cancelación del visado, o de *'nuestro'* también principio de confianza legítima, generada ésta a partir de la concesión del visado y de la evaluación favorable de su *'Australian Travel Declaration'*, acompañada de una certificación médica examinada por las autoridades australianas.

En todo caso, para los que nos hemos formado en principios constitucionales como el de la sujeción de los poderes públicos al ordenamiento jurídico (art. 9.1) y la interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3), no deja de resultar llamativa la atribución de unos poderes extraordinarios de tal extensión sin la previa adopción de estados de excepcionalidad constitucional.

### **Algunos detalles adicionales que constan en la Orden del Juez Kelly de 14 de enero de 2022**

El examen de la [Orden dictada por el Juez Kelly](#) nos ha permitido conocer algunos de los [detalles que indiciariamente reflejábamos ayer en nuestro artículo](#)).

La orden responde a la petición de revisión judicial de la decisión del Ministro de cancelar su *'Temporary Activiy (Subclass 408) Visa'*, por lo que ya ha quedado indubitadamente identificado el visado solicitado y obtenido por el deportista.

En lo concerniente a la cuestión de la exención médica, según refiere la resolución judicial, el deportista formuló su *'Australian Travel Declaration'* a la que, por mediación de la Federación Australiana de Tenis, se incorporó una copia de su exención médica para ser vacunado contra la Covid-19. Esta certificación médica, extendida por dos médicos especialistas, fue sometida a una doble evaluación. En primer término, por un *'Independent Expert Medical Review Panel'* constituido por la Federación Australiana de Tenis para examinar las varias solicitudes presentadas; y, en segundo lugar, el informe emitido por este primer Tribunal fue revisado y avalado por otro *'Independent Expert Medical Review Panel'* constituido por el Gobierno del Estado de Victoria.

Por último, ejercitado el poder personal de cancelación del visado del tenista que al Ministro le atribuye la Sección 133C de la *'Migration Act'* australiana, justificando la cancelación del visado en la concurrencia de razones de salud y de buen orden, la representación letrada de Novak Djokovic ha invocado la única vía de revisión judicial de la medida, esto es, la concurrencia de un error revisable jurisdiccionalmente por

cuanto las razones invocadas para la cancelación del visado son sustancialmente distintas de las que se adujeron en la primera cancelación judicialmente anulada.

**Alejandro Valiño**

**Universitat de València**

-----

***EDITA: IUSPORT***

***14 de enero de 2022.***