



## Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Distr. general  
17 de noviembre de 2016  
Español  
Original: inglés

### Comité de Derechos Humanos

#### Dictamen aprobado por el Comité a tenor del artículo 5, párrafo 4, del Protocolo Facultativo, respecto de la comunicación núm. 2229/2012\* \*\* \*\*\*

<i>Comunicación presentada por:</i>	Nasir (representado por la oficina especializada en derechos humanos del Kingsford Legal Centre de la Universidad de Gales del Sur)
<i>Presunta víctima:</i>	El autor
<i>Estado parte:</i>	Australia
<i>Fecha de la comunicación:</i>	24 de octubre de 2012 (presentación inicial)
<i>Referencias:</i>	Decisión adoptada con arreglo al artículo 97 del reglamento del Comité, transmitida al Estado parte el 11 de diciembre de 2012 (no se publicó como documento)
<i>Fecha de aprobación del dictamen:</i>	29 de marzo de 2016
<i>Asunto:</i>	Prisión y condena por tráfico ilícito de personas
<i>Cuestiones de procedimiento:</i>	No agotamiento de los recursos internos, falta de fundamentación de las reclamaciones, condición de víctima
<i>Cuestiones de fondo:</i>	Detención arbitraria, juicio imparcial, injerencia arbitraria o ilegal en la familia y protección de la familia

\* Aprobado por el Comité en su 116º período de sesiones (7 a 31 de marzo de 2016).

\*\* Participaron en el examen de la comunicación los siguientes miembros del Comité: Yadh Ben Achour, Lazhari Bouzid, Sarah Cleveland, Olivier de Frouville, Yuji Iwasawa, Ivana Jelić, Photini Pazartzis, Mauro Politi, Sir Nigel Rodley, Víctor Manuel Rodríguez Rescia, Fabián Omar Salvioli, Dheerujlall Seetulsingh, Anja Seibert-Fohr, Yuval Shany, Konstantine Vardzelashvili y Margo Waterval. Se adjunta en los anexos del presente dictamen el texto de tres votos particulares firmados por cinco miembros del Comité.

\*\*\* Los anexos del presente documento se distribuyen tal como se recibieron, únicamente en el idioma en que se presentaron.

GE.16-20273 (S) 221116 231116



\* 1 6 2 0 2 7 3 \*

Se ruega reciclar



<i>Artículos del Pacto:</i>	9, párrs. 1, 3 y 4; 10, párr. 1; 14, párrs. 1, 3 c) y 5; 17, párr. 1; y 23, párr. 1
<i>Artículos del Protocolo Facultativo:</i>	1; 2; y 5, párr. 2 b)

1. El autor de la comunicación es Nasir, nacional indonesio, quien afirma haber sido víctima de una violación por parte de Australia de los derechos que le asisten en virtud de los artículos 9, párrafos 1, 3 y 4; 10, párrafo 1; 14, párrafos 1, 3 c) y 5; 17, párrafo 1; y 23, párrafo 1, del Pacto. El autor cuenta con representación letrada. El Protocolo Facultativo entró en vigor para el Estado parte el 25 de diciembre de 1991.

### Los hechos expuestos por el autor

2.1 El autor nació en la provincia de Riau, situada en Sumatra (Indonesia), en 1970 y dejó la escuela al terminar la enseñanza primaria. En Indonesia trabajaba como pescador ganando menos de 2 dólares de los Estados Unidos al día para sacar adelante a su mujer y sus dos hijas. Estos ingresos no siempre bastaban para satisfacer las necesidades básicas de supervivencia de la familia. A principios de 2010, un hombre abordó al autor en la calle y le ofreció una suma de dinero equivalente a 731 dólares de los Estados Unidos por trabajar de cocinero en un barco, oferta que él aceptó. El 28 de febrero de 2010, el autor zarpó de Indonesia a bordo de un barco con un pasaje de 49 personas, integrado por 46 solicitantes de asilo afganos y 3 tripulantes indonesios. El cometido del autor era cocinar y también hubo una ocasión en que hizo de timonel de noche.

2.2 El 10 de marzo de 2010, las autoridades australianas detectaron el barco en aguas nacionales y llevaron al autor al Centro de Recepción y Derivación de Inmigrantes de la isla de Navidad, donde estuvo recluso una semana, para luego ser trasladado al Centro Norte de Detención de Inmigrantes de Darwin, en el Territorio Norte.

2.3 El 6 de mayo de 2010, el Fiscal General emitió un certificado de suspensión de la expulsión para fines de justicia penal ("*criminal justice stay certificate*")<sup>1</sup>. En ese contexto, la legislación correspondiente no establece el período máximo por el que las autoridades australianas pueden retener a una persona en el país (y recluirla en un centro de detención de inmigrantes) para fines de investigación y enjuiciamiento de infracciones penales. Tampoco existe ninguna instancia administrativa o judicial competente para revisar la corrección procesal o la justificación de la detención llevada a cabo con arreglo a dicho certificado en cualquiera de sus fases, y no parece que estos certificados sean objeto de un proceso sistemático de revisión administrativa interna<sup>2</sup>.

2.4 El autor estuvo recluso sin cargos un total de 146 días. En ese tiempo, no se le indicó por qué estaba privado de libertad ni cuánto iba a durar su internamiento, ni supo que tenía la posibilidad de ponerse en contacto con el Consulado de Indonesia. Apenas mantuvo contacto con su mujer debido al elevado costo de las llamadas telefónicas. La primera ocasión en que recibió asistencia letrada fue a través de Legal Aid Queensland el día 29 de junio de 2010, cuando ya llevaba recluso 110 días. Según la Ley de Migración de Australia de 1958 (federal), los no ciudadanos pueden permanecer reclusos sin cargos en los centros de detención de inmigrantes por un período indefinido para fines de investigación y enjuiciamiento de infracciones penales sin que exista posibilidad alguna de

<sup>1</sup> El artículo 147 de la Ley de Migración de Australia de 1958 dice así: "Si está prevista la expulsión de un no ciudadano ilegal y el Fiscal General considera que este debería permanecer en Australia de manera temporal a los efectos de la administración de justicia penal en relación con un delito contra una ley federal, el Fiscal General podrá emitir un certificado para indicar que la suspensión de la expulsión del no ciudadano es necesaria para la administración de justicia penal".

<sup>2</sup> Véase el artículo 250 de la Ley de Migración.

que se lleve a cabo una revisión judicial o una supervisión administrativa de dichas detenciones<sup>3</sup>.

2.5 El 3 de agosto de 2010, el autor fue acusado de cometer un delito con agravantes de tráfico ilícito de personas con arreglo al artículo 232A de la Ley de Migración<sup>4</sup>, y al día siguiente fue trasladado a una institución penitenciaria. El 5 de agosto de 2010, compareció ante la sala de detenciones del Tribunal de Primera Instancia de Brisbane, el cual ordenó que permaneciera en prisión preventiva. El 2 de diciembre de 2011, el Tribunal Supremo de Queensland declaró culpable al autor y lo condenó a la pena mínima obligatoria de cinco años de cárcel, tres de ellos sin posibilidad de obtener la libertad condicional, según lo establecido en el artículo 233C de la Ley de Migración<sup>5</sup>. El autor recurrió su condena ante el Tribunal de Apelación de Queensland, que declaró improcedente el recurso el 13 de septiembre de 2012.

2.6 El autor sostiene que ha agotado todos los recursos efectivos de que disponía. En su caso no es posible recurrir directamente ya que, cuando se condena a una persona en virtud de la Ley de Migración, ningún tribunal puede reducir la duración de su pena por debajo del mínimo preceptivo. Las probabilidades de que prospere un recurso de inconstitucionalidad contra las disposiciones relativas a la pena mínima obligatoria son muy escasas, dado que el Tribunal Supremo de Australia ya ha refrendado la potestad de la asamblea legislativa para establecer penas mínimas obligatorias. En *Palling v. Corfield*, el Tribunal Supremo estimó que la existencia de una pena mínima obligatoria para un delito federal no atentaba contra el poder judicial ni infringía la separación de poderes<sup>6</sup>. Además, no existen vías efectivas para impugnar la legalidad de las detenciones sin cargos contempladas en la Ley de Migración, ya que el Tribunal Supremo ha dictaminado que los tribunales no tienen competencia para revisar o revocar una decisión administrativa adoptada de conformidad con la Ley de Migración en cuanto a la detención de un inmigrante. El sistema legislativo que posibilita el internamiento obligatorio en virtud de la Ley de Migración ha sido objeto de varios recursos fallidos ante el Tribunal Supremo. Asimismo, el artículo 474 de la Ley de Migración establece que las decisiones administrativas adoptadas conforme a la Ley son definitivas e inapelables. Si bien el Tribunal Supremo estima que el artículo 474 no es aplicable de haberse cometido un “error de competencia”, no es este el caso.

2.7 Durante su reclusión, el autor experimentó una intensa angustia, inquieto como estaba por su familia en Indonesia, y se le recetaron somníferos, pero no recibió tratamiento psicológico alguno. Debido a su prolongada reclusión, su mujer volvió a casarse, puesto

<sup>3</sup> El artículo 189 de la Ley de Migración de Australia exige la detención de toda persona sospechosa de haber entrado en Australia de manera ilegal, y el artículo 250 permite que estas personas permanezcan recluidas hasta la obtención de un visado o hasta su expulsión de Australia.

<sup>4</sup> En ese entonces, el artículo 232A de la Ley, decía así: “Quien organice o facilite el traslado o la llegada a Australia, o la entrada consumada o propuesta en Australia, de un grupo de al menos cinco personas, sin cerciorarse de que tenían o tienen legítimo derecho de entrada en Australia, incurrirá en un delito sancionable, previa condena, con una pena de 20 años de prisión o 2.000 unidades de multa, o ambas”.

<sup>5</sup> Al dictar sentencia, la jueza señaló que, “de no ser por el requisito de la pena mínima obligatoria, la pena que me veo obligada a imponerle no obedecería a los requisitos del artículo 16A de la Ley Penal, que establece los hechos atenuantes que debe tener en cuenta el tribunal al dictar sentencia para que la gravedad de la pena sea proporcionada al delito cometido”. La jueza observó que los factores atenuantes que habría tenido en cuenta en la causa del autor habrían incluido su condición de pobreza extrema en Indonesia, el hecho de que nunca antes había cometido delito alguno, el arrepentimiento que había mostrado en relación con la infracción, sus buenas perspectivas de rehabilitación, las terribles repercusiones que la condena tendría probablemente para la familia del autor, el efecto disuasorio que ya se había logrado gracias a los 632 días que el autor había pasado preso y su cooperación en las cuestiones previas al juicio.

<sup>6</sup> Véase *Palling v. Corfield*, Tribunal Supremo de Australia, núm. 123 CLR 52 (1970).

que él ya no podía darle un sostén financiero; sus hijas vivían con su abuela, que no tenía teléfono, por lo que le resultaba imposible contactarlas directamente. El poco dinero que les mandaba de lo que ganaba en la cárcel no bastaba para cubrir sus gastos de subsistencia básicos.

### **La denuncia**

3.1 El autor sostiene que su detención sin cargos durante 146 días en virtud de un sistema legislativo que posibilita la privación de libertad indefinida vulnera el artículo 9, párrafo 1, del Pacto, ya que la duración de su internamiento era innecesaria para la investigación y el enjuiciamiento del delito y tuvo un efecto desmesurado en él y en su familia. Su detención también fue arbitraria, ya que se incumplieron las garantías relativas a la pronta comparecencia ante un juez, a la asistencia letrada, a la celebración de un juicio sin dilación y a la posibilidad de impugnar la detención. El autor observa que el Comité ya ha dictaminado con anterioridad que la detención obligatoria de los solicitantes de asilo llevada a cabo por Australia en virtud de la Ley de Migración plantea problemas con respecto al artículo 9<sup>7</sup>.

