

Velando armas: las posiciones contrapuestas de la representación legal del tenista Novak Djokovic y del Ministerio de Asuntos migratorios australiano

Alejandro Valiño

A poco de la vista ante el Tribunal Federal australiano que decidirá definitivamente sobre la permanencia o deportación del tenista, han llegado a nuestras manos valiosos documentos que reflejan los términos en los que se va a plantear la contienda y sobre los que el Tribunal habrá de resolver.

La demanda ante el órgano jurisdiccional, interpuesta al amparo del art. 476 de la Ley migratoria australiana, tiene por objeto instar por vía de urgencia una vista (*expedited hearing*) al objeto de impugnar, antes del comienzo del Australian Open, la decisión ministerial del 14 de enero de cancelar el visado concedido al tenista a la luz de lo dispuesto en los arts. 133(C)3 en relación con el art. 116(1)(e)(i) de la Ley migratoria australiana.

La pretensión no es otra que la declaración de nulidad de la decisión del Ministro (*an order that the decision of the Minister be quashed*), su inmediata puesta en libertad y el requerimiento al Ministerio para que se abstengan en el futuro de adoptar nuevas decisiones en relación con la cuestión litigiosa.

Tal como consta en la propia notificación de la cancelación del visado impugnada (a la que se ha adjuntado un pliego de razonamientos jurídicos), se hace saber al tenista que, al haberse efectuado la cancelación del visado en el ejercicio de los poderes ministeriales extraordinarios, el Tribunal Administrativo de Apelaciones carece de competencias revisoras, aunque cabe que el Ministro pueda revocar su propia decisión si, a la vista de las alegaciones que pueda efectuar el tenista (por escrito y dentro de los 28 días siguientes a la recepción de la notificación, según establece el Reglamento Migratorio en su art. 2.49A), queda convencido de que la causa que motivó la cancelación del visado realmente no concurre.

En la medida en que el tenista ya era conocedor, por haberse informado de ello al Tribunal que anuló la primera cancelación del visado y quedar así reflejado en su resolución, de que el Ministro estaba estudiando ejercitar los poderes personales que le atribuye el art. 133C(3) de la Ley Migratoria, formuló anticipadamente alegaciones, con el correspondiente soporte documental, con vistas a evitar la decisión que finalmente adoptó el Ministro. En ellas, cuestionaba la hipotética elección de la vía del art. 133C(3) de la Ley Migratoria por no estar en ella prevista el trámite de audiencia, pero el Ministro, en el documento complementario en el que ahonda en las razones en las que se sustenta su decisión, ha justificado su modo de actuar en la necesidad de obrar con presteza habidas las circunstancias concurrentes y el interés público de resolver la cuestión con celeridad, integrado, entre otras cosas, por el inminente comienzo del Open de Australia, por el deseo de ofrecer oportunidad de impugnación judicial de la decisión y el hecho de encontrarse Djokovic en libertad en Australia, pese al riesgo que tal cosa entraña para la salud y el buen orden.

Fundamentación de la decisión ministerial de cancelación del visado

Las razones invocadas por el Ministro son:

- Que el tenista llegó a Australia el día 5 en un momento de crecimiento significativo del número de casos de Covid-19 y con una minoría de activistas contrarios a la vacunación obligatoria.
- Que el tenista declaró ante el oficial de Inmigración con el que se entrevistó el 6 de enero que no se halla vacunado, haciendo entrega de su historial médico en relación con el virus (la PCR positiva del 16 de diciembre, la PCR negativa de 22 de diciembre, un test que confirmaba el hecho de haber padecido anteriormente la enfermedad y el testimonio del Prof. Verica Jovanovic, dando fe de la autenticidad de la documentación exhibida).
- Que el 6 de enero, un delegado del Ministro del Interior canceló el visado con base en el art. 116(1)(e)(i) de la Ley Migratoria.
- Que el 10 de enero, el Juez Kelly resolvió en el sentido de anular la decisión por ilegal y ordenar la liberación del tenista de su situación de detención migratoria.
- Que el 14 de enero, el Ministro procedió a cancelar el visado a la luz del art. 133C(3) de la Ley Migratoria, que exige el convencimiento por parte del Ministro de que concurre alguna de las causas del art. 116 para acordar la cancelación del visado por razones de interés público.

