

CASO GONZALO BELANO Y OTRAS 807 PERSONAS WAIRENSES

VS. REPÚBLICA DE ARCADIA

REPRESENTANTES DE LAS VÍCTIMAS

Abreviaturas

ACNUR.....Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados.

CADH.....Convención Americana de Derechos Humanos.

CAT.....Comité Contra la Tortura.

CCC.....Corte Constitucional Colombiana.

CCPP.....Centros penitenciarios de Pima.

CCPR.....Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

CDDHH.....Comisión de Derechos Humanos.

CDH.....Consejo de Derechos Humanos.

CDMIG.....Centro de Detención Migratoria de Arcadia.

CER.....Convención sobre el Estatuto de los Refugiados.

CESCR.....Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

CIDH.....Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

CIDI.....Convención Interamericana Contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia.

CIPST.....Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.

CJK.....Clínica Jurídica de la Universidad Nacional de Kogui.

CMW.....Comité de los trabajadores migrantes.

COIDH.....Corte Interamericana de Derechos Humanos.

CPIS.....Centros de Protección a la Infancia de Arcadia.

CRC.....Comité de los Derechos del Niño.

CSDN.....Convención sobre los Derechos del Niño.

CTMF.....Convención internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares.

CVDT.....Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

DADH.....Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

DIDH.....Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

DDHH.....Derechos Humanos.

EUTX.....Estados Unidos de Tlaxcochitlán.

EXCOM.....Comité Ejecutivo del ACNUR.

GB.....Gonzalo Belano.

GTDA.....Grupo de Trabajo de la ONU sobre Detención Arbitraria.

INM.....Instituto Nacional de Migración de Arcadia.

IRC.....Comité de Rescate Internacional.

LRA.....Ley sobre Refugiados y Protección Complementaria de Arcadia.

NNA.....Niños, niñas y adolescentes.

OG.....Observación General.

PDCP.....Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.

PER.....Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados.

PW.....Puerto Waira.

REDM.....Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes.

SIDH.....Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

TCC.....Tribunal Constitucional Chileno.

TEDH.....Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

TJUE.....Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

UNODC.....Oficina de la ONU contra la Droga y el Delito.

Índice

I. Bibliografía.....7

 A. Instrumentos internacionales.....7

 B. Jurisprudencia de órganos de sistemas internacionales de protección de los DDHH.....7

 1. COIDH.....7

 2. TEDH.....10

 3. CCPR.....10

 4. TJUE.....10

 C. Informes, recomendaciones y resoluciones.....10

 D. Libros y documentos legales.....13

 E. Tribunales internos.....14

 1. TCC.....14

 2. CCC.....14

II. Hechos.....15

 A. Antecedentes de PW.....15

 B. Antecedentes de Arcadia.....15

 C. Migración masiva de waireses a Arcadia.....16

 D. Procedimientos ante el SIDH.....20

III. Análisis Legal.....21

 A. Análisis preliminar.....21

 1. Improcedencia de la excepción preliminar por indeterminación de víctimas....21

2. Improcedencia de la excepción preliminar por falta de agotamiento de recursos internos.....	24
B. Análisis de fondo.....	26
1. Vulneración de los derechos de garantías (art-8-CADH) y protección judiciales (art-25-CADH).....	26
2. Vulneración de los derechos de asilo (art-22.7-CADH) y no devolución (art-22.8-CADH).....	29
3. Vulneración del derecho a la libertad personal (art-7-CADH).....	39
4. Vulneración del derecho a la unidad familiar (art-17-CADH) e interés superior del niño (art-19-CADH).....	43
5. Vulneración del derecho a la igualdad (art-24-CADH).....	47
6. Vulneración de los derechos a la vida (art-4-CADH) e integridad personal (art-5-CADH).....	49
IV. Petitorio.....	51

I. Bibliografía

A. Instrumentos internacionales

- CER.....Págs.29;30;31;32;37
- CIDI.....Pág.47
- CIPST.....Pág.50;51
- CSDN.....Págs.44;45;46
- CTMF.....Pág.29
- CVDT.....Pág.29;31
- DADH.....Pág.29;31
- Declaración de Cartagena.....Pág.31
- PER.....Pág.29;30
- PDCP.....Pág.47

B. Jurisprudencia de sistemas internacionales de protección de DDHH

1. Corte Interamericana de Derechos Humanos

- Comunidad Campesina de Santa Bárbara vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.1/09/2015.....Pág.21
- Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas.25/10/2012.....Pág.21
- Masacres de Río Negro vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.4/09/2012.....Pág.22
- Favela Nova Brasilia vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.16/2/2017.....Pág.22

- Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana. Fondo, Reparaciones y Costas. 24/10/2012.....Pág.22
- Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 20/11/2013.....Pág.22
- Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala. Reparaciones.19/11/2004.....Pág.22
- Vereda la Esperanza vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. 31/08/2017.....Pág.23
- “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia.15/9/2005.....Pág.24
- Duque vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.26/02/2016.....Pág.24
- Liakat Ali Alibux vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.30/01/2014.....Pág.24
- Ximenes Lopes vs. Brasil. Fondo, Reparaciones y Costas.04/07/16.....Pág.24
- Reverón Trujillo vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.30/06/2009.....Pág.25
- Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.19/11/2015.....Pág.25
- Cantoral Benavides vs. Perú. Fondo.18/08/2000.....Pág.25
- Brewer Carías vs. Venezuela. Excepciones Preliminares.26/05/2014.....Pág.25
- López Lone y otros vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. 5/10/2015.....Pág.27
- Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Excepciones preliminares.26/06/1987.....Pág.28

- Anzualdo Castro vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. 22/09/2009.....Pág.36
- Familia Pacheco Tineo vs Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.25/11/2013.....Pág.37
- Wong Ho Wing vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. 30/06/2015.....Pág.38
- Ricardo Canese vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas.31/08/2004.....Pág.39
- Barreto Leiva vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas.17/11/2009.....Pág.39
- Artavia Murillo y otros (“fecundación in vitro”) vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.28/11/2012.....Pág.39
- Kimel vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas.2/05/2008.....Pág.39
- Vélez Loor vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 23/11/2010.....Pág.40
- Chocrón Chocrón vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. 1/07/2011.....Pág.41
- Atala Riffo y niñas vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas.24/02/2012.....Pág.43
- “Instituto de Reeducción del Menor” vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.2/09/2004.....Pág.44
- Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.8/09/2005.....Pág.47
- Yatama vs Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 23/06/2005.....Pág.48
- Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas.8/07/2004....Pág.49

- Castillo Petruzzi y otros vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. 30/05/1999.....Pág.50

2. Tribunal Europeo de Derechos Humanos

- Geerings vs. Países Bajos.14/02/2008.....Pág.26
- Garib vs. Países Bajos.6/11/2017.....Pág.31
- Regner vs. República Checa.19/09/2017.....Pág.31
- Ruiz Mateos vs. España.23/06/1993.....Pág.41
- Buchberger vs. Austria.20/12/2001.....Pág.44
- Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga vs. Bélgica.12/10/2006.....Pág.45
- Osman vs Reino Unido.28/10/1998.....Pág.50

3. Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas

- CCPR. Comunicación-N°560/1993: Australia. CCPR/C/59/D/560/1993. (30/04/1997).....Pág.40
- CCPR. Comunicación-N°998/2001. Althammer vs. Australia. CCPR/C/78/D/998/2001. (8/08/2003).....Pág.48

4. Tribunal de Justicia de la Unión Europea

- Sentencia N°C-643/15. (6/09/2017).....Pág.34
- Sentencia N°C-643/15 y C-647/15. (6/09/2017).....Pág.39
- Sentencia N°C-544/15. (4/04/2017).....Pág.42

C. Informes, recomendaciones y resoluciones

- COIDH.OC-9/1987. (6/10/1987).....Pág.25
- COIDH.OC-8/1987. (30/01/1987).....Pág.27
- COIDH.OC-25/2018. (30/05/2018).....Pág.33

- COIDH.OC-17/2002. (28/08/2002).....Pág.44
- COIDH.OC-21/2014. (19/08/2014).....Pág.45
- COIDH.OC-18/2003. (17/09/2003).....Pág.47
- COIDH. Voto conjunto disidente: jueces Manuel E. Ventura Robles y Eduardo Ferrer MacGregor Poisot en Brewer Carías vs. Venezuela.....Pág.25
- TJUE. Conclusiones-N°C-175/08. (15/09/2009).....Pág.32
- TJUE. Opinión-N°C-601/15-PPU. (26/01/2016).....Págs.40;42
- TJUE. Opinión-N°C-357/09. (10/11/2009).....Pág.41
- CIDH. Informe-OEA/Ser.L/V/II.106.Doc.40.Rev.1. (28/02/2000).....Pág.33
- CIDH. Informe-OEA/Ser.L/V/II.Doc.57. (31/12/2009).....Pág.35
- CIDH. Informe-No.78/11. Caso-12.586. Fondo. John Doe y otros vs. Canadá. (21/07/2011).....Pág.36
- CIDH. Informe-OEA/Ser.L/V/II.Doc.48/13. (30/12/2013).....Pág.36
- CIDH. Informe-N°86/09. Caso-12.553. Fondo. Jorge, José y Dante Peirano Basso vs. Uruguay. (6/08/2009).....Pág.39
- CIDH. Informe-N°51/01.Caso-9903. Rafael Ferrer-Mazorra y otros (Los Cubanos del Mariel) vs. EEUU. (4/04/2001).....Pág.40
- CIDH. Informe-OEA/Ser.L/V/II.Doc.78/10. (30/12/2010).....Pág.42
- CIDH. Informe-OAS/Ser.L/V/II.155.Doc.16. (24/07/2015).....Pág.45
- CIDH (2008). Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas.....Pág.46
- CDH. Informe-REDM-François Crépeau. A/HRC/20/24. (2/04/2012).....Pág.27
- CDH. Informe-REDM-François Crépeau. A/71/285. (4/08/2016).....Pág.36

- CDH. Informe-GTDA.A/HRC/10/21. (16/02/2009).....Pág.41
- CDH. Informe-REDM-François Crépeau. A/HRC/29/36. (8/05/2015).....Pág.41
- CDH. Informe-REDM-François Crépeau. A/69/302. (11/08/2014).....Pág.48
- CDDHH. Informe-GTDA.E/CN.4/1998/44. (19/12/1997).....Pág.27
- CDDHH. Informe-REDM-Gabriela Rodríguez. E/CN.4/2003/85. (30/12/2002)...Págs.27;39
- CDDHH. Informe-REDM-Gabriela Rodríguez. E/CN.4/2000/82. (6/01/2000).....Pág.30
- CDDHH. Medidas-E/CN.4/1998/NGO/43. (12/03/1998).....Pág.45
- CCPR.OG-Nº32.CCPR/C/GC/32. (23/08/2007).....Pág.27
- CCPR.OG-Nº27.CCPR/C/21/Rev.1/Add.9. (2/11/1999).....Pág.33
- CDESCR.OG-Nº20.E/C.12/GC/20. (2/07/2009).....Págs.35;48
- ACNUR (2011). Handbook and Guidelines on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status: Under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees.....Pág.31
- ACNUR. Directrices-HCR/GIP/03/05. (4/09/2003).....Pág.33
- ACNUR. Sumisión por el ACNUR en el caso Hirsi y otros vs. Italia. Aplicación Nº27765/09.....Pág.37
- ACNUR (2012). Directrices sobre los criterios y estándares aplicables a la detención de solicitantes de asilo y las alternativas a la detención.....Pág.41
- EXCOM (1981). Conclusión-Nº22 (XXXII). Protección de los solicitantes de asilo en situaciones de afluencia a gran escala.....Pág.34
- EXCOM (1986). Conclusión-Nº44 (XXXVII). Detención de los refugiados y solicitantes de asilo.....Pág.40

- IRC. The Arrival of Unaccompanied Minors from Central America to U.S. border. Field Visit to Texas and Arizona: Key Findings and Recommendations to Policy Makers.23/10/2014.....Pág.44
- UNODC. Base de datos de Estadísticas de homicidios internacionales. VC.IHR.PSRC.P5. Recuperado de: <https://datos.bancomundial.org/indicador/VC.IHR.PSRC.P5?end=2016&locations=SV-CO-VE&start=1995&view=chart>.....Pág.36
- CMW.Comentario-General-N°2.CMW/C/GC/2. (28/08/2013).....Pág.47
- CAT.OG-N°1.CAT/C/60/R.2. (3/02/2017).....Pág.50

D. Libros y documentos legales

- SÁNCHEZ, N.C (2010). Introducción al SIDH en DDHH y juicio justo. COLAM.....Pág.24
- FAÚNDEZ, H. (2004). El SIDH: Aspectos institucionales y procesales. IIDH.....Pág.26
- YAYBOKE, E.K ETAL (2018). *Confronting the Global Forced Migration Crisis*. CSIS. Rowman & Littlefield.....Pág.29
- CANO, M.A (2010). *Protección Internacional de los DDHH de los Trabajadores Migratorios*. Ed., Persona y Derecho.....Pág.29
- GIESEKEN, H.O (2017). *The Protection of Migrants Under International Humanitarian Law*. International Review of the Red Cross.....Pág.29
- KÄLIN, W (2002). *Implementing Treaties in Domestic Law: from “Pacta Sunt Servanda” to “Anything Goes”?* en *Multilateral Treaty-making: The Current Status of Challenges to*