3.2 El autor sostiene que su detención sin cargos durante 146 días sin posibilidad de revisión judicial también vulnera el artículo 9, párrafos 3 y 4, del Pacto. El hecho de que se le negara el acceso a una representación jurídica durante los primeros tres meses y medio de su detención también constituye una violación del artículo 9, párrafo 4. Antes de que se le imputara un delito el 3 de agosto de 2010, el autor desconocía el motivo por el que se hallaba recluido, no sabía cuál iba a ser la duración de su internamiento y no tenía acceso al Consulado de Indonesia.

3.3 También se vulneró el derecho del autor a ser juzgado dentro de un plazo razonable con arreglo a los artículos 9, párrafo 3, y 14, párrafo 3, del Pacto, ya que estuvo preso 21 meses antes de ser condenado, pese a que los hechos de su causa eran relativamente sencillos y prototípicos. Por consiguiente, esa demora no estaba justificada.

3.4 El autor también vio conculcados sus derechos contemplados en el artículo 9, párrafo 1, ya que se le impuso una pena mínima obligatoria que resultaba desproporcionada, inapropiada e injusta a la luz de sus circunstancias personales. La política de la pena mínima obligatoria que establece la Ley de Migración castiga a todos los miembros de una tripulación por igual, independientemente de su culpabilidad. El autor no era sino un mero asistente de la tripulación, un cocinero. Sabía muy poco sobre aquella empresa y no había participado en la organización del viaje ni había incitado a nadie a embarcarse. La Ley de Migración de Australia no establece diferencia alguna entre los organizadores del viaje y la tripulación, y tampoco permite tener en cuenta posibles circunstancias atenuantes ni consideraciones de proporcionalidad en la imposición de las penas.

3.5 El autor alega que su derecho a un juicio imparcial en virtud del artículo 14, párrafo 1, del Pacto, fue vulnerado debido a que la jueza no pudo ejercer un juicio independiente al dictar sentencia, y por consiguiente, le impuso una pena desproporcionada. La pena obligatoria que se le impuso está fundamentalmente reñida con el derecho a un juicio justo ante un tribunal independiente e imparcial, ya que, al quedar establecida por el poder legislativo, priva de toda discrecionalidad al juez encargado de dictar sentencia. No se tuvo en cuenta ninguna circunstancia atenuante, y una pena tan excesiva y desproporcionada nunca se habría impuesto de no haber sido por el requisito legal establecido.

---

<sup>7</sup> Véase el documento CCPR/C/AUS/CO/5, párr. 23.

3.6 La pena obligatoria elimina la discrecionalidad en la imposición de penas e impide que un tribunal de apelación modifique la sanción si se ha impuesto la pena mínima obligatoria, por lo que deja sin sentido toda revisión judicial de la sentencia, en contra de lo dispuesto en el artículo 14, párrafo 5, del Pacto.

3.7 El autor afirma que el escaso contacto que mantuvo con su familia a causa de su detención y su falta de medios para costearse las caras llamadas telefónicas, unido a la pérdida de ingresos y la falta de apoyo emocional que experimentó su familia, son circunstancias que vulneraron su derecho a ser tratado humanamente y con el respeto debido a la dignidad humana previsto en el artículo 10, párrafo 1, del Pacto.

3.8 Por último, el autor denuncia una violación de los artículos 17, párrafo 1, y 23, párrafo 1, del Pacto, debido a que, durante su reclusión, su familia se vio privada de apoyo financiero y emocional. Su mujer se volvió a casar y él tuvo muy poco contacto con sus hijas, que carecían de medios de sustento. Si bien el autor era el principal sostén de la familia, durante los dos años y medio que llevaba detenido cuando presentó la denuncia únicamente había podido enviarles unos 150 dólares australianos en total.

3.9 El autor solicita al Comité que pida al Estado parte que: a) ponga fin a su detención y lo devuelva a Indonesia; b) lo indemnice por los daños sufridos de resultas de la vulneración de sus derechos contemplados en el Pacto, a saber, la pérdida de libertad, el sufrimiento emocional experimentado durante su larga detención arbitraria, el malogramiento de su matrimonio con el consecuente perjuicio para las personas a su cargo, y la pérdida de ingresos; c) adopte medidas para facilitar su recuperación física y psicológica, así como su rehabilitación y reintegración a su regreso a Indonesia; y d) le pida perdón públicamente. También convendría solicitar al Estado parte que modifique su legislación migratoria, en particular que derogue las disposiciones de la Ley de Migración que establecen una pena mínima obligatoria, e introduzca en dicha Ley las enmiendas pertinentes para limitar la duración de la detención sin cargos de no ciudadanos sospechosos de haber cometido una infracción penal, así como que establezca los mecanismos apropiados para posibilitar la revisión de las detenciones, el acceso a los tribunales para impugnar la legalidad de una reclusión y el acceso a la asistencia letrada en todas sus fases. El Estado parte también debería adoptar políticas para impedir que se produzcan violaciones semejantes en el futuro, entre otros medios proporcionando de inmediato a los no ciudadanos detenidos por tráfico ilícito de personas un representante jurídico, un intérprete y ayuda para ponerse en contacto con su consulado y su familia.

#### **Observaciones del Estado parte sobre la admisibilidad y el fondo**

4.1 El 28 de enero de 2014, el Estado parte presentó sus observaciones sobre la admisibilidad y el fondo de la comunicación, e indicó al Comité que, el 8 de marzo de 2013, el autor había sido liberado al haberse cumplido los tres años de su pena de prisión sin posibilidad de obtener la libertad condicional y que, ese mismo día, el Departamento de Inmigración y Protección de Fronteras de Australia lo había devuelto a Indonesia.

#### *Admisibilidad*

4.2 El Estado parte sostiene que existía un recurso interno en relación con las reclamaciones del autor relativas a la incompatibilidad de su detención y la pena mínima obligatoria con los artículos 9, párrafo 1, y 14, párrafos 1 y 5, del Pacto, ya que el autor podría haber impugnado la constitucionalidad de las disposiciones legislativas pertinentes. Un asunto recientemente dirimido por el Tribunal Supremo (*Magaming v the Queen*)<sup>8</sup> demostraba que el autor disponía de esta opción. La causa se refería a un individuo

<sup>8</sup> Causa núm. S114/2013.

que había sido declarado culpable del delito consistente en organizar o facilitar el traslado a Australia de un grupo de no ciudadanos ilegales y había sido condenado a la pena mínima obligatoria. Dicha persona alegó que la pena mínima obligatoria a la que había sido condenada iba en contra de la Constitución, porque confería indebidamente atribuciones judiciales al poder ejecutivo del Gobierno, en la medida en que privaba a la judicatura de parte de la función de imposición de penas; además, la separación constitucional de poderes implicaba una garantía de libertad que había sido vulnerada por la incapacidad de los tribunales para evitar condenas arbitrarias y caprichosas. Estas afirmaciones guardan una gran semejanza con las realizadas por el autor en cuanto a la violación de las disposiciones del Pacto ya citadas. Si bien el recurso constitucional en la causa *Magaming* fue desestimado, el hecho de que el Tribunal Supremo lo hubiese admitido a trámite demuestra que había una cuestión que debía ser resuelta y que existía un recurso disponible.

4.3 Por cuanto se refiere a la alegación formulada en relación con el artículo 9, párrafo 4, del Pacto, el autor podría haber presentado una solicitud de *habeas corpus* ante el Tribunal Federal de Australia o el Tribunal Supremo para determinar la legalidad de su detención sin cargos y estos habrían podido ordenar su liberación de considerar ilegal la reclusión. El Estado parte desmiente lo dicho por el autor en el sentido de que un tribunal no puede ordenar la puesta en libertad de una persona recluida en virtud de un certificado de suspensión de la expulsión para fines de justicia penal si esta presenta una solicitud de *habeas corpus*, e indica que ello es posible si la detención es ilegal. En cuanto a la afirmación del autor de que no merecía la pena solicitar la revisión judicial del certificado que se le había emitido, ya que los tribunales solo pueden realizar revisiones por error de competencia, el Estado parte indica que el error de competencia es un motivo de revisión frecuente y a menudo eficaz. Para dar por cumplido el requisito del agotamiento de los recursos, el autor estaba obligado a solicitar la revisión judicial, independientemente de las dudas que expresó al respecto en sus comunicaciones.

4.4 En lo referente a las reclamaciones formuladas por el autor en nombre de su familia en virtud de los artículos 10, 17, párrafo 1, y 23, del Pacto, relativas al perjuicio sufrido por su familia en Indonesia a raíz de su detención, el Estado parte afirma que son inadmisibles *ratione loci* de conformidad con el artículo 1 del Protocolo Facultativo, puesto que su familia no se halla ni se hallaba bajo la jurisdicción australiana. Por consiguiente, esta cuestión excede del ámbito de las obligaciones que incumben al Estado parte de conformidad con el Pacto. Además, ni la mujer ni las hijas del autor le dieron permiso para que presentase la comunicación en su nombre y el autor no ha explicado en ningún momento los motivos que se lo habrían impedido.

4.5 En lo que concierne a las reclamaciones basadas en el artículo 10, párrafo 1, del Pacto con respecto al autor, el Estado parte las considera inadmisibles por falta de fundamentación. El autor no ha proporcionado evidencia alguna que indique que el trato recibido durante su detención haya llegado a constituir una humillación o una degradación más allá del propio hecho de la detención en sus circunstancias particulares.

#### *Fondo*

4.6 La prisión preventiva a la que se vio sometido el autor fue necesaria inicialmente por motivos migratorios con arreglo a la Ley de Migración, y a continuación para fines de justicia penal. Desde su llegada a la isla de Navidad el 13 de marzo de 2010 hasta que tuvo que abandonar Australia el día 8 de marzo de 2013, el autor estuvo recluido en un centro de detención de inmigrantes según lo dispuesto en la Ley de Migración. Desde el día en que se le imputó una infracción penal y se ordenó que permaneciera en prisión preventiva hasta que se fue de Australia, el autor estuvo recluido en una institución penitenciaria en relación con la comisión de un delito.

4.7 Para poder argumentar una violación del artículo 9, párrafo 1, del Pacto, el autor tiene que demostrar que su detención fue ilegal, entendiéndose como tal algo contrario a la legislación interna, o arbitraria, cualidad que se determina en función de si las circunstancias de la detención no fueron razonables, necesarias o proporcionales al propósito perseguido.

4.8 En relación con las reclamaciones del autor relativas al artículo 9, párrafo 1, el Estado parte afirma que su detención por motivos migratorios del 13 de marzo al 4 de agosto de 2010 no fue ilegal, en la medida en que se llevó a cabo de conformidad con lo establecido en la Ley de Migración. Por cuanto respecta a su arbitrariedad, el Comité ha confirmado que la detención obligatoria de las personas que llegan sin autorización no es arbitraria *per se*. Asimismo, no hay nada en la jurisprudencia del Comité que indique que las detenciones de una determinada duración puedan considerarse arbitrarias *per se*. El factor determinante no es la duración de la detención, sino si tiene un motivo justificado. La detención administrativa del autor fue necesaria durante todo ese período al carecer este de un visado válido para entrar o permanecer en Australia. Cuando se emitió el certificado de suspensión de la expulsión para fines de justicia penal el 6 de mayo de 2010, se hizo necesaria la detención administrativa del autor de conformidad con la Ley de Migración, en cuanto era un no ciudadano ilegal y, mientras dicho certificado estuviera vigente, no era posible expulsarlo de Australia, dado que tenía que permanecer en el país para posibilitar la administración de justicia penal. Como se ha indicado anteriormente, el autor disponía de mecanismos para solicitar la revisión de su detención administrativa.