En concreto, en el pliego de razonamientos que acompañan a la Resolución de cancelación del visado, el Ministro ha puesto de relieve que, tal como le hizo saber el Departamento de Salud de la Commonwealth, en el supuesto de que Djokovic hubiese dado positivo el 16 de diciembre, negativo el 22 de diciembre y careciese de sintomatología desde el 27 de diciembre, entonces se hallaba en riesgo insignificante de transmitir el virus Covid-19.

Asimismo, el Ministro, que no esconde no haber tenido tiempo para examinar la copiosa batería de documentos de toda clase presentados en apoyo de la posición del tenista, reconoce abiertamente que Djokovic, persona de prestigio y conocida por sus iniciativas filantrópicas, con un intachable historial de viaje y de cumplimiento de las condiciones de obtención de los visados para viajar y permanecer en Australia, tenía razones de orden médico para no estar vacunado; entró en Australia sin vulnerar las Guías elaboradas por ATAGI (Grupo Técnico de asesoramiento de Inmunización de Australia); y no trató de contravenir el derecho australiano.

Aun así, el Ministro ha considerado que su presencia en Australia puede entrañar un riesgo para la salud y el buen orden de la comunidad australiana. Y ello, obviando el episodio de junio de 2020 (el Adria Tour que organizó en Serbia y Croacia, donde el tenista y su esposa se contagiaron en un contexto de aparente vulneración de las medidas de prevención contra el Covid-19), porque en abril de 2020, mucho antes de que las vacunas estuviesen disponibles, Djokovic se mostró contrario a la vacunación y manifestó que no querría ser forzado a vacunarse para viajar o competir. De este modo, tales declaraciones evidencian que Djokovic ha manifestado públicamente un sentimiento anti-vacunación o, en todo caso, tal es la percepción que puede inferirse de sus declaraciones.

En consecuencia, entiende el Ministro que su presencia en Australia puede fomentar un sentimiento anti-vacunación que, de ocurrir, podría desencadenar efectos perjudiciales y, en definitiva, podría ser contraproducente para el proceso de vacunación en Australia, del que hace una abierta defensa con base en el Informe expedido por el Departamento de Salud de la Commonwealth. Ello hace de interés público la cuestión de la cancelación del visado, pues, aunque reconoce el Ministro que el riesgo de infección que puede crear el tenista es ínfimo, su presencia puede crear el de extender el sentimiento minoritario anti-vacunación en Australia.

Y es que, estima el Ministro, por su manera de pensar al respecto y el hecho de no estar vacunado, que el tenista puede poner en riesgo el buen orden de la comunidad australiana en el sentido de que podría animar a la población a actuar sin la debida prudencia frente a los consejos y medidas de salud pública existentes en Australia, llegando incluso a desistir de vacunarse o de recibir las dosis de refuerzo, lo que, en consecuencia, podría conducir a un incremento del sentimiento anti-vacunación generado en la comunidad australiana y, con ello, potencialmente, a una situación de agitación social.

En este sentido, el Ministro trae a colación en el pliego que da fundamento a su decisión a la definición jurisprudencial de “*good order*” como “*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*”.

A este respecto, señala el Ministro que el Covid-19 representa una severa e inmediata amenaza para la salud humana en Australia y tiene la capacidad de causar altos niveles de enfermedad y mortalidad y de alterar la comunidad australiana en lo social y en lo económico, por lo que, en un escenario de incremento de casos y de presión sobre el sistema de salud, es importante que la población actúe conforme con las exigencias, recomendaciones y consejos para combatir adecuadamente la pandemia por Covid-19. De ahí que, a su juicio, el influjo de personas o modelos sociales que incumplen o ignoran las medidas de salud pública tiene el poder de socavar la eficacia y consistencia de las medidas gubernamentales para la gestión de la pandemia.

Rechaza asimismo las razones de oposición vertidas por el tenista ante la inminente adopción de la medida, que los representantes legales del tenista hacían descansar también en el interés público de su presencia en Australia y participación en el Open de Australia, cuales son que la cancelación del visado crearía la apariencia de estar ante una decisión fundada más en lo político que en lo jurídico, pudiendo así cuestionar los principios y normas de seguridad fronteriza en Australia; y que se occasionarían perjuicios a los intereses económicos del país y hasta podría ponerse en peligro la futura continuidad del Open de Australia.