- and Reforms Needed In The International Legislative Process* (GOWLLAND-DEBBAS, V. ETAL). Kluwer Law International.....Pág.31
- SOMOHANO SILVA, K.M (2019). *El DIP de los refugiados: alcance y evolución*. Facultad de Derecho de México.....Pág.32
 - ECHEVERRY, Y. (2017). Hacinamiento y política penitenciaria en la jurisprudencia constitucional colombiana. Rev., Precedente.....Pág.32
 - Amnistía Internacional (2007). *Detención relacionada con la migración: Una guía de investigación de las normas de DDHH referentes a la detención de personas migrantes, solicitantes de asilo y refugiadas*. EDAI.....Pág.41
 - MORALES, J (2017). *DDHH y migraciones: paradojas y formulaciones en 2017*. Universidad de Guanajuato.....Pág.48

E. Tribunales internos

1. Corte Constitucional Colombiana

- Sentencia C-341/2014.....Pág.27
- Sentencia T-339/2015.....Pág.28
- Sentencia T-265/2017.....Pág.32

2. Tribunal Constitucional Chileno

- Rol.21751-2012.Sentencia 4/07/2013.....Pág.39
- Rol 4757-18-CDS.Sentencia 19/07/2018.....Pág.41

II. Hechos

A. Antecedentes de PW

1. PW sufre desde el 2000 una grave crisis político-económica, con baja oferta de trabajo y altos índices de pobreza monetaria (46.9%) y pobreza extrema (18%), según últimas cifras oficiales (2010).
2. PW tiene una institucionalidad débil, incapaz de contrarrestar los altos índices de criminalidad, derivados de pandillas que han doblegado la población más pobre y marginada.
3. Informes oficiales, muestran que las pandillas cuentan aproximadamente con 45.000 a 60.000 miembros, mientras la policía wairense tan sólo con 14.700 agentes. Tal desbalance ha generado elevadas tasas de homicidios (103 por cada 100.000 habitantes), que siguen en aumento, convirtiendo al país en el más violento del hemisferio occidental. La tasa de impunidad por crímenes violentos es del 90%.
4. El control de las pandillas sobre la mayor parte del territorio nacional ha generado desplazamiento de población civil en huida de la violencia. Adicionalmente, la pobreza, desigualdad, impunidad y las pocas oportunidades de trabajo llevaron a un gran número de civiles a emigrar a Arcadia.

B. Antecedentes de Arcadia

5. Arcadia a diferencia de PW, cuenta con una fuerte institucionalidad pública, y estable y robusta economía en América. Para el 2014 tenía un PIB de 325 billones de dólares; su economía está enfocada principalmente en el sector primario, también en industrias de hidrocarburos, turismo y megaproyectos de generación de energía, que le han permitido sostener bajos niveles de desempleo. Arcadia reconoce la mayor parte de tratados de DDHH y sus normas constitucionales son garantistas del principio de no devolución, asistencia humanitaria y jurídica de emergencia. Además, cuenta con legislación especial para el reconocimiento del estatus de refugiado e ingreso masivo de migrantes.

6. No obstante, la normatividad de Arcadia tiene excepciones a la protección de refugiados, entre las cuales, se encuentra la comisión de graves delitos comunes en otros Estados, antes de la solicitud de asilo. Esta categoría incluye delitos de secuestro, extorsión, homicidio, violencia sexual, narcotráfico, trata de personas y reclutamiento forzado.

C. Migración masiva de waireses a Arcadia

7. La ruta migratoria de PW a Arcadia, obliga a migrantes a atravesar EUTX, país caracterizado por registrar múltiples y graves violaciones a DDHH de migrantes. Por esa razón, el 12/07/2014, aproximadamente 7.000 waireses se reunieron en Kogui, capital de PW, para conformar una gran caravana que les brindara protección en su tránsito por EUTX.
8. Al cabo de cinco semanas de duro viaje, migrantes indocumentados llegaron a la ciudad fronteriza de Zapata, EUTX, allí fueron atendidos solamente por organizaciones civiles e internacionales, quienes ofrecieron asistencia humanitaria, comida, ropa, albergue y brigadas de salud. Sin embargo, dado su estado de necesidad, varios migrantes optaron por pedir limosna. Entre los waireses que buscaban una vida mejor se encontraban padres, madres, NNA, mujeres embarazadas, adultos mayores y demás personas que huían de experiencias traumáticas, marcadas por una situación de vulnerabilidad, derivada de contextos de pobreza, desigualdad, impunidad, pocas oportunidades laborales, delincuencia y violencia en PW. El ingreso a Arcadia comenzó el 15/08/2014.
9. El 16/08/2014, la ONU, ACNUR, OIM y UNICEF, acompañaron a Arcadia en el proceso de recepción de la población migrante, mientras el INM atendía solicitudes de asilo. Dichas entidades internacionales, en reunión extraordinaria, recomendaron a Arcadia: garantizar el derecho de asilo y no devolución; respetar el ingreso al territorio y no rechazar en frontera;

identificar a personas con necesidades de protección internacional y/o protección especial; brindar asistencia humanitaria y; garantizar derechos económicos, sociales y culturales.

10. El 20/08/2014, el Presidente de Arcadia expidió un comunicado donde indicó que reconocería a todos los wairenses como refugiados. Dicho reconocimiento requería de la presentación ante oficinas de CONARE, para realizar una breve entrevista y estudio previo de antecedentes penales y luego conceder, junto al reconocimiento de refugiado, permiso de trabajo. El mismo comunicado exceptuó de dicho reconocimiento a quienes tuviesen antecedentes penales y ordenó su detención mientras se decidía su situación migratoria.
11. Arcadia detuvo y privó de su libertad a 808 migrantes wairenses, con fines de deportación, bajo el pretexto de tener antecedentes penales en PW por graves delitos comunes, pese a que sus penas ya estaban cumplidas e hicieron tránsito a cosa juzgada.
12. Se ubicó a 490 detenidos en el CDMIG (89 mujeres y 401 hombres), que tenía una capacidad máxima para 400 personas. Los restantes 318 migrantes hombres fueron enviados a CCPP y reclusos en pabellones separados de los reos. Los migrantes detenidos, fueron separados de sus hijos y demás menores a cargo. Los NNA fueron alojados en CPIS.
13. Analizadas las solicitudes de asilo de los detenidos, autoridades arcadienses determinaron que 729 personas de las 808 tendrían un ‘alto riesgo’ de morir o sufrir tortura si eran deportados a PW y las otras 79 personas tenían una ‘probabilidad razonable’. Arcadia identificó que tenían temor fundado de persecución, pero fueron excluidos de la protección solicitada, de acuerdo al art-40.II-LRA.
14. Una vez reclusos 808 wairenses, Arcadia les suministró folletos que informaban la posibilidad de recibir asistencia consular con PW, pero ninguno quiso solicitarla. También les informaron de forma verbal y escrita, derechos que los amparaban y la posibilidad de recibir asistencia jurídica;

las autoridades les entregaron listas de contactos de organizaciones civiles y clínicas jurídicas, sin tener en cuenta que las mismas no tenían la capacidad suficiente de atenderlos a todos. No se informó sobre ninguna entidad pública que pudiera ayudarlos.