4.9 La reclusión del autor en el marco del sistema de justicia penal desde el 4 de agosto de 2010 hasta el comienzo de su juicio, el día 21 de noviembre de 2011, tampoco fue ilegal ni arbitraria. El 5 de agosto de 2010, al día siguiente de que se le imputara una infracción penal, un tribunal ordenó que permaneciera en prisión preventiva. Dicha reclusión fue necesaria para posibilitar la presentación de cargos en el marco del sistema de justicia penal y fue objeto de la supervisión y la revisión del tribunal en todo momento.

4.10 En lo referente a la privación de libertad del autor de resultados de su condena a prisión, el Estado parte sostiene que las penas mínimas obligatorias previstas para el delito consistente en organizar o facilitar el traslado de más de cinco no ciudadanos a Australia están justificadas de conformidad con el artículo 9, párrafo 1; asimismo, la reclusión del autor por el período mínimo obligatorio, dadas las circunstancias, está justificada y es necesaria para lograr los legítimos objetivos de sancionar al autor, disuadirlo de cometer delitos semejantes en el futuro, por cuanto conllevan un grave riesgo para la vida de los solicitantes de asilo, y garantizar la aplicación uniforme por los tribunales de sanciones apropiadas a la gravedad del delito. La condena fue el resultado de un proceso judicial correcto en el que el autor contó con un representante letrado y se tomaron en consideración sus circunstancias individuales. El tiempo que el autor pasó en prisión preventiva se contabilizó al determinar la pena, lo cual demuestra que se tuvieron en cuenta sus circunstancias individuales.

4.11 Con respecto a las reclamaciones del autor basadas en el artículo 9, párrafo 3, del Pacto, en relación con su derecho a ser llevado sin demora ante un juez, el Estado parte no considera que el autor se hallara detenido o preso a causa de una infracción penal cuando se lo detuvo por motivos de migración. El certificado de suspensión de la expulsión para fines de justicia penal no constituyó el fundamento de su detención, y su entrevista con la Policía Federal de Australia el 29 de junio de 2010 no transformó la naturaleza de la detención del autor. Este continuó recluso porque carecía de un visado válido. En la medida en que la detención administrativa del autor fue prolongada debido a la necesidad de llevar a cabo una investigación penal, el tiempo empleado por la policía para realizar dicha investigación estuvo dentro de lo razonable. Si la estancia del autor en Australia hubiera sido legal, no habría permanecido recluso durante la investigación policial.

4.12 El 4 de agosto de 2010, el autor fue llevado al cuartel de la policía de Brisbane, donde fue acusado, y al día siguiente compareció ante un juez, que ordenó su permanencia en prisión preventiva. Por lo tanto, fue llevado sin demora ante un juez tras serle imputada una infracción penal.

4.13 Entre la acusación del autor y la celebración del juicio, el 23 de noviembre de 2011, transcurrieron 15 meses y 19 días, período durante el cual tuvo lugar una activa tramitación de la causa y que se justifica a la vista de las circunstancias<sup>9</sup>. Así pues, las reclamaciones del autor relativas al tiempo que pasó en prisión preventiva carecen de fundamento.

4.14 Con respecto a las reclamaciones del autor en relación con el artículo 9, párrafo 4, sobre la vulneración de su derecho a impugnar la legalidad de su detención durante su detención administrativa, el Estado parte afirma que dicha reclamación carece de fundamento. El Estado parte entiende que el término “legalidad” empleado en el artículo 9, párrafo 4, hace referencia a la legalidad con arreglo al derecho interno, y afirma que nada en el Pacto parece indicar que se pretendía que “legal” significara “legal en derecho internacional” o “no arbitrario”. Además, tal como se indica en las observaciones del Estado parte relativas al agotamiento de los recursos internos, el autor pudo solicitar la revisión judicial de la legalidad de su detención, y un tribunal habría podido ordenar su libertad de haber estimado que su situación infringía la ley.

4.15 En contra de las reclamaciones del autor en cuanto a que se le denegó el acceso a una representación letrada hasta el 29 de junio de 2010, al poco de comenzar su reclusión se le indicó que podía ponerse en contacto con sus representantes letrados y firmó un documento redactado en su idioma en el que figuraba una declaración en este sentido.

4.16 Por cuanto se refiere a las reclamaciones del autor relativas al artículo 10, párrafo 1, son inadmisibles y, con carácter subsidiario, carecen de fundamento. Durante su estancia en el centro de detención de inmigrantes, el autor pudo ponerse en contacto con sus familiares y con el Consulado de Indonesia en todo momento, posibilidad que se le comunicó expresamente. Recibió ayuda para ponerse en contacto con su familia nada más llegar a la isla de Navidad. Tuvo la oportunidad de adquirir tarjetas telefónicas participando en las actividades y los programas que ofrecía el centro. Durante su estancia en el Centro de los Servicios Penitenciarios de Queensland, tuvo el mismo acceso al servicio telefónico y postal que cualquier otro interno.

4.17 El autor pudo financiar sus llamadas a Indonesia con la asignación y los ingresos percibidos durante su tiempo en prisión. Según la información que figura en el registro de los Servicios Penitenciarios de Queensland, el autor realizó un total de 135 llamadas a Indonesia<sup>10</sup>. Parece ser que el motivo por el que tuvo dificultades para ponerse en contacto con sus hijas no guarda relación con sus circunstancias en Australia, sino con el hecho de que solo podía tener noticias de ellas llamando a una persona que vivía en una localidad a tres horas de donde estaban ellas. En el centro existen mecanismos de denuncia, pero el autor no recurrió a ellos en relación con su capacidad para ponerse en contacto con su familia, su representante letrado u otras personas de su elección, o para recibir visitas.

---

<sup>9</sup> El Estado parte explica que el 3 de septiembre de 2010 se programó una revisión de la causa del autor para el 22 de diciembre de 2010. Los representantes letrados del autor indicaron que llamarían a declarar a testigos y calcularon que serían necesarios unos tres días. La primera oportunidad con tres días consecutivos libres resultó ser el 11 de abril de 2011. En ese mismo mes se dio traslado de la causa al Tribunal Supremo de Queensland, que recibió el escrito de acusación el 9 de mayo de 2011. Se ofreció una fecha para el juicio en septiembre de 2011, pero los representantes del autor no estaban disponibles. El juicio comenzó el 21 de noviembre de 2011, que fue la primera fecha en la que estuvieron disponibles, y recayó sentencia el 2 de diciembre de 2011.

<sup>10</sup> El Estado parte ofrece información pormenorizada sobre la asignación y los ingresos percibidos por el autor durante su tiempo en prisión.

4.18 El autor sabía que podía ponerse en contacto con el Consulado de Indonesia porque así se lo indicaron cuando fue recluido en detención administrativa, y una vez más durante su entrevista con la Policía Federal de Australia, el 29 de junio de 2010. El autor informó a la policía de que no deseaba ponerse en contacto con el Consulado, porque ya había hablado con un representante<sup>11</sup>.

4.19 En relación con la alegación del autor en el sentido de que la pena mínima obligatoria que le impusieron contravenía el artículo 14, párrafo 1, del Pacto, el Estado parte afirma que no se ha producido injerencia alguna en la independencia o la imparcialidad de la judicatura por cuanto respecta al autor, y encuentra que dichas reclamaciones carecen de fundamento. El tribunal mantiene su discrecionalidad para condenar a quienes sean declarados culpables del delito en cuestión a la pena mínima obligatoria de 5 años de cárcel (3 de ellos sin posibilidad de obtener la libertad condicional) o a la pena máxima establecida por ley de 20 años de cárcel. Además, en el ejercicio de su discrecionalidad, el tribunal está obligado a examinar las circunstancias individuales en virtud de los factores expuestos en el artículo 16A, párrafos 1 y 2, de la Ley Penal de 1914. Entre las legítimas labores del poder legislativo está la de aprobar leyes para definir infracciones penales, así como las diversas sanciones aplicables, y prescribir los requisitos probatorios mínimos, entre ellos las presunciones obligatorias. Siempre que los límites legislativos de la potestad discrecional judicial no vulneren el elemento esencial de la independencia, esto es, la libertad de los jueces para formarse una opinión en materia fáctica y jurídica sin verse sometidos a influencias o presiones políticas externas, el Estado parte considera que la legislación en cuestión no conculca el derecho a comparecer ante un tribunal independiente.

4.20 En cuanto a las reclamaciones relativas al artículo 14, párrafo 3 c), sobre el derecho del autor a ser juzgado sin demora, el Estado parte afirma que carecen de fundamento por los motivos indicados en sus observaciones referentes al artículo 9, párrafo 3. Agrega que transcurrieron 9 meses y 11 días entre el fallo judicial de 2 de diciembre de 2011 y el fallo desestimatorio del recurso del autor (13 de septiembre de 2012), período de tiempo que no cabe considerar excesivo. Asimismo, una revisión de los procedimientos judiciales confirma que no hubo demoras injustificadas en este asunto<sup>12</sup>.

4.21 Respecto de las reclamaciones del autor en relación con el artículo 14, párrafo 5, el Estado parte alega que carecen de fundamento. El Tribunal de Apelación de Queensland examinó si había suficientes pruebas para demostrar más allá de toda duda razonable uno de los elementos constituyentes del delito, a saber, que el autor no se preocupó de cerciorarse de que los pasajeros tuvieran legítimo derecho de entrada en Australia. Además, el Tribunal revisó las actas del juicio para determinar si, sobre la base de la totalidad de las pruebas, el jurado podía haber determinado más allá de toda duda razonable la culpabilidad del autor. Así pues, las dimensiones de hecho y de derecho de la causa volvieron a examinarse, conforme a las exigencias del artículo 14, párrafo 5. El autor optó por no llevar su recurso hasta la siguiente instancia competente, que era el Tribunal Supremo.

4.22 Por cuanto se refiere a las reclamaciones del autor en relación con los artículos 17, párrafo 1, y 23, el Estado parte afirma que carecen de fundamento. Por definición, los presos se ven separados de su familia al ser encarcelados, ya que dicha separación es un componente necesario y ordinario del castigo que reciben por cometer una infracción penal, por lo que no constituye una injerencia arbitraria en la familia. Las dificultades que puedan derivarse del hecho de que la familia de una persona resida en otro país no están bajo la jurisdicción ni el control de Australia. Asimismo, en lo referente al sufrimiento

<sup>11</sup> En la comunicación del Estado parte figuran más detalles al respecto.

<sup>12</sup> En la comunicación del Estado parte figuran más detalles sobre los procedimientos.

experimentado por el autor de resultados del nuevo matrimonio de su mujer, se trata de un asunto privado irrelevante en el contexto de la denuncia.

4.23 El artículo 23, párrafo 1, no obliga a Australia a eximir a los delincuentes condenados de cumplir las penas que se les hayan impuesto conforme a derecho, entre ellas las privativas de libertad, por el efecto que ello pudiera tener en sus relaciones familiares en otro país. Se trata de asuntos privados, ajenos a las obligaciones y a la jurisdicción de Australia.