Adicionalmente, el Ministro ha ponderado una serie de circunstancias que, a su juicio, deben operar por principio en contra de la cancelación del visado. Así reconoce el Ministro que ha sido considerado el previsible daño que la medida habría de causar al tenista y su familia en el plano emocional, deportivo y económico. También han pesado en contra de la cancelación del visado su talante cooperador ante el personal del Ministerio; el hecho de que ha observado fielmente el contenido de las guías oficiales; el que sea poseedor ciertamente de una exención médica válida; y las posibles consecuencias diplomáticas frente a un país (Serbia) que ha apoyado fuertemente la permanencia del tenista en Australia.

En todo caso, el Ministro no deja pasar la oportunidad de recordar la posibilidad de que la cancelación del visado podría comportar adicionalmente la privación de su obtención por los tres años siguientes, con todo lo que ello podría representar para quien está habituado a competir en no pocos torneos en Australia.

En definitiva, a juicio del Ministro, tanto por razones de salud como de buen orden, independientemente consideradas, se ha de cancelar el visado del tenista, dando también cierta importancia con vistas a la cancelación adoptada a los errores, que dice reconocidos por el tenista, en la cumplimentación de la Australia Travel Declaration por intervención de su agente, aunque manifiesta que la decisión no habría sido distinta de no haberse producido tales errores.

Razones de oposición de los representantes legales de Djokovic

Ilógica e irracional acercamiento a la cuestión del interés público en cuanto presupuesto del ejercicio del poder discrecional del ministro

Sostiene la representación legal de Djokovic que si, como afirma el Ministro, el tenista es visto como una especie de adalid del sentimiento anti-vacunación, la valoración de en qué medida puede quedar afectado el interés público no ha de hacerse sólo desde la óptica de su permanencia en Australia, sino también desde la de su expulsión por unas declaraciones efectuadas hace aproximadamente dos años, en cuanto que tal decisión puede también contribuir a intensificar el sentimiento anti-vacunación que el Ministro desea combatir con la cancelación del visado, máxime cuando la única evidencia que tiene el Ministro del comportamiento de activistas anti-vacunación en relación con el tenista es que fue realmente la primera cancelación del visado, declarada ilegal por el Juez Kelly, la que galvanizó a los activistas anti-vacunación, por lo que es de esperar idénticas consecuencias derivadas de la segunda cancelación del visado, lo que, ante tal escenario, hace patente que la segunda decisión se encuentra viciada de *jurisdictional error*.

Es cuestionable que la presencia de Djokovic en Australia pueda suponer un riesgo para la salud o el buen orden de la comunidad Australiana

Los representantes del tenista han puesto de relieve que el Ministro no ha aportado la más mínima evidencia de que la presencia del tenista pueda animar el sentimiento anti-vacunación y no queda claro, para que el Ministro pueda extraer tal conclusión, cuáles son los elementos materiales en los que se basa su convencimiento de que la presencia del tenista supone un riesgo para la salud, el buen orden y que, por tanto, es de interés público cancelar su visado, por lo que la segunda decisión está, también por esta razón, afectada de vicio de error jurisdiccional.

Es cuestionable extraer conclusiones sobre la posición de Djokovic frente a la vacunación

En efecto, mantiene la representación legal del tenista que es aventurado extraer conclusiones sobre su posición respecto a la vacunación, que el Ministro no ha tratado de indagar de forma directa, sino que se basa en una cita contenida en un artículo periodístico que refiere un extracto de comentarios atribuidos al deportista hace aproximadamente dos años y antes de que las vacunas estuviesen disponibles. Y el propio Djokovic, en relación tales declaraciones, ha manifestado que se sacaron de contexto y que, desde luego, “*I am not against vaccination of any kind*” (<https://www.bbc.com/news/world-59897918>). No hay, por tanto, pruebas de que el tenista haya hecho comentarios sobre si se halla o no vacunado, o sobre su visión sobre la vacunación con posterioridad a abril de 2020.

En definitiva, como ya indicábamos en días anteriores, el planteamiento argumental de la representación legal del tenista se orienta por el estrecho sendero de tratar de convencer al Tribunal Federal de Australia que la decisión ministerial, a la vista de los presupuestos fácticos en que se apoya, adolece de lo que en la tradición jurídica australiana se conoce como “*jurisdictional error*”.

Alejandro Valiño

Universitat de València

EDITA: IUSPORT

Enero de 2022