15. Paralelamente con la detención, en el marco de elecciones legislativas y presidenciales, se generó en Arcadia un contexto de estigmatización y xenofobia, alentado por marchas multitudinarias y noticias falsas de corriente nacionalista, hacia los 808 detenidos, principalmente, que buscaban su expulsión. Entre las injurias y calumnias de que fueron objeto, algunos los tildaron de ‘ilegales’ y ‘escoria’. No obstante, el Gobierno promovió una campaña de sensibilización, que no estuvo focalizada en los 808 detenidos.
16. Pasados dos meses del llamado que hizo Arcadia a Estados de la región solicitando que recibieran a los migrantes, el 21/01/2015, el Presidente publicó un Decreto Ejecutivo ordenando la deportación de los waienses detenidos por tener antecedentes penales, bajo la excusa de que Arcadia no contaba con capacidad económica suficiente para acogerlos, ya que, dada la escasez de recursos, Arcadia prefería priorizar la acogida de migrantes que no hubieren cometido delitos. También señaló que buscaba evitar ‘la fractura del tejido social’ respecto a los nacionales y a los refugiados ya reconocidos. El mismo documento, reconocía que, de ser devueltos a su país, los waienses correrían un alto riesgo, pero no se anexó ningún análisis de fondo o soporte financiero que advirtiera sobre la difícil situación económica del Estado.
17. El 10/02/2015, 217 de los detenidos, de forma separada e individual, interpusieron recurso de amparo, para detener la posible deportación, argumentando que su vida corría peligro. El Juez Migratorio de Pima negó la protección y confirmó la orden de deportación. Contra esta providencia, interpusieron recurso de revisión, siendo negado por la Corte Constitucional de Arcadia, quien ordenó seguir adelante con la expulsión.

18. Ante la falta de respuesta por parte de los demás Estados, el 2/03/2015, el Canciller y el ministro del Interior arcadienses firmaron un acuerdo con sus homólogos de EUTX, comprometiéndose este último Estado a recibir los wairenses a cambio de que Arcadia incrementara su apoyo en actividades de control migratorio y ofreciera más contribuciones para su desarrollo, pagando a la firma del acuerdo la mitad del dinero prometido. También se estipuló como obligación de EUTX, que los 808 migrantes no fueran devueltos a PW. EUTX, aceptó y recibió un primer grupo de migrantes wairenses, el 16/03/2015, a saber, 591. El 5/05/2015, Arcadia deportó a los 217 migrantes restantes que habían instaurado recursos.
19. En el marco de dichas deportaciones a EUTX, los niños separados de sus familiares continuaron alojados en CPIS, en custodia de Arcadia, esperando establecer contacto con otros familiares no deportados.
20. Los dos grupos de deportados, una vez llegaron a EUTX, fueron reclusos por más de un mes en la Estación Migratoria de Ocampo, mientras se surtían trámites de deportación a PW. Dichos trámites constituyeron un incumplimiento del Acuerdo suscrito con Arcadia y por tal razón, las autoridades arcadienses no consignaron el resto del pago prometido. EUTX, el 15/06/2015, deportó a la totalidad de los 808 migrantes a PW.
21. GB fue uno de los deportados, con probabilidad razonable de sufrir tortura o ser asesinado si regresaba a PW. Él fue reclutado forzosamente por una pandilla en Kogui cuando tenía catorce años y fue sentenciado a cuatro años por extorsión. Tras cumplir la pena, como los otros 808 deportados, decidió unirse a la caravana con destino a Arcadia. Luego de unos días de ser deportado a PW, GB apareció asesinado. Se registraron otros 29 casos de migrantes deportados de EUTX, víctimas de homicidio, y 7 casos de desapariciones.

22. La CJK, asumió la representación judicial de GB y los migrantes deportados. El 15/11/2015, dicha clínica, presentó demanda de conocimiento ante la jurisdicción contencioso-administrativa de Arcadia, a nombre de GB y otras 36 víctimas (29 asesinadas y 7 desaparecidas) y de las otras 771 personas deportadas. La demanda pretendió la reparación del daño directo y fue presentada ante el consulado de Arcadia en Kogui. El consulado le dio trámite, y la enviaron a la capital de Arcadia. Después de un mes se notificó a los demandantes su rechazo por no presentarla directamente en el juzgado competente, en territorio arcadiense.

D. Procedimientos ante el SIDH

23. Por el rechazo de la demanda, la CJK interpuso petición ante el SIDH a nombre de los 808 deportados por la violación de varios de sus DDHH. La CIDH notificó su registro y abrió trámite.

24. En etapa de admisibilidad Arcadia alegó la excepción preliminar de falta de agotamiento de recursos internos, porque 591 waienses no presentaron recursos cuando estuvieron en Arcadia y porque la CJK no presentó la demanda acorde a los requisitos procesales internos. También excepcionó la indeterminación de víctimas, porque 771 personas no se individualizaron.

25. La CIDH admitió la petición y emitió Informe de Fondo, siendo debidamente notificado. Dicho informe atribuyó responsabilidad internacional a Arcadia por la violación de los DDHH contenidos en los arts: 4, 7, 8, 17, 19, 22-7, 22-8, 24 y 25 CADH, todos en relación con el art-1.1-ibídem, en perjuicio de 808 waienses.

26. Arcadia no dio cumplimiento a ninguna recomendación formulada por la CIDH en el Informe, así que, cumplidos los términos de la CADH y el Reglamento-CIDH, el caso fue sometido ante la COIDH, el 5/11/2018 alegando la vulneración de todos los derechos señalados en el informe.

III. Análisis legal

A. Análisis preliminar

1. Improcedencia de la excepción preliminar por indeterminación de víctimas

27. Esta excepción preliminar, no está llamada a prosperar, por cuanto, la individualización de la totalidad de las víctimas en el presente caso, conforme al art-35.2-Reglamento-COVIDH, art-28.5-Reglamento-CIDH y la jurisprudencia de la COVIDH, no resulta necesaria, dadas sus especiales particularidades, según se explica a continuación.
28. Si bien, la identificación e individualización de víctimas permite a la CIDH y la COVIDH determinar la existencia de daños y violaciones provocadas a DDHH, dicho requisito, en determinados contextos, no puede obstruir el acceso a la justicia de quienes reclaman una reparación en el SIDH.¹ Al respecto, la COVIDH ha establecido como excepciones válidas a tal requisito aquellas situaciones donde, por dificultades en la identificación y comunicación, se hace imposible la individualización de cada una de las víctimas,² como son los casos de violaciones masivas o colectivas a DDHH, en donde la numerosidad de estos grupos puede complicar la labor de identificación y contacto.³
29. Es competencia de la COVIDH decidir, en cada caso concreto, si la imposibilidad de identificar las víctimas fue debidamente justificada por sus representantes, para así determinar si las considera o no víctimas. En procesos de deportación masiva, los migrantes reúnen características

¹ COVIDH.Comunidad Campesina de Santa Bárbara vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.1/09/2015.Párr-57.