### **Comentarios del autor sobre las observaciones del Estado parte**

5.1 El autor presentó sus comentarios sobre la admisibilidad y el fondo de la comunicación el 24 de noviembre de 2014.

#### *Admisibilidad*

5.2 En lo referente a las observaciones formuladas por el Estado parte acerca de la existencia de un recurso interno en relación con las reclamaciones del autor basadas en los artículos 9, párrafo 1, y 14, párrafos 1 y 5, del Pacto, sobre su detención y condena a la pena mínima obligatoria, el autor sostiene que un recurso ante el Tribunal Supremo no tenía una posibilidad razonable de prosperar. En el momento en que el recurso interpuesto por el autor ante la sala de lo penal del Tribunal de Apelación de Queensland fue desestimado, todavía no había sido admitido a trámite el recurso en la causa *Magaming*, y toda la jurisprudencia sobre la cuestión de las penas mínimas obligatorias indicaba que un recurso de inconstitucionalidad no habría prosperado. El Tribunal Supremo había refrendado la validez constitucional de los mínimos obligatorios en múltiples ocasiones durante más de 60 años, rehusando admitir a trámite los recursos en tales casos. De cualquier modo, el fallo desestimatorio del recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley de Migración en la causa *Magaming* no hacía sino confirmar que el autor no tenía una posibilidad razonable de éxito. Además, el autor había visto denegado su recurso ante la sala de lo penal del Tribunal de Apelación de Queensland el 13 de septiembre de 2012 y su período de prisión sin posibilidad de obtener la libertad condicional terminaba el 8 de marzo de 2013. Por consiguiente, la resolución que hubiera podido dictar el Tribunal Supremo habría sido posterior a la finalización de su condena y, por tanto, inútil.

5.3 La afirmación del Estado parte de que el autor habría podido presentar una solicitud de *habeas corpus* alegando un incumplimiento del artículo 9, párrafo 4, como consecuencia de su detención en prisión preventiva es infundada. Dicho recurso depende de un fallo judicial que declare que la detención del autor carece de fundamento o es ilegal en el marco del derecho interno. Sin embargo, el autor no ha alegado la ilegalidad de su detención conforme al derecho nacional, sino su arbitrariedad según lo establecido en el Pacto. En el derecho australiano no hay ningún fundamento constitucional ni de otro tipo que permita impugnar una detención por motivos de arbitrariedad si por lo demás está permitida en virtud de la legislación interna. Habría sido inútil presentar una solicitud de *habeas corpus*.

5.4 De manera subsidiaria, el autor afirma que Australia se ha mostrado reticente a reparar esas violaciones, por lo que la norma de agotamiento de los recursos internos resulta inaplicable.

5.5 Por cuanto se refiere a sus reclamaciones relativas a los artículos 10, 17 y 23 del Pacto, el autor señala que no las formuló en nombre de su familia, sino que más bien denunció una vulneración de sus propios derechos contemplados en esas disposiciones. El hecho de que su familia se encontrara fuera del territorio australiano no incidía en la obligación del Estado parte de respetar los derechos del autor conforme a los citados artículos, puesto que él sí se hallaba bajo la jurisdicción del Estado parte. Además, el autor

en ningún momento tuvo intención de formular una denuncia en nombre de su familia. Sus reclamaciones se refieren a una vulneración de su propio derecho a la vida familiar.

5.6 El autor indica que sus reclamaciones basadas en el artículo 10, párrafo 1, del Pacto, quedan suficientemente fundamentadas por las pruebas que demuestran que no mantuvo contacto alguno con sus hijas en todo el tiempo que pasó recluido en Australia. El número de llamadas telefónicas que realizó a Indonesia no demuestra que las llamadas fueran respondidas o resultaran suficientes.

#### *Fondo*

5.7 En cuanto a sus reclamaciones relativas al artículo 9, párrafo 1, el autor sostiene que su detención administrativa obligatoria, pese a ser legal en derecho nacional, resultaba arbitraria por cuanto incumplía los requisitos de razonabilidad, necesidad y proporcionalidad. Lo detuvieron sobre la base de una “norma obligatoria aplicable a una categoría amplia” en lugar de tener en cuenta sus circunstancias personales, lo que iba en contra de las exigencias del Comité. El certificado de suspensión de la expulsión para fines de justicia penal, emitido casi dos meses después de su detención inicial, y la entrevista policial no pueden considerarse como elementos que demuestren que se tuvieron en cuenta sus circunstancias personales. Además, tampoco se contemplaron medios menos drásticos para lograr el mismo fin, como la obligación de personarse ante la autoridad, y la reclusión del autor no fue sometida a una revisión periódica.

5.8 En lo referente a la pena mínima obligatoria, el autor observa que el concepto de “arbitrariedad” de una pena no debe equipararse al de “contrario a la ley”, sino que debe interpretarse de manera más amplia a fin de incluir elementos tales como la incorrección y la injusticia. Su pena no era razonable ni proporcionada teniendo en cuenta sus características individuales, la gravedad del delito y la finalidad de sanción y disuasión. El artículo 232A de la Ley de Migración tipifica como delito toda una serie de actividades en las que se incluye tanto a los organizadores de toda la operación de traslado de no ciudadanos a Australia como a los cocineros y marineros de a bordo, quienes tienen poca o ninguna complicidad con los hechos y a menudo aceptan una oferta de trabajo sin más información sobre el objeto del viaje. Según declaró la Fiscalía General en el contexto de una investigación sobre la derogación de los mínimos obligatorios, el 22 de febrero de 2012, solo 5 de las 228 personas condenadas por este delito eran organizadores de operaciones de tráfico ilícito. El autor señala que la pena que se le impuso era manifiestamente excesiva, desproporcionada e injusta, dadas las circunstancias, ya que no respondía a los fines de sanción, rehabilitación y disuasión, según indicó la jueza encargada de dictar sentencia<sup>13</sup>. El efecto de disuasión general es irrelevante cuando se determina si una pena es desproporcionada y, en el caso del autor, su encarcelamiento tuvo un efecto disuasorio insignificante, tal como señaló dicha jueza<sup>14</sup>.

5.9 En cuanto a sus reclamaciones relacionadas con el artículo 9, párrafo 3, el autor sostiene que la privación de libertad a la que se vio sometido desde el 10 de marzo de 2010 hasta que compareció ante un tribunal el 5 de agosto de 2010 tenía por objeto la administración de justicia penal, por lo que la demora de 149 días constituye un

<sup>13</sup> La jueza señaló: “Ya ha pasado usted recluido 632 días, tiempo durante el cual su familia ha quedado desamparada. La pena de prisión, por lo tanto, no es necesaria para disuadirlo a usted más de lo que ya se lo ha disuadido. [...] Considero que ya ha sido usted suficientemente castigado. Sin embargo, me veo obligada a mantenerlo en prisión para cumplir la obligación que por ley me corresponde”.

<sup>14</sup> La jueza hizo además la siguiente observación: “Está claro que las personas que emplean a hombres como usted no harán sino cambiar de pueblo, porque lo consideran a usted completamente prescindible, y en las localidades pequeñas la gente no tiene periódicos ni otros medios modernos de comunicación, por lo que es poco probable que se enteren de una condena pronunciada por un tribunal australiano”.

incumplimiento del artículo 9, párrafo 3, del Pacto. Según lo dispuesto en el artículo 159A de la Ley de Penas y Sentencias de 1992, únicamente se puede entender que la prisión preventiva forma parte de la pena definitiva si “el delincuente hubiera estado detenido en relación con actuaciones vinculadas con el delito y no por cualquier otra razón”. De manera subsidiaria, la emisión del certificado de suspensión de la expulsión para fines de justicia penal el 6 de mayo de 2010 indica que el único propósito de su permanencia en Australia a partir de esa fecha era la administración de justicia penal. Por tanto, en este punto el autor se hizo acreedor del derecho a ser llevado sin demora ante un juez, cosa que siguió sin suceder en los 92 días siguientes. La efectividad de este derecho resultaba particularmente importante, dado que el autor no podía impugnar el certificado en la medida en que constituía una decisión regida por la cláusula privativa del artículo 474 de la Ley de Migración, y como tal no podía ser impugnada ni revocada.

5.10 Tampoco cabe considerar que los 20 meses transcurridos entre su detención y el comienzo del juicio el 23 de noviembre de 2011 fueran un período razonable de tiempo, incluso teniendo en cuenta los pequeños retrasos provocados por sus representantes. De manera subsidiaria, si se considera que la fecha en que comenzó su reclusión a efectos penales fue el 6 de mayo de 2010, los 18 meses transcurridos hasta el inicio del juicio también resultan injustificados. Cuando una persona pasa detenida todo el tiempo transcurrido entre la acusación y el juicio, un incumplimiento del artículo 14, párrafo 3 c), se suma al del artículo 9, párrafo 3.

5.11 Por cuanto se refiere a las reclamaciones relativas al artículo 9, párrafo 4, el autor reitera que una revisión judicial se habría limitado a examinar la legalidad de su detención, que no se cuestiona aquí, y no habría sido posible plantear la cuestión de la arbitrariedad.

5.12 En lo relativo a su alegación basada en el artículo 10, párrafo 1, del Pacto, el autor observa que el Estado parte no tuvo en cuenta sus circunstancias personales, incluidas las dificultades y el gasto que representaban para él llamar por teléfono a Indonesia, para garantizar su derecho a comunicarse con su familia. Si bien recibió ayuda para llamar a su familia el 19 de marzo de 2010, a su llegada a la isla de Navidad, tuvo que pagar todas las llamadas posteriores, pese al prohibitivo costo que tenían para él. Tuvo que repartir los ingresos percibidos en prisión entre su obligación de brindar apoyo financiero a los miembros de su familia y su voluntad de mantener el contacto con ellos. Australia debería haberle brindado un acceso adaptado a los servicios de comunicación para permitir que se comunicara con su familia de manera asequible y regular. Además, ignoraba que pudiera utilizar mecanismos de denuncia durante su estancia en prisión. Su capacidad para usar dichos mecanismos debe evaluarse teniendo en cuenta que no sabía hablar ni leer en inglés.

5.13 Respecto de sus reclamaciones basadas en el artículo 14, párrafo 1, el autor acepta que las penas mínimas obligatorias no vulneran *ipso facto* dicha disposición. Sin embargo, las penas mínimas obligatorias a las que se refiere la comunicación constituyen una violación porque son tan desproporcionadas que en muchos casos privan al tribunal de la potestad para imponer una pena proporcionada, lo que es incompatible con las funciones propias de una judicatura independiente e imparcial.

5.14 El autor mantiene su alegación relativa al artículo 14, párrafo 5. Un recurso no habría servido para obtener una reducción de la condena más allá de lo que ya se había dictaminado, pese a haber admitido la jueza que la pena era desproporcionada.

5.15 El autor también mantiene sus reclamaciones en relación con los artículos 17 y 23 del Pacto. Las condiciones de detención, incluidos los mecanismos para facilitar el contacto entre los presos y su familia, deben adaptarse de manera apropiada para permitir que los extranjeros mantengan su derecho a la vida familiar. Los mecanismos normales de la comunicación por carta o por teléfono pueden resultar adecuados para los presos nacionales, pero no así para los procedentes de otros países. El Estado parte no puede alegar

el legítimo interés del Estado para justificar las violaciones de los artículos 17 y 23. Por el contrario, las repercusiones de la separación de un individuo respecto de su familia deben ser objeto de la debida consideración.