² COVIDH.Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas.25/10/2012. Párr-50.

³ COVIDH.Masacres de Río Negro vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.4/09/2012. Párr-48.

y circunstancias especiales que, para la COIDH, permiten flexibilizar el requisito de individualización de aquellos,⁴ dado que a su regreso se desplazan a distintos lugares del territorio de su país de origen y se dificulta su localización.⁵

30. Conforme al art-35.2-Reglamento-COIDH, los representantes de víctimas, con posterioridad a la etapa de admisión de la petición, podrán individualizar víctimas que no lo fueron inicialmente, pudiendo también actualizarse durante el transcurso del proceso ante el SIDH.⁶ En determinados casos, la COIDH ha aceptado que las víctimas cuyos nombres fueron incluidos por los representantes en la petición, pero de las que se desconoce con exactitud su identidad, tengan derecho a una reparación, siempre que se presenten dentro de un plazo determinado y alleguen los documentos pertinentes para su identificación.⁷

31. En casos de víctimas múltiples, la COIDH presume que los representantes de estas tendrán en cuenta en su defensa los intereses de todas ellas, incluso de aquellas no identificadas, siempre que los representantes no manifiesten expresamente su negativa a incluir dentro de sus peticiones a las no identificadas.⁸

32. Para el caso concreto, la condición migrante que tenían los 771 waiwaneses no identificados, aunado a su vulnerabilidad y numerosidad, y a la escasez de recursos y medios de la CJK, dificultaron su identificación, toda vez que, si bien todas fueron expulsadas a PW, se desconocían las ciudades de destino a las que llegaron. Además, dado el riesgo que corrían al volver a PW, es probable que muchos(as) de ellos(as) no quisieran ser ubicados.

⁴ COIDH.Favela Nova Brasilia vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.16/02/2017. Párr-36-37.

⁵ COIDH.Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana. Fondo, Reparaciones y Costas.24/10/2012.Párr-30.

⁶ COIDH.Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.20/11/2013.Párr-42.

⁷ COIDH.Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala. Reparaciones.19/11/2004.Párr-67.

⁸ COIDH.Vereda la Esperanza vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.31/08/2017.Párr-36.

33. La imposibilidad de CJK de ubicar a todas las víctimas, no debe ser un impedimento para la procedencia de una demanda que versa sobre una violación masiva de derechos. Además, existe plena identificación de 37 víctimas (30 asesinadas/7 desaparecidas), cuya violación de DDHH merece ser atendida por la jurisdicción internacional.
34. Adicionalmente, Arcadia tenía conocimiento de la identidad de las 808 personas que deportó, pues las detuvo, investigó, individualizó y negoció su traslado a EUTX (ver párr-11;13;18) resultándole por ello más fácil colaborar, en la presente causa, con el listado de sus nombres, para efectos de identificarlos plenamente y favorecer esquemas de reparación apropiados conforme la CADH. Tal exigencia se basa en el art-48.e-CADH, que indica la posibilidad de los órganos del SIDH de solicitar a Estados partes cualquier información pertinente al proceso.
35. Por los motivos anteriores, se debe desestimar la excepción preliminar de falta de individualización de víctimas. No obstante, lo anterior, en caso tal que la COIDH considere necesaria la plena identificación de las víctimas a cargo de la CKJ y la CIDH, solicitamos respetuosamente adelantar el proceso con las 37 víctimas plenamente identificadas y ordenar, conforme lo ha permitido la COIDH, reparaciones colectivas y simbólicas frente a las demás.⁹

2. Improcedencia de la excepción preliminar por falta de agotamiento de recursos internos

36. De acuerdo con el art-46.1.a-CADH, para que un caso sobre violación de DDHH sea admitido ante la CIDH y, posteriormente, sea objeto de control por parte de la CODIH, se requiere que, previo a interposición de la petición, se hayan agotado todos los recursos internos disponibles.

⁹ COIDH. “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia. 15/9/2005. Párr-214.

Este requisito tiene por función permitir al Estado infractor solucionar internamente las posibles violaciones a DDHH, antes de que las mismas sean llevadas ante el SIDH.¹⁰

37. La excepción preliminar de previo agotamiento de recursos se fundamenta en el principio de subsidiariedad, que dispone que la jurisdicción internacional adquiere competencia para resolver un pleito interno, por violación a DDHH, cuando el ordenamiento jurídico interno se muestra insuficiente para la protección y garantía de estos.¹¹
38. Conforme al art-46.2-CADH,¹² para que prospere este tipo de excepción preliminar, al Estado le corresponde: **1-Exponer formalmente cuáles fueron los recursos pendientes por agotarse; 2-Demostrar su idoneidad y; 3-Acreditar la eficacia de estos para dar resolución a la violación de derechos.**¹³
39. Respecto del primer requisito, el art-46.2.a-CADH establece, en cabeza del Estado, la carga procesal de probar la existencia formal de sus recursos;¹⁴ pero también la de precisar su idoneidad y efectividad.¹⁵
40. Frente al segundo requisito, conforme al art-46.2.b-CADH, la idoneidad del recurso se mide por su capacidad de determinar si se ha violado, o no, un DDHH y de proveer lo necesario para remediarlo.¹⁶
41. Sobre el tercer requisito, consagrado en el art-46.2.b-CADH y art-46.2.c-CADH, se entiende que no serán efectivos los recursos que resulten ilusorios; *i.e.*, aquellos que en la práctica no logren

¹⁰ COIDH.Duque vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.26/02/2016.Párr-35.

¹¹ SÁNCHEZ, N.C (2010). *Introducción al SIDH en DDHH y juicio justo*.COLAM.Pág-37.

¹² COIDH.Liakat Ali Alibux vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 30/01/2014. Párr-15.

¹³ COIDH.Ximenes Lopes vs Brasil. Excepción Preliminar.30/11/2005.Párr-4.

¹⁴ COIDH.Reverón Trujillo vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. 30/06/2009.Párr-23.

¹⁵ COIDH.Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 19/11/2015.Párr-24.

¹⁶ COIDH.Cantoral Benavides vs. Perú. Fondo.18/08/2000.Párr-164.

alcanzar los fines para los que fueron creados. En general, serán inútiles los que denieguen el acceso a la justicia.¹⁷

42. Cuando los recursos no cumplen con los anteriores requisitos, las víctimas no estarán obligadas a agotar los recursos internos disponibles.¹⁸ Cabe precisar que, cuando se cuestione la falta de efectividad del recurso interno (art-46.2.b-CADH), el análisis de la excepción preliminar planteada puede estar atado al análisis de fondo del caso, respecto de la violación de los art-8-CADH y art-25-CADH.¹⁹
43. En el caso concreto, la excepción preliminar no está llamada a prosperar, porque si bien Arcadia cumplió con el primer requisito, al señalar como recursos existentes los administrativos de Reconsideración y Casación Administrativa, judiciales de Juicio de Amparo, Revisión y demanda de Reparación del Daño Directo,²⁰ no demostró la efectividad de estos, dado que resultaron ilusorios, al no contar las víctimas con asistencia legal directa y estatal, según lo dispone el art-8.2.e-CADH (ver párr-48) razón por la cual no existe lugar a considerar procedente la excepción interpuesta.²¹
44. No obstante, lo anterior, al tener que analizarse la efectividad de los recursos, en nuestro caso concreto, solicitamos respetuosamente a la COIDH resolver la citada excepción junto con el estudio de fondo de la violación de los arts 8 y 25 CADH, por tratarse de violaciones *de jure* de la CADH,²² para lo cual rogamos sean tenidos en cuenta, los argumentos que presentamos en el literal B.1 del siguiente acápite.

¹⁷ COIDH.OC-9/1987.(6/10/1987).Párr-24.

¹⁸ COIDH.Brewer Carías vs. Venezuela. Excepciones Preliminares.26/05/2014.Párr-100.

¹⁹ COIDH.Voto conjunto disidente, jueces Manuel E. Ventura Robles y Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot. Brewer Carías vs. Venezuela.Párr-75.

²⁰ Respuesta aclaratoria N°10.

²¹ TEDH.Geerings vs. Países Bajos.14/02/2008.Párr-25 y 28.

²² FAÚNDEZ, H. (2004). *El SIDH: Aspectos institucionales y procesales*.IIDH.Pág-616.

B. Análisis de fondo

1. Vulneración de los derechos de garantías (art-8-CADH) y protección judiciales (art-25-CADH)

45. Arcadia es responsable internacionalmente por la vulneración del art-8-CADH y art-25-CADH de 808 waienses, por cuanto, si bien su ordenamiento jurídico disponía de recursos internos, posiblemente idóneos, los mismos, por las particularidades del caso en concreto, se tornaron ineficaces al limitarse el acceso real a la justicia, configurando la excepción al requisito de agotamiento de recursos de que trata el art-46.2.b-CADH.
46. Las garantías procesales comprenden los requisitos de cuyo cumplimiento se deriva el acceso a la justicia y la salvaguarda de DDHH. Su función es la de proteger, asegurar y hacer valer la titularidad y ejercicio de los derechos,²³ y su alcance cubre tanto escenarios administrativos, como judiciales.²⁴ La idoneidad consiste en disponer de recursos efectivos y la eficacia, radica la practicidad de estos, lo que no implica que la respuesta sea positiva, sino que haya un verdadero acceso a la justicia.²⁵
47. Para el CCPR, en los procesos de detención de migrantes se debe garantizar el acceso a la justicia por medio de asistencia jurídica, posibilitando a las personas de escasos recursos, participar, previa asesoría técnica (lo más expedita posible) en el proceso migratorio, con suficiente información.²⁶ Por lo general, los migrantes carecen de información pertinente para hacer

²³ COIDH.OC-8/1987.(30/01/1987).Párr-25.

²⁴ CCC.Sentencia C-341/2014.Párr-5.3.2.

²⁵ COIDH.López Lone y otros vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.5/10/2015.Párr-247.

²⁶ CCPR.OG-N°32.CCPR/C/GC/32.(23/08/2007).Párr-10

efectivos sus derechos, por lo que requieren de asesorías que les permitan romper esas limitaciones que les dificultan defender sus causas.²⁷ Razón por la cual, es deber del Estado proporcionarles listas de organizaciones que presten asesorías gratuitas, siempre que dichos servicios no puedan ser garantizados por el Estado directamente. En cualquier caso, el Estado debe cerciorarse de que dicha asistencia sea efectiva.²⁸

48. El art-8.2.e-CADH, reconoce el derecho de toda persona de ser defendida por un abogado proporcionado por el Estado, con mayor razón, en casos de migrantes indocumentados, que no conocen el ordenamiento interno del Estado receptor y que, por ende, necesitan una mayor información, completa y pertinente.²⁹ No brindar dicho tipo de asesoría, torna ilusoria la existencia de los recursos internos, por no lograr el acceso a la justicia, lo cual refleja un incumplimiento de las obligaciones internacionales de respeto y garantía del Estado (art-1.1-CADH) activando la necesidad urgente de protección internacional.

49. En el caso concreto, las víctimas no tuvieron una asistencia jurídica proporcionada por Arcadia, pues la ayuda ofrecida se limitó a proporcionar unos folletos que, si bien informaban la existencia de recursos disponibles, fueron entregados a personas que estaban detenidas y que no estaban familiarizadas con el ordenamiento jurídico arcadiense. La asistencia estatal no debió limitarse a lo anterior, ni a ofrecer un listado de agentes privados sin capacidad suficiente para atenderlos (ver párr-14), pues era su deber asistirles directamente para que sus recursos internos se consideraran efectivos. Reflejo de la ineficacia de los recursos es que solo 217 wairenses, de 808, hicieran uso de estos, puesto que se sabía que era del interés de todos radicarse en Arcadia; de nada les sirvió conocer la existencia de recursos cuando desconocían los trámites a seguir y las

²⁷ CDDHH.Informe-GTDA.E/CN.4/1998/44.(19/12/1997).Párr-33e.

²⁸ CDDHH.Informe-REDM-Gabriela Rodríguez.E/CN.4/2003/85.(30/12/2002).Párr-75.e.

²⁹ CDH.Informe-REDM-François Crépeau.A/HRC/20/24.(2/04/2012).Párr-17 y 61

autoridades ante quien acudir, especialmente desde su detención. Al no brindar dicha asistencia, Arcadia colocó a las víctimas en estado de indefensión frente al aparato judicial.³⁰

50. Por otro lado, respecto del cuestionamiento a la interposición del recurso denominado “Demanda de Reparación del Daño Directo” ante autoridades consulares (no competentes para Arcadia), resulta incongruente que hubiere exigido su interposición directa en territorio arcadiano, cuando habiendo expulsado a las víctimas, impidiéndoles cualquier retorno, conocía de la imposibilidad geográfica para cumplir dicho requisito. Por los motivos anteriores, tal exigencia torna ineficaz al recurso, configurándose la excepción del art-46.b-CADH, por cuanto se obstruye el acceso a la justicia, al dar prelación a requisitos formales sobre derechos sustanciales.³¹

51. Por tanto, Arcadia es responsable internacionalmente por la vulneración de los arts 8 y 25 CADH, de 808 wairenses, porque, a falta del ofrecimiento de asesoría jurídica, sus recursos disponibles fueron inefectivos y terminaron por limitar el acceso a la justicia, posibilitando que las víctimas acudieran al SIDH por la vulneración a sus garantías judiciales.