### **Deliberaciones del Comité**

#### *Examen de la admisibilidad*

6.1 Antes de examinar toda reclamación formulada en una comunicación, el Comité de Derechos Humanos debe decidir, de conformidad con el artículo 93 de su reglamento, si dicha reclamación es o no admisible en virtud del Protocolo Facultativo del Pacto.

6.2 En cumplimiento de lo exigido en el artículo 5, párrafo 2 a), del Protocolo Facultativo, el Comité se ha cerciorado de que el mismo asunto no está siendo examinado en el marco de otro procedimiento de examen o arreglo internacional.

6.3 El Comité toma nota del argumento del Estado parte de que no se han agotado los recursos internos en relación con la alegación del autor de que la pena mínima obligatoria incumplía los artículos 9, párrafo 1, y 14, párrafos 1 y 5 del Pacto, puesto que este podría haber impugnado la constitucionalidad de las disposiciones legislativas en cuestión. El autor señala a este respecto que un recurso de inconstitucionalidad contra la pena mínima obligatoria no tenía una posibilidad razonable de prosperar en vista de la amplia jurisprudencia del Tribunal Supremo que confirmaba la validez de las penas mínimas obligatorias cuando fue desestimado su recurso ante la sala de lo penal del Tribunal de Apelación de Queensland. Además, dicha jurisprudencia se confirmaba en la causa *Magaming*. A la luz de esta jurisprudencia, el Comité concluye que efectivamente un recurso ante el Tribunal Supremo no tenía una posibilidad real de prosperar, y considera que no existe obstáculo alguno a la admisibilidad de esta reclamación en virtud del artículo 5, párrafo 2 b), del Protocolo Facultativo.

6.4 El Estado parte también sostiene que el autor no agotó los recursos internos en relación con el presunto incumplimiento del artículo 9, párrafo 4, del Pacto, derivado de su reclusión en prisión preventiva durante 146 días sin acceso a la revisión judicial, ya que el autor podría haber presentado una solicitud de *habeas corpus* ante el Tribunal Federal de Australia o el Tribunal Supremo para impugnar la legalidad de su detención. En este sentido, el autor observa que el recurso en cuestión debe apoyarse en un fallo judicial por el que se declare ilegal la detención con arreglo al derecho interno; que la cuestión no es la legalidad de la detención conforme al derecho interno, sino su arbitrariedad; y que en Australia no existe un marco jurídico que permita impugnar dicha detención por arbitraria. El Comité considera que el Estado parte no ha demostrado que haya disponible un recurso efectivo en relación con la presunta arbitrariedad de la detención del autor. Por consiguiente, considera que el artículo 5, párrafo 2 b), no le impide examinar esta reclamación en cuanto al fondo.

6.5 Por cuanto se refiere a las reclamaciones del autor en el sentido de que sus condiciones de reclusión en Australia, en particular las dificultades para mantener un contacto telefónico asiduo con su familia en Indonesia, vulneraron sus derechos de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, párrafo 1, 17, párrafo 1, y 23, párrafo 1, del Pacto, el Comité reconoce la importancia de que las personas privadas de su libertad puedan comunicarse periódicamente con su familia, como reconocen las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos. No obstante, considera que el hecho de que el autor no pudiera contactar con su familia se debió en gran medida a circunstancias no imputables al Estado parte, como que sus hijas viviesen en una localidad con un acceso muy limitado al teléfono. Además, esa imposibilidad también vino dada en parte por las circunstancias inherentes a un encarcelamiento. Por lo tanto, el Comité

considera que esta reclamación ha sido insuficientemente fundamentada a los fines de la admisibilidad y la declara inadmisibile en virtud del artículo 2 del Protocolo Facultativo.

6.6 En relación con la alegación del autor de que la pena obligatoria vulneró los derechos que le asistían de conformidad con el artículo 14, párrafos 1 y 5, debido a que los jueces no pudieron ejercer un juicio independiente al dictar sentencia, el Comité toma nota de la afirmación del Estado parte en el sentido de que entre las legítimas labores del poder legislativo está la de aprobar leyes para definir infracciones penales, así como las diversas sanciones aplicables, y que los jueces tienen libertad para formarse una opinión en materia fáctica y jurídica sin verse sometidos a influencias o presiones políticas externas. El Comité recuerda que el requisito de independencia se refiere a la independencia efectiva del poder judicial respecto de la injerencia política por los poderes ejecutivo y legislativo, y que es necesario proteger a los jueces contra los conflictos de intereses y la intimidación<sup>15</sup>. El Comité observa que el carácter vinculante de la ley no constituye *per se* una violación de la independencia judicial. El Comité observa además que el autor no alega presiones ni injerencias políticas externas por los poderes ejecutivo o legislativo, y que tampoco afirma que la jueza que dictó la sentencia hubiera sido objeto de intimidación cuando lo sentenció a la pena mínima de cinco años de prisión, tres de ellos sin posibilidad de obtener la libertad condicional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 233C de la Ley de Migración. Por consiguiente, el Comité considera que esta reclamación ha sido insuficientemente fundamentada a los fines de la admisibilidad y la declara inadmisibile en virtud del artículo 2 del Protocolo Facultativo.

6.7 Teniendo en cuenta lo anterior, el Comité declara la comunicación admisible en relación con las reclamaciones formuladas con arreglo a los artículos 9, párrafos 1, 3 y 4, y 14, párrafo 3 c), del Pacto.

#### *Examen de la cuestión en cuanto al fondo*

7.1 El Comité de Derechos Humanos ha examinado la presente comunicación teniendo en cuenta toda la información que le han facilitado las partes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5, párrafo 1, del Protocolo Facultativo.

#### Reclamaciones relativas a la detención del autor antes de que fuera acusado

7.2 El Comité toma nota de las observaciones del autor según las cuales su detención sin cargos durante 146 días, a lo largo de los cuales no fue llevado ante un juez ni le fue posible solicitar la revisión judicial de su reclusión, y su falta de acceso a asistencia letrada durante 110 días constituyeron una violación de los derechos que lo amparan en virtud del artículo 9, párrafos 1, 3 y 4, del Pacto. El Estado parte sostiene que la detención administrativa del autor fue necesaria a lo largo de ese período debido a que carecía de un visado válido para entrar o permanecer en Australia. Además, a partir del momento en que se emitió el certificado de suspensión de la expulsión para fines de justicia penal el 6 de mayo de 2010, quedó excluida su expulsión de Australia, dado que tenía que permanecer en el país a efectos de la administración de justicia penal.

7.3 El Comité recuerda que la detención durante los procedimientos de control de la inmigración no es *per se* arbitraria, pero deberá justificarse que es razonable, necesaria y proporcionada a la luz de las circunstancias, y revisarse a medida que se prolongue<sup>16</sup>. El Comité recuerda además que, en virtud del artículo 9, párrafo 4, toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un

<sup>15</sup> Véase la observación general núm. 32 (2007) del Comité sobre el derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia, párr. 19.

<sup>16</sup> Véase la observación general núm. 35 del Comité (2014) sobre la libertad y la seguridad personales, párr. 18.

tribunal, a fin de que este decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión, y que el recurso debe resolverse lo más rápidamente posible<sup>17</sup>.

7.4 En el presente caso, el Comité observa que el autor estuvo recluso en el contexto de una detención administrativa obligatoria durante casi cinco meses, del 13 de marzo al 4 de agosto de 2010, sin que se le presentaran acusaciones oficiales. El Estado parte no ha explicado por qué transcurrieron casi cinco meses antes de que se inculpara oficialmente al autor. El Comité señala además que, durante ese período, el autor se vio privado de salvaguardias legales que le permitieran impugnar su reclusión por arbitraria. Con respecto a la afirmación del Estado parte de que el término “legalidad” empleado en el artículo 9, párrafo 4, debe interpretarse como la legalidad con arreglo al derecho interno, el Comité recuerda su amplia jurisprudencia en el sentido de que la revisión judicial de la legalidad de la reclusión en virtud del artículo 9, párrafo 4, no se puede limitar al simple examen del cumplimiento de la legislación nacional, sino que debe incluir la posibilidad de ordenar la puesta en libertad si la reclusión es incompatible con lo dispuesto en el Pacto, en particular en el artículo 9, párrafo 1<sup>18</sup>. Por todo ello y a falta de más explicaciones del Estado parte, el Comité concluye que la privación de libertad del autor durante ese período de tiempo no estuvo justificada, fue arbitraria, en contravención del artículo 9, párrafo 1, del Pacto, y, en la medida en que no pudo ser impugnada ante un tribunal, constituyó una violación del artículo 9, párrafo 4, del Pacto.

7.5 En lo que concierne a la denuncia del autor relativa al artículo 9, párrafo 3, en el sentido de que no fue llevado sin demora ante un juez, el Comité observa que, según el Estado parte, el autor no se hallaba detenido o preso a causa de una infracción penal cuando se lo recluyó en un centro de detención de inmigrantes; el certificado de suspensión de la expulsión para fines de justicia penal no figuraba entre los fundamentos de su detención; la entrevista realizada por la policía el 29 de junio de 2010 no transformó la naturaleza de la detención del autor; y, en la medida en que la detención administrativa del autor se prolongó debido a la necesidad de realizar una investigación penal, el tiempo empleado por la policía para realizar dicha investigación fue razonable. No obstante, el Comité recuerda que el requisito de que toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal sea llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, con arreglo al artículo 9, párrafo 3, es de aplicación incluso antes de que se hayan presentado acusaciones formales, siempre y cuando la persona haya sido detenida o esté recluida por haber cometido presuntamente una actividad delictiva<sup>19</sup>. El Comité observa en este sentido que, de conformidad con el artículo 147 de la Ley de Migración de Australia de 1958, si el Fiscal General considera que un no ciudadano ilegal debe permanecer en Australia de manera temporal a los efectos de la administración de justicia penal en relación con un delito, podrá emitir un certificado de suspensión de la expulsión para fines de justicia penal. En vista de lo que antecede, el Comité entiende que, desde el 6 de mayo de 2010, fecha en que se emitió el certificado, el autor estuvo recluso en detención administrativa a los efectos de la administración de justicia penal, pero no fue llevado sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales. Por estos motivos, el Comité concluye que hubo una vulneración de los derechos que asisten al autor con arreglo al artículo 9, párrafo 3.

<sup>17</sup> *Ibid.*, párr. 47. Véase además la comunicación núm. 1973/2010, *Griffiths c. Australia*, dictamen aprobado el 21 de octubre de 2014, párr. 7.5.

<sup>18</sup> Véanse las comunicaciones núm. 1069/2002, *Bakhtiyari c. Australia*, dictamen aprobado el 29 de octubre de 2003, párr. 9.4, y núms. 1255/2004, 1256/2004, 1259/2004, 1260/2004, 1266/2004, 1268/2004, 1270/2004 y 1288/2004, *Shams y otros c. Australia*, dictamen aprobado el 20 de julio 2007, párr. 7.3.

<sup>19</sup> Véase la observación general núm. 35 del Comité, párr. 32; y las comunicaciones núms. 1128/2002, *Marques de Morais c. Angola*, dictamen aprobado el 29 de marzo de 2005, párrs. 6.3 y 6.4; y 1096/2002, *Kurbanova c. Tayikistán*, dictamen aprobado el 6 de noviembre de 2003, párr. 7.2.

## Reclamaciones relativas a la duración de los procedimientos

7.6 El Comité toma nota de la reclamación del autor en el sentido de que su derecho a ser juzgado en un plazo razonable y sin dilaciones indebidas, conforme a los artículos 9, párrafo 3, y 14, párrafo 3 c), del Pacto, fue vulnerado porque el período transcurrido desde su acusación (15 meses) o su detención (21 meses) no estaba justificado dadas las circunstancias del caso. El Estado parte ha indicado que el período en cuestión resultaba razonable y justificado, ya que permitió contar con tiempo suficiente para la instrucción penal y los procedimientos judiciales, y tuvo lugar una activa tramitación de la causa. También ha señalado, sin que lo haya rebatido el autor, que algunas de las demoras judiciales fueron provocadas por los representantes del autor, los cuales no estaban disponibles en la primera fecha propuesta para el juicio y no quedaron libres hasta el 21 de noviembre de 2011, día en que comenzó el juicio. El Comité considera que la información que consta en el expediente no permite concluir que el tiempo transcurrido hasta el juicio del autor fuera injustificado, dadas las circunstancias del caso, ni que se produjeran dilaciones indebidas en los procedimientos judiciales. Por lo tanto, el Comité dictamina que de los hechos que tiene ante sí no se desprende que haya habido una vulneración de los artículos 9, párrafo 3, y 14, párrafo 3 c), del Pacto, en lo que respecta a esta parte de la comunicación.

## Reclamaciones relativas a la pena mínima obligatoria

7.7 En cuanto a las reclamaciones del autor en relación con la pena mínima obligatoria establecida en la Ley de Migración, el Comité toma nota del argumento del Estado parte de que la condena del autor a la pena mínima obligatoria era necesaria para lograr el legítimo objetivo de la sanción y es necesaria como medida disuasoria general del delito de tráfico ilícito de personas, así como para velar por que los tribunales apliquen de manera uniforme sanciones apropiadas a la gravedad del delito. Toma nota también de la afirmación del Estado parte de que el delito con agravantes de tráfico ilícito de personas del que se declaró culpable al autor supone graves riesgos para la vida de los solicitantes de asilo y que la pena mínima es apropiada a la gravedad del delito. El autor, por su parte, afirma que la pena de 5 años de prisión que se le impuso, 3 de ellos sin posibilidad de obtener la libertad condicional, resultaba manifiestamente excesiva, desproporcionada e injusta a la luz de sus circunstancias. El Comité recuerda que el artículo 9 reconoce expresamente que las personas pueden ser reclusas a causa de una infracción penal, que el Pacto es compatible con diversos regímenes de sanción penal y que los condenados tienen derecho a que la duración de sus condenas se ajuste al derecho interno<sup>20</sup>. Recuerda igualmente que la imposición de una pena de prisión draconiana por una infracción leve sin la debida explicación y sin garantías procesales independientes es arbitraria<sup>21</sup>. En el presente caso, el Comité observa que el autor fue juzgado y declarado culpable del delito con agravantes de tráfico ilícito de personas por el Tribunal Supremo de Queensland. Fue condenado a la pena mínima obligatoria establecida para este delito, que es de 5 años de prisión (3 de ellos sin posibilidad de obtener la libertad condicional). La pena máxima prevista para este delito es de 20 años de cárcel. Asimismo, el Comité toma nota de la afirmación no refutada del Estado parte según la cual la prisión preventiva a la que se vio sometido el autor se contabilizó en el momento de determinar su pena y que el 8 de marzo de 2013 el autor fue puesto en libertad tras cumplirse los 3 años sin libertad condicional de su condena. Dadas las circunstancias y teniendo en cuenta que la condena del autor fue el resultado de un proceso judicial correcto en el que este contó con asistencia letrada, el Comité no está en

<sup>20</sup> Véase la observación general núm. 35, párrs. 14 y 20.

<sup>21</sup> *Ibid.*, párr. 14, y comunicaciones núms. 1189/2003, *Fernando c. Sri Lanka*, dictamen aprobado el 31 de marzo de 2005, párr. 9.2; y 1373/2005, *Dissanayake c. Sri Lanka*, dictamen aprobado el 22 de julio de 2008, párr. 8.3.

condiciones de concluir que la duración de esta reclusión penal fuera arbitraria y, por lo tanto, concluye que no pone de manifiesto una vulneración del artículo 9, párrafo 1, del Pacto.

8. El Comité de Derechos Humanos, actuando en virtud del artículo 5, párrafo 4, del Protocolo Facultativo, dictamina que los hechos que tiene ante sí ponen de manifiesto una violación del artículo 9, párrafos 1, 3 y 4, del Pacto.

9. De conformidad con el artículo 2, párrafo 3 a), del Pacto, el Estado parte tiene la obligación de proporcionar al autor un recurso efectivo. Esto significa que el Estado parte debe proporcionar plena reparación a las personas cuyos derechos en virtud del Pacto hayan sido violados. Por tanto, el Estado parte está obligado, entre otras cosas, a ofrecer al autor una indemnización adecuada. El Estado parte tiene también la obligación de adoptar medidas para evitar que se cometan violaciones semejantes en el futuro.

10. Teniendo presente que, por haber llegado a ser parte en el Protocolo Facultativo, el Estado parte ha reconocido la competencia del Comité para determinar si ha habido o no violación del Pacto y que, con arreglo al artículo 2 del Pacto, el Estado parte se ha comprometido a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio o estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el Pacto y a proporcionar un recurso efectivo y jurídicamente exigible cuando se compruebe una violación, el Comité desea recibir del Estado parte, en un plazo de 180 días, información sobre las medidas que haya adoptado para aplicar el dictamen del Comité. Se pide asimismo al Estado parte que publique el presente dictamen y que le dé amplia difusión.

## Anexo I

[Francés únicamente]

**Opinion jointe (partiellement dissidente) des membres du Comité  
Olivier de Frouville, Victor Rodriguez-Rescia et Fabian Omar Salvioli**

1. Nous sommes en désaccord avec la conclusion à laquelle arrive le Comité quant à l'absence de violation, dans cette affaire, du paragraphe 1 de l'article 9, du fait de l'application à l'auteur de la peine minimale obligatoire prévue l'article 236B de la loi australienne sur l'immigration de 1958 (§ 7.7. des constatations). Cet article oblige les tribunaux à prononcer une peine d'au moins cinq ans d'emprisonnement, dont une période de trois ans sans possibilité de demander une libération conditionnelle, pour toute personne condamnée pour infraction aggravée de trafic de migrants, prévue par l'article 233B de la même loi, que cette personne ait « organisé » ou bien « facilité » l'entrée ou la venue en Australie d'un groupe de plus de cinq personnes<sup>a</sup>. Comme l'indique la note de bas de page n° 5 des présentes constatations, la juge qui a prononcé la peine minimale de cinq ans d'emprisonnement a clairement exprimé sa préoccupation au regard du fait que l'article 236B *l'obligeait* à ne pas tenir compte des circonstances atténuantes dont l'auteur aurait dû bénéficier. De même, la note n° 17 reprend les termes de la juge de première instance, qui souligne sans ambiguïté le caractère injuste, disproportionné et non nécessaire de la peine que la loi l'a contrainte à prononcer : « Vous avez déjà été emprisonné pendant six cent trente-deux jours, durant lesquels votre famille a été laissée dans la misère. La peine d'emprisonnement n'est donc pas nécessaire pour vous dissuader davantage que cela n'a déjà fait [*sic*]. (...) Je considère que vous avez déjà été puni de manière appropriée. Cela étant, je suis obligée de vous infliger une peine d'emprisonnement supplémentaire pour m'acquitter de l'obligation que m'impose la loi. »

2. Dans ses observations finales relatives aux troisième et quatrième rapports périodiques de l'Australie, le Comité s'était prononcé sur une législation à l'époque applicable en Australie occidentale et dans le Territoire du Nord et prévoyant le même type de peine minimale obligatoire. Il avait constaté que « dans des bien des cas », cette législation aboutissait « à imposer des peines sans rapport avec la gravité des infractions commises », paraissait « incompatible avec les mesures prises par l'Etat partie pour réduire le nombre disproportionné d'autochtones aux prises avec la justice » et posait « de graves questions au regard de divers articles du Pacte ». Il invitait par ailleurs instamment l'Etat partie à « reconsidérer la législation sur l'emprisonnement obligatoire afin de garantir que tous les droits énoncés dans le Pacte soient respectés. »<sup>b</sup>

3. La question de la compatibilité de la peine minimale obligatoire avec le Pacte a également été soulevée sur le plan national. Comme le rappelle l'auteur dans sa communication, le 8 février 2012, la sénateur Sarah Hanson-Young a présenté au parlement australien une proposition de loi visant à l'abolition des peines minimales obligatoires. Une enquête a été lancée par le parlement au sujet des amendements proposés<sup>c</sup> et de nombreuses organisations ou experts indépendants, en réponse, ont appuyé l'abolition des peines minimales obligatoires, citant bien souvent le Pacte à l'appui de leur argumentation, et

<sup>a</sup> V. notamment les notes n°s 4 et 5 des présentes constatations.

<sup>b</sup> A/55/40 (vol. I), §§ 522-523.

<sup>c</sup> [http://www.apf.gov.au/Parliamentary\\_Business/Committees/Senate/Legal\\_and\\_Constitutional\\_Affairs/Completed\\_inquiries/2010-13/migrationamendment2012/index](http://www.apf.gov.au/Parliamentary_Business/Committees/Senate/Legal_and_Constitutional_Affairs/Completed_inquiries/2010-13/migrationamendment2012/index).

notamment ses articles 9 et 14<sup>d</sup>. En août 2012, un panel d'experts nommé par le gouvernement a recommandé notamment de restituer aux tribunaux le droit de déterminer librement les peines pour les membres d'équipage des navires participant au trafic de migrants. Par la suite, toujours en 2012, le procureur général d'Australie (*Australian Attorney General*) a publié des directives à l'intention du directeur des poursuites (*Commonwealth Director of Public Prosecutions*) pour faire en sorte que les membres de l'équipage de navires participant au trafic de migrants, mais ne portant qu'une responsabilité mineure dans le trafic, soient poursuivis sur la base d'infractions différentes que celles étant de nature à emporter l'infliction d'une peine minimale obligatoire : seuls pouvaient désormais être accusés de l'infraction de « trafic aggravé de migrants » les récidivistes, les capitaines de bateaux ou les personnes ayant participé à des trafics ayant entraîné la mort de personnes. M. Nasir ayant été condamné avant la publication de la directive, il n'a pas pu en bénéficier.

4. Il est normal et même souhaitable que le législateur fixe le quantum des peines applicables en relation avec chaque infraction considérée, de manière à ne pas laisser celles-ci à la libre appréciation de juge, ce qui risquerait d'entraîner une violation du principe de légalité des peines et des discriminations entre les justiciables. Généralement, le législateur donnera un éventail de peine et/ou indiquera la peine maximale applicable pour telle infraction. Cependant, de telles prescriptions ne privent pas totalement le juge de sa liberté d'appréciation dans la détermination du montant de la peine, ceci notamment afin de prendre en compte un certain nombre de facteurs, notamment les circonstances personnelles à l'accusé, à savoir les circonstances atténuantes ou encore des garanties d'insertion ou de réinsertion. Ainsi, dans la loi australienne sur la migration de 1958, l'infraction de trafic de migrant (art. 233A) – contrairement à l'infraction de trafic *aggravé* pour laquelle l'auteur a été condamnée (art. 233C), est punissable de 10 années d'emprisonnement, ce qui s'entend d'une peine maximale mais laisse la possibilité au juge de prononcer une peine inférieure. Par la suite, la directive a été révoquée le 4 mars 2014 mais la législation n'a pas été modifiée.