2. Vulneración de los derechos de asilo (art-22.7-CADH) y no devolución (art-22.8-CADH)

52. Arcadia es responsable internacionalmente por vulnerar a los 808 wairenses deportados los derechos de asilo y no devolución, del art-22-CADH, interpretado según lo dispuesto en la CER, PER, CTMF, CVDT, porque: negó asilo a personas en situación de vulnerabilidad, bajo falsos motivos de escasez económica (ver párr-16) pues no se demostró falta de capacidad institucional para la recepción de refugiados; e hizo una devolución indirecta de refugiados, pues una vez

³⁰ COIDH. Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Excepciones preliminares. 26/06/1987. Párr-93.

³¹ CCC. Sentencia T-339/2015. Párr-5.2.

deportados a EUTX, este los expulsó a PW, sin importar su alto riesgo y probabilidad razonable de sufrir tortura y ser asesinadas.

Estados partícipes del trayecto migratorio y vulnerabilidad de migrantes indocumentados

53. Los derechos al asilo y no devolución están directamente relacionados con la migración forzada, problemática que afecta a refugiados.³² Los migrantes tienen amparados sus DDHH durante todo el trayecto migratorio: formación, salida, tránsito, llegada y residencia en el país destino,³³ y han de ser tratados con humanidad en los Estados donde transiten, ya sean estos de origen, destino o tránsito, de modo que siempre estén protegidos frente a posibles hostilidades y peligros.³⁴
54. Conforme al art-5-CTMF, migrante indocumentado es quien ingresa de forma irregular a un Estado, incumpliendo los requisitos legales para permanecer y ejercer una actividad remunerada. La sola condición de irregularidad vuelve a los migrantes más susceptibles a violaciones de DDHH, dada la vulnerabilidad cultural que soportan: prejuicios y xenofobias que son promotores de discriminación. Estas barreras dificultan la integración del migrante en el Estado receptor y su acceso a la justicia, y desincentiva la búsqueda de apoyo en entidades públicas. La característica inherente a su vulnerabilidad es la carga de soportar situaciones impuestas, nunca deseadas por ellos, como emigrar forzadamente.³⁵
55. En concreto, 808 wairenses fueron objeto de actos discriminatorios fundados en prejuicios culturales y xenofóbicos promovidos por buena parte de la sociedad arcadiense, que los comparaban con pandillas de su país y exigían infundadamente su expulsión (ver párr-15).

³² YAYBOKE, E.K ETAL (2018). *Confronting the Global Forced Migration Crisis*. CSIS. Rowman & Littlefield. Pág-9.

³³ CANO, M.A (2010). *Protección Internacional de los DDHH de los Trabajadores Migratorios*. Persona y Derecho. Pág-151.

³⁴ GIESEKEN, H.O (2017). *The Protection of Migrants Under International Humanitarian Law*. International Review of the Red Cross. Pág-131 y 138.

³⁵ CDDHH. Informe-REDM-Gabriela Rodríguez. E/CN.4/2000/82.(6/01/2000). Párr-70-74.

Dichos actos buscaban que no fueran aceptados e integrados a la comunidad, lo cual acrecentaba su condición de vulnerabilidad. Arcadia no realizó esfuerzos para disminuir la discriminación, porque, las campañas de sensibilización que adelantó no estuvieron focalizadas en los 808 detenidos, a sabiendas de que la ola xenofóbica se enfocaba principalmente en la expulsión de estos.

Estatus de refugiado

56. Según los art-1-CER, y art-I-PER, refugiado es quien: tiene fundados temores de ser perseguido por motivos de pertenecer a “determinado grupo social”, entre otras razones, y; se encuentre fuera del país de origen “y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección” de su país. Conforme la Conclusión Tercera de la Declaración de Cartagena, refugiado también es quien tenga amenazada su vida, seguridad o libertad dado que huye de violencia generalizada, violación masiva de DDHH u otras circunstancias que perturben gravemente el orden público.
57. El estatus de refugiado se adquiere por causales de inclusión y se pierde por causales de exclusión. La inclusión implica que una persona cumpla con los requisitos que configuran el estatus de refugiado del art-1.A-CER, que, por ser declarativo, no requiere de reconocimiento del Estado receptor; y la exclusión se genera por la configuración de alguna de las causales excluyentes del amparo. Los casos donde se pierde el estatus de refugiado son taxativos, negativos y exhaustivos y no es posible extenderlos vía analógica para privar tal condición.³⁶
58. La implementación de tratados de DDHH se entorpece, según el art-2-CADH, cuando los Estados no ajustan su Derecho interno de conformidad con la naturaleza de los tratados que los obligan,

³⁶ ACNUR (2011). *Handbook and Guidelines on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status: Under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*. Párr-28, 31 y 116.

generando ambigüedades o vacíos que dificultan su aplicación.³⁷ Para el presente caso, interesa la causal de exclusión relativa a la comisión de grave delito común, pues tratándose de limitaciones a garantías relacionadas con DDHH, es tarea de cada Estado reglamentar el alcance del art-1.F.b-CER, a la luz del art-29-CADH (principio *pro homine*³⁸ y efecto útil) y el art-26-CVDT (principio de *pacta sunt servanda*)³⁹ para concretar lo que se entiende por “grave delito común”.

59. En concreto, los 808 wairenses cumplen con la calidad de refugiados por tener fundados temores de ser asesinados o torturados por pandillas wairenses. A dicha vulnerabilidad, se suma su situación de pobreza y debilidad institucional de PW para combatir las bandas criminales (ver párr-1;2). Razones de peso, para que las víctimas no quisieran regresar a PW, ya que allí hay una masiva vulneración de DDHH por el accionar criminal de pandillas que no puede ser corregido por la fuerza policial (ver párr-3;4).
60. El temor fundado que prueba la calidad de refugiado de las 808 víctimas, pudo constatarlo Arcadia con dictámenes que determinaron la probabilidad de peligro y amenaza real, de los detenidos, de sufrir tortura o ser asesinados, si eran retornados (ver párr-13). El riesgo era alto para 729 de ellos y una “probabilidad razonable” para los otros 79.
61. El art-40-LRA, estipula como causal de exclusión del estatus de refugiado, la comisión de graves delitos comunes, pero no define si se extiende su alcance a penas cumplidas. Dado que el art-1.F-CER, no estipula la exclusión para personas con penas cumplidas (caso de las víctimas wairenses, ver párr-11), Arcadia debió interpretar el art-40-LRA de manera restrictiva y no amplia, de cara

³⁷ KÄLIN, W (2002). *Implementing Treaties in Domestic Law: from “Pacta Sunt Servanda” to “Anything Goes”?* en *Multilateral Treaty-making: The Current Status of Challenges to and Reforms Needed In The International Legislative Process* (GOWLLAND-DEBBAS, V. ETAL).Kluwer Law International.Pág-112.