5. Un certain nombre de pays ont toutefois choisi d'instituer des peines minimales obligatoires s'agissant de certaines infractions ou en cas de récidive de la commission d'une infraction donnée. Dans ce cas, le juge se voit prescrire non seulement une peine maximale, mais également une peine en dessous de laquelle il ne peut pas descendre. Une telle technique n'est pas en soi contraire à l'article 9 du Pacte, à condition toutefois qu'elle n'ait pas pour résultat d'obliger le juge à prononcer des peines *manifestement disproportionnées* au regard des faits qui sont reprochés à l'accusé. Cela peut être le cas lorsque la peine est automatiquement attribuée sur la base de la reconnaissance de culpabilité, quelle que soit par ailleurs le degré de responsabilité de l'auteur dans la commission ou la participation à la commission de l'infraction, et lorsque le juge ne peut faire jouer aucune exception lui permettant de prononcer une peine différente de la peine minimale prescrite. Comme l'indique les auteurs dans leurs communications, plusieurs cours suprêmes dans le monde<sup>e</sup> ont été conduites à sanctionner ce type de régime qui conduit de toute évidence à des résultats injustes et dont les effets dissuasifs n'ont par ailleurs jamais été prouvés. Il est intéressant également de noter à ce stade que les lois en vigueur en Australie occidentale et

<sup>d</sup> Vingt contributions ont été reçues, plusieurs traitent de la compatibilité de la législation avec le Pacte : [http://www.aph.gov.au/Parliamentary\\_Business/Committees/Senate/Legal\\_and\\_Constitutional\\_Affairs/Completed\\_inquiries/2010-13/migrationamendment2012/submissions](http://www.aph.gov.au/Parliamentary_Business/Committees/Senate/Legal_and_Constitutional_Affairs/Completed_inquiries/2010-13/migrationamendment2012/submissions).

<sup>e</sup> Dans sa communication, l'auteur cite plusieurs affaires au Canada, aux Etats-Unis et en Namibie. Pour un aperçu de droit comparé en la matière, v. Dominique Blanc, « Peines plancher : quelques éléments de droit comparé », *AJ Pénal*, 2007, p. 352 ; Sénat (France), Etude de législation comparée n° 165, septembre 2006, *Les peines minimales obligatoires*, [https://www.senat.fr/lc/lc165/lc165\\_mono.html](https://www.senat.fr/lc/lc165/lc165_mono.html).

dans le Territoire du Nord qui avaient été critiquées notamment par le Comité dans ses observations finales de 2000 ont été abrogées en 2001<sup>f</sup>.

6. Or en l'espèce, la loi sur la base de laquelle l'auteur a été condamné présente des vices semblables. Même si le juge garde la liberté d'appliquer une peine supérieure (jusqu'à 20 ans), il doit au minimum attribuer une peine de cinq ans de prison, dont trois années « incompressibles » (c'est à dire durant lesquelles il est impossible de demander une libération conditionnelle). La peine minimale s'applique quel que soit le degré de responsabilité de l'auteur (en l'occurrence simple cuisinier du navire, un élément de fait qui n'est pas contesté par l'Etat partie). Enfin la seule exception prévue concerne les personnes qui avaient moins de 18 ans au moment de la commission des faits, ce qui constitue un élément objectif et ne permet pas la prise en compte, par exemple, de certaines circonstances atténuantes ou du rôle mineur joué par l'accusé dans la commission de l'infraction.

7. Comme l'avait déclaré le Comité en 2000, une telle loi pose « de graves questions au regard de divers articles du Pacte ». Le Pacte ne contient pas de manière explicite les principes d'individualisation, de proportionnalité et de nécessité des peines pénales<sup>g</sup> mais le Comité a clairement établi que de tels principes étaient inhérents, en matière de privation de liberté, à l'article 9 du Pacte et à l'interdiction générale de toute détention arbitraire<sup>h</sup>. Selon le Comité, « [l']adjectif "arbitraire" n'est pas synonyme de "contraire à la loi" mais doit recevoir une interprétation plus large, intégrant le caractère inapproprié, l'injustice, le manque de prévisibilité et le non-respect des garanties judiciaires, ainsi que les principes du caractère raisonnable, de la nécessité et de la proportionnalité. »<sup>i</sup>

8. Sous cet angle, on peut dire que le fait pour un juge de prononcer une peine d'emprisonnement manifestement disproportionnée par rapport aux faits qui sont reprochés

<sup>f</sup> V. l'étude de législation comparée du Sénat (France) citée note n° 5 ci-dessus, p. 30 : après l'abrogation des dispositions en 2001, « [l]e Bureau de prévention de la criminalité du Territoire du Nord a publié en 2003 un rapport sur l'application des peines minimales obligatoires. Il a concluait notamment que ces mesures avaient touché de façon disproportionnée les communautés autochtones, abouti à une modification significative des jugements prononcés à l'encontre des primo délinquants et augmenté la population carcérale, sans pour autant représenter un moyen efficace de dissuasion. »

<sup>g</sup> En France, la jurisprudence constitutionnelle se fonde sur l'article 8 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789 (qui fait partie du « bloc de constitutionnalité ») : « La Loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires (...) » Sur cette base, le Conseil constitutionnel exerce un contrôle restreint sur la nécessité des peines attachées aux infractions : il considère que la fixation des peines relève avant tout du pouvoir d'appréciation du législateur, mais se réserve toutefois le droit de s'assurer de l'absence de disproportion manifeste entre l'infraction et la peine encourue. V. notamment la Décision n° 2007-554 DC du 9 août 2007 relative à la *Loi renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs*, considérant n° 8. V. également la Décision n° 2000-433 DC du 27 juillet 2000, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*, cons. 51 à 52, où le Conseil déclare contraire à l'article 8 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen la sanction tenant à l'insertion *automatique* d'un communiqué dans les programmes, en cas de manquement à ses obligations par un éditeur de services de radiodiffusion sonore ou de télévision : « qu'une telle automaticité pourrait conduire, dans certaines hypothèses, à infliger une sanction non proportionnée aux faits reprochés ; qu'en conséquence, en interdisant au Conseil supérieur de l'audiovisuel d'adapter, en tenant compte des circonstances propres à l'espèce, la répression à la gravité du manquement reproché, le législateur a méconnu le principe de la nécessité des peines énoncé par l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ».

<sup>h</sup> Dans les constatations rendues la présente affaire, le Comité cite en note deux précédents très clairs à cet égard : *Fernando c. Sri Lanka*, comm. n° 1189/2003, 31 mars 2005, § 9.2 et *Dissanayake c. Sri Lanka*, comm. 1373/2005, 3 mars 2005, § 8.3.

<sup>i</sup> Observation générale n° 35 sur l'article 9 du Pacte (Liberté et sécurité de la personne), § 12, doc. CCPR/C/GC/35.

à l'accusé conduit à soumettre celui-ci à une détention arbitraire, à tout le moins pour toute la période qui excède la période d'emprisonnement que le juge aurait prononcée s'il n'avait pas été contraint de prononcer une peine minimale. En l'espèce, nous ne croyons pas, comme le Comité, qu'une telle loi soulève des questions au regard des paragraphes 1 et 5 de l'article 14 du Pacte. A cet égard, je me rallie au raisonnement du Comité s'agissant du paragraphe 1 de l'article 14 du Pacte au paragraphe 6.6 de ses constatations. Le Comité aurait cependant dû également répondre aux arguments de l'auteur concernant le paragraphe 5 du même article : à cet égard, le droit de toute personne de faire appel de sa condamnation n'est pas atteint dans sa substance, à tout le moins si le juge d'appel est en mesure, dans ces circonstances, de modifier la qualification des faits et par conséquent de faire échapper l'accusé à la peine minimale obligatoire. Cette question des pouvoirs du juge d'appel n'a pas été clairement abordée par les parties et en tout état de cause le grief semblait insuffisamment étayé par l'auteur. Par ailleurs, le principe d'une peine obligatoire, lorsque celle-ci comporte une part incompressible, est également susceptible de soulever des questions au regard du paragraphe 3 de l'article 10<sup>j</sup>. Les auteurs n'ont pas soulevé ce grief, probablement en raison du caractère relativement modéré de la peine en l'espèce, mais c'est un problème qu'il faut garder à l'esprit.

9. La violation du Pacte, en l'espèce, n'est pas directement le fait du juge, mais trouve son origine dans la législation elle-même qui est en soi contraire à l'article 9§1 du Pacte. Outre la libération de l'auteur et l'octroi d'une pleine réparation en vertu de l'article 9§5, le paragraphe 2 de l'article 2 fait obligation à l'Etat partie de modifier sa législation nationale afin de la rendre conforme aux exigences du Pacte<sup>k</sup>. Le fait que des « directives » soient émises par le procureur général n'est pas une mesure suffisante pour mettre fin à la violation, tant que la législation reste elle-même en vigueur.

---

<sup>j</sup> V. Observation générale n° 21 : Article 10 (Droit des personnes privées de liberté d'être traitées avec humanité) (1992), § 10 : « Aucun système pénitentiaire ne saurait être axé uniquement sur le châtement ; il devrait essentiellement viser le redressement et la réadaptation sociale du prisonnier. »

<sup>k</sup> V. les constatations récentes du Comité dans l'affaire *Leonid Sudalenko c. Belarus*, comm. n° 2016/2010, § 10.

## Anexo II

[Inglés únicamente]

### Individual opinion of Committee member Sarah Cleveland (partly dissenting)

1. I concur in the Committee's findings of violations of article 9 relating to the author's mandatory immigration detention. Like my colleagues Mr. de Frouville and those joining him, I disagree with the Committee's conclusion with respect to the mandatory minimum sentence that was imposed on the author, and write separately to elaborate on why application of section 232A of the Australian Migration Act of 1958<sup>a</sup> violated article 9(1) and raises potential concerns under article 14(1) of the Covenant.

2. The Committee has long recognized that mandatory death sentences impose a sentence "based solely upon the category of crime for which the offender is found guilty, without regard to the defendant's personal circumstances or the circumstances of the particular offense"<sup>b</sup>. Such sentences thus can deprive a court of the ability to adequately take into account the culpability of a particular defendant in imposing sentence<sup>c</sup>. For these reasons, the Committee consistently has found mandatory death sentences to be arbitrary under article 6(1) of the Covenant<sup>d</sup>.

3. While the death penalty unquestionably raises special concerns, concerns regarding inappropriate constraint on judicial discretion, the inability to take into account individual circumstances, and the resulting risk of disproportionate sentences, potentially can arise with any mandatory sentencing scheme and thus could give rise to violations of the Covenant<sup>e</sup>. For example, a mandatory sentence that is imposed which fails to account for individual circumstances and is disproportionate given the facts of the particular case could be arbitrary or unlawful, contrary to article 9(1).<sup>f</sup> It potentially could also deny the defendant the right to a fair trial before an "independent and impartial tribunal" under article 14(1). The Committee accordingly repeatedly has expressed concerns regarding

---

<sup>a</sup> Section 232A(1), which defined the offense under which the author was charged, has been revised slightly as current section 233C of the Migration Act. Then-section 233C, under which the author was sentenced, has been reenacted as current section 236B.

<sup>b</sup> Communication No. 806/1998, *Thompson v. St. Vincent & the Grenadines* (Views adopted 18 October 2000), para. 8.2.

<sup>c</sup> Communication No. 845/1998, *Kennedy v. Trinidad and Tobago* (Views adopted 26 March 2002) (separate opinion of Mr. Kretzmer and Mr. Yalden) (mandatory death sentence for felony murder "denied the court the opportunity of considering whether the specific crime of the author was a most serious crime").

<sup>d</sup> *Kennedy, supra*, para. 7.3; Communication No. 1520/2006, *Mwamba v. Zambia* (Views adopted 10 March 2010), para. 6.3; cf. *Hilaire, Constantine and Benjamin et al. v. Trinidad and Tobago*, IACHR (21 June 2002), paras. 103-109.

<sup>e</sup> See, e.g., *Thompson, supra* (separate opinion of Mr. Kretzmer, et al.), para. 8.

<sup>f</sup> Cf. Communication No. 1189/2003, *Fernando v. Sri Lanka* (Views adopted 31 March 2005), para. 9.2 (draconian penalty for contempt of court was arbitrary in violation of article 9(1)).

certain mandatory minimum sentences outside of the death penalty context,<sup>g</sup> including specifically with respect to Australia.<sup>h</sup>

4. There is no question in this case that the author was charged and convicted with the “aggravated offense of people smuggling” as defined under Australian law. Nor is there any question that people smuggling involves serious risks to the lives of asylum seekers, as the State party contends. The question in this case instead is whether the author’s particular conduct rendered him sufficiently culpable to make the five-year mandatory minimum sentence imposed on him manifestly disproportionate to the severity of his crime. More generally, the case raises the question whether the “aggravated offense of people smuggling” sweeps too broadly and thus captures a spectrum of conduct at the lower end that renders the five-year mandatory minimum arbitrary.

5. The author was convicted under then-section 232A(1) of the Australian Migration Act for the crime of “Organising bringing groups (5+) of non-citizens into Australia”. That statute and its successor does not apply only to “organisers”, however. Instead, aggravated people smuggling is committed by any person “who organises *or facilitates*” bringing to Australia five or more persons, reckless as to whether they are lawfully entitled to come to Australia. Because the presence of five or more persons is considered an “aggravating” element, the mandatory minimum sentence of five years (three years non-parole) under then-section 233C applies. In other words, the statute does not require the defendant to be an organizer, or in any way to have planned to bring aliens unlawfully into Australia.

6. Like the vast majority of people who have been prosecuted under this regime<sup>i</sup>, the author was a crew member, not an organizer. As the trial court found, he was a subsistence fisherman in Indonesia and his family’s sole breadwinner. He accepted a job to work as a cook on a boat and steered the boat at night on one occasion. He was found guilty of facilitating the bringing to Australia of a group of five or more people, reckless as to whether they had a lawful right to come to Australia.

7. The trial judge found that the author was not in charge of the boat and was performing relatively menial roles on the boat, and that the 632 days he had already served in prison was adequate to deter future violations by him and otherwise was reasonable and proportionate given the author’s case. (Footnote 17) Nevertheless, under section 233C of the Migration Act, she was required to impose a sentence that was nearly 300 per cent the length of the sentence she considered appropriate. The fact that the captain of the ship was *also* sentenced to the five-year mandatory minimum confirms that the author’s sentence

<sup>g</sup> Concluding observations on the fourth periodic report of the United States of America, CCPR/C/USA/CO/4 (2014), para. 6 (“The State party should ... reform mandatory minimum sentencing statutes.”); Concluding observations of the Human Rights Committee on Grenada, CCPR/C/GRD/CO/1 (2009), para. 9.

<sup>h</sup> Concluding observations of the Human Rights Committee, Australia 24/07/2000, A/55/40, paras. 498-528 (expressing concern regarding “[l]egislation regarding mandatory imprisonment ... which leads in many cases to imposition of punishments that are disproportionate to the seriousness of the crimes committed and urging the state “to reassess the legislation regarding mandatory imprisonment so as to ensure that all Covenant rights are respected”). Cf. Communication No. 1968/2010, *Blessington and Elliot v. Australia* (Views adopted 22 Oct. 2014), para. 7.12 (mandatory sentence of life without parole for juvenile offenders violates article 7 in conjunction with articles 10(3) and 24).

<sup>i</sup> According to a submission by the Attorney General’s Department, of 228 persons convicted for this offense as of February 2012, only five were organizers and the remainder were crew (para. 5.8). This pattern continued: only 3.3 percent of all persons convicted for people smuggling in Australia between 1 June 2010 and 20 October 2014 were “organizers”. Answers to Questions on Notice to Senate Standing Committee on Legal and Constitutional Affairs, Parliament of Australia, Budget Estimates 2014-15 (Attorney-General’s Department), 20 Oct. 2014, Question No. 103 “People Smuggling Offences”, at 1.

was manifestly disproportionate and that the conduct captured by the mandatory minimum sweeps too broadly.

8. The trial judge who sentenced the author made clear her view that the mandatory minimum sentence was disproportionate to his role and deprived her of the discretion to adequately take into account the author's level of contribution and his particular circumstances, including the personal circumstances that she otherwise would have been required to consider under Australian law. (Footnote 5) Australian law also barred the appellate court from evaluating the propriety of the mandatory minimum sentence in light of these issues.

9. The State party contends that mandatory minimum penalties apply to a very limited number of serious, aggravated people smuggling offences in the Migration Act, and that that the mandatory minimums are necessary to appropriately punish perpetrators and deter future criminal behaviour (para. 4.10). But the State's submissions provided no evidence that the law actually serves these purposes as applied to this author in particular or to ordinary boat crew in general, as the trial court also noted. And there is voluminous evidence to the contrary.

10. Indeed, all three branches of the Australian government have recognized that the goals of proportionality and deterrence are not served by application of the mandatory minimum sentence to menial boat crew. The trial court herself expressed scepticism that the sentence would have any general deterrent effect, stating "it is clear that those people who employ men like you will just move to another village because they regard you as completely expendable and people in small villages without newspapers or the means of modern communication are most unlikely to hear of a sentence imposed in an Australian court." (Footnote 18)<sup>j</sup> As the author noted in his communication, numerous other members of the judiciary have criticized the mandatory minimum as requiring them to impose excessive sentences in such cases.<sup>k</sup>

11. In 2012 the Australian Parliament considered a bill to repeal the mandatory minimum sentences for aggravated people smuggling. After receiving extensive evidence regarding the excessive and disproportionate nature of these sentences as applied to boat crew,<sup>l</sup> the Senate Committee recommended that the State party review the operation of the mandatory minimum penalties and in particular, to consider distinguishing between organizers and boat crew in sentencing and giving judges discretion to impose lesser

---

<sup>j</sup> Craig & Schloenhardt, *Prosecutions and Punishment of People Smugglers in Australia* 46 (2011-2014) ("Questions about the effectiveness of general deterrence in sentencing and, in particular, its impact on would-be migrant smugglers are longstanding and have been raised by sentencing judges in a great number of people smuggling trials in the 2011–2014 period. The available information provides no proof that awareness of the criminality of migrant smuggling and about the penalties offenders may face in Australia affects in any way those whom the sentence seeks to deter." See also Schloenhardt and Craig, *Prosecutions of People Smugglers in Australia 2011-14*, 38 Sydney L. Rev. 49 (2016).

<sup>k</sup> The author's communication pointed to numerous such decisions during the period from 2009 to 2013. The Federal prosecutor's submission to the Senate Committee also noted ten cases since January 2011 in which sentencing judges criticized the mandatory minimum requirements. Commonwealth Director of Public Prosecutions, Response to Questions on Notice (23 March 2012), cited in Senate Report, para. 2.28. See also Judicial Conference of Australia, Submission No. 11 to the Senate Standing Committee on Legal and Constitutional Affairs, *Inquiry into the Migration Amendment (Removal of Mandatory Minimum Penalties) Bill 2012*, 3 (significant number of Australian judges have found the sentences to be "manifestly unjust").

<sup>l</sup> Submissions to the Senate observed that the "aggravating" factor of five or more people renders the crime of standard people smuggling under current section 233A redundant, since, as the government indicated, almost all boats intercepted for people smuggling have carried five or more passengers. Senate Report, *supra*, para. 2.9.

sentences when warranted, to ensure compliance with Australia's international human rights obligations.<sup>m</sup>

12. The government publicly stated that it supported this recommendation and took steps to implement it.<sup>n</sup> The fact that those steps were later revoked by a subsequent government does not detract from the extensive record on which the Senate Committee and the previous government relied establishing that that boat crew members "often have limited culpability and mitigating circumstances, which make the application of the mandatory minimum sentences inappropriate and unjust."<sup>o</sup>

13. The facts of this case, and the supporting record regarding section 232A and its successor make clear that the threshold of conduct for "aggravated" people smuggling subject to the mandatory minimum is inappropriately low, and that the broad range of conduct that the statute encompasses, including menial facilitation by first time boat crew, means the statute will inevitably require imposition of sentences in some cases that are so manifestly disproportionate, unreasonable and unnecessary as to be arbitrary under Article 9(1).<sup>p</sup>

14. Legislatures have a vital role in setting maximum sentences and prescribing sentencing principles, including the power to set mandatory minimum sentences, and judges ordinarily must sentence accordingly. However it is ultimately the responsibility of the judiciary, and not the role of the legislative or executive branches of government, to pronounce individual sentences on individual offenders, taking the particular facts and personal circumstances into account. Mandatory minimum sentences may restrict judicial discretion when giving effect to this quintessentially judicial task, and when they do so in a manner that requires the court to impose an excessively disproportionate punishment, such as a manifestly unjust sentence, they may give rise to an unfair trial. For the reasons stated above with respect to article 9, the sentencing regime at issue thus may also implicate a defendant's right to a fair trial under article 14(1).<sup>q</sup>

<sup>m</sup> Senate Report, *supra*, Recommendation 1, para. 2.68; see also *id.* paras. 2.63-2.65.

<sup>n</sup> Government Response to the Senate Legal and Constitutional Affairs Legislation Committee Report, *Migration Amendment (Removal of Mandatory Minimum Penalties) Bill 2012* (Nov. 2012), at 3.

<sup>o</sup> Senate Report, *supra*, at 2.61.

<sup>p</sup> General Comment No. 35, para. 12. Cf. *R v. Smith*, 1 R.S.C. [1987], at 1087 (invalidating seven-year mandatory minimum sentence for drug crimes as cruel and unusual punishment under the Canadian Charter, on grounds that the broad scope of the conduct encompassed by the law made it "inevitable that, in some cases, a verdict of guilt will lead to the imposition of a term of imprisonment which will be grossly disproportionate").

<sup>q</sup> The author also claimed a violation of articles 14(1) and 14(5). It is important to underscore that in finding those claims inadmissible, the Committee noted that "the binding nature of statutory law does not *per se* amount to a violation of judicial independence" (emphasis added), and simply concluded that the author had not adequately substantiated such a violation here.

## Anexo III

*[Inglés únicamente]*

### **Individual opinion of Committee member Sir Nigel Rodley (concurring)**

I voted with the majority against finding the mandatory sentence incompatible with the Covenant with much uncertainty. The sentence was clearly unfair in the case of the author, but respect is due to a State party's aim of discouraging all types of complicity in people smuggling. Under the circumstances of the present case, the sentence cried out for the application of executive clemency or mercy, the non-resort to which did the State party no credit. Having read the persuasive dissents of Mr. de Frouville, Mr. Salvioli and Mr. Rodriguez-Rescia and of Ms. Cleveland, I am not sure that in a similar case, absent the humane exercise of clemency, I would vote the same way.

---