³⁸ TEDH.Garib vs. Países Bajos.6/11/2017.Párr-11.

³⁹ TEDH.Regner vs. República Checa.19/09/2017.Párr-82.

a la mayor protección de la persona humana, conforme a los arts 2, 22 y 29 CADH amparando los derechos de asilo y no devolución, toda vez que la generalidad de la legislación se interpretó de forma tal, que excluyó la posibilidad de refugio a las víctimas.⁴⁰

62. Arcadia nunca presentó, conforme al art-33.2-CER, razones que justificaran que los waienses deportados podrían representar un peligro para el orden público, pues esto no pasó de ser una mera sospecha (ver párr-93). Por el contrario, las 808 víctimas, estaban huyendo de un contexto de violencia e inseguridad; para ellas dejarlo todo atrás implicaba abandonar su pasado delictivo, reivindicarse ante la sociedad y superar los motivos que los llevaron a la criminalidad, cumpliéndose así la función más importante de la pena: la reinserción social.⁴¹
63. Para que Arcadia pudiera excluir la calidad de refugiado de las víctimas waienses, debió tener motivos fundados que demostraran que incumplían los requisitos del art-1.A-CER, entre estos, que no se encontraran expuestos a ningún riesgo.⁴² Dichos motivos no existen, por consiguiente, se vulneraron los derechos de asilo y no devolución (art-22-CADH), porque, 808 waienses, fueron devueltos indirectamente a PW mientras cumplían causales de inclusión y ninguna de exclusión del estatus de refugiado (ver párr-57).

Solicitantes de asilo en afluencias masivas y cooperación internacional

64. Solicitante de asilo, conforme el art-22.7-CADH, es el refugiado que pide a un Estado protección y ayuda humanitaria.⁴³ Para el CCPR, las restricciones a derechos de refugiados, además de ajustarse a la legalidad, deben ser puntuales y rigurosas, pues la precisión de los criterios impide

⁴⁰ SOMOHANO SILVA, K.M (2019). *El DIP de los refugiados: alcance y evolución*. Facultad de Derecho UNAM.Pág-82.

⁴¹ CCC.Sentencia T-265/2017.Párr-6.// ECHEVERRY, Y. (2017). *Hacinamiento y política penitenciaria en la jurisprudencia constitucional colombiana*.Precedente.Pág-85-86.

⁴² TJUE.Conclusiones-N°C-175/08.(15/09/2009).Párr-38 y 65.

⁴³ COIDH.OC-25/2018.(30/05/2018).Párr-68 y 156.

la arbitrariedad de autoridades migratorias, por eso, existe la prohibición de traslados forzosos o expulsiones en masa.⁴⁴

65. Para la CIDH, la solicitud de asilo debe ser estudiada de forma individualizada, más no colectiva,⁴⁵ especialmente en casos de afluencias masivas donde se dificulta el análisis de la existencia de cláusulas de exclusión de refugiados,⁴⁶ *e.g.*: la comisión de graves delitos comunes.
66. En casos de llegada de una gran afluencia de solicitantes de asilo, estos deben ser admitidos en su totalidad de forma permanente, preferiblemente. Pero si el Estado no tiene capacidad para recibirlos, al menos temporalmente, o si la carga resulta demasiado pesada, este podrá invocar los principios de colaboración y solidaridad internacional, para que otros Estados le asistan. La ayuda puede obtenerse de tratados bilaterales o multilaterales y debe beneficiar al Estado que soporta la carga, de tal forma que ésta se distribuya a otros Estados, sin que se imponga más peso al original. No obstante, la ayuda debe ser concreta y variará según el caso para que responda a verdaderas necesidades del Estado de destino original, como puede ser: ayuda financiera, para que una vez pasada la fase de emergencia, se consigan soluciones duraderas.⁴⁷
67. En la Unión Europea, existe el procedimiento de reubicación de emergencia, esto es, el traslado temporal de solicitantes de asilo de un país a otro de la misma región, cuando un Estado de destino o tránsito no da abasto en la atención migratoria, sobre todo ante llegadas con flujo sin precedentes. Esto, con el fin de repartir equitativamente la carga de recepción de refugiados y garantizar su protección internacional, más aún si se trata de indocumentados. Si bien la seguridad nacional y el orden público son pilares fundamentales que salvaguardar, mientras se

⁴⁴ CCPR.OG-N°27.CCPR/C/21/Rev.1/Add.9.(2/11/1999).Párr-11-13 y 19.

⁴⁵ CIDH.Informe-OEA/Ser.L/V/II.106.Doc.40.Rev.1.(28/02/2000).Párr-111.

⁴⁶ ACNUR.Directrices-HCR/GIP/03/05.(4/09/2003).Párr-30.

⁴⁷ EXCOM (1981).Conclusión-N°22 (XXXII).Protección de los solicitantes de asilo en situaciones de afluencia a gran escala.Pág-2 y 4.

reubican los solicitantes, la protección de sus DDHH tiene total amparo de los Estados expulsores y receptores, los cuales deben coordinar esfuerzos para atender dichas solicitudes.⁴⁸

68. En casos de migración masiva de refugiados, el TJUE, explica que, si bien los Estados de tránsito facilitan la movilidad hacia el país de destino, no están obligados a brindar acogida al extranjero por el mero hecho de facilitar su tránsito, pues se entiende que por su ubicación geográfica serán receptores de un mayor número de migrantes a los cuales no podrán tampoco negarles el paso, dada su calidad de refugiados.⁴⁹

69. En el presente caso, Arcadia es el Estado expulsor, porque bajo decreto ejecutivo presidencial, justificó la expulsión de las víctimas en su ‘falta de recursos económicos’ (ver párr-16), sin que fuere cierto y sin que acrediten hechos que reflejaran tal situación, *e.g*: que se hicieran todos los esfuerzos, a su alcance, para utilizar todos los recursos disponibles y aún así no pudieron atenderlos. Sin embargo, aunque hubiere comprobado la falta de disponibilidad de recursos económicos, ello no constituye pretexto suficiente para negar la protección a personas que corrían verdaderos riesgos al ser deportados, en su vida o integridad (ver párr-13).⁵⁰ En concreto, la deportación se hizo solamente sobre 808 wairenses que tenían antecedentes penales y no sobre ninguna otra persona, aspecto este que permite inferir que la escasez de recursos no fue el motivo principal de la deportación.

70. Por otro lado, Arcadia realizó un estudio individualizado de las víctimas para conocer el riesgo que corrían, pero la deportación se adelantó de forma masiva (ver párr-18), transgrediendo así el art-22.9-CADH. Aunado a ello, Arcadia nunca coordinó esfuerzos con EUTX para la atención

⁴⁸ TJUE.Sentencia-N°C-643/15.(6/09/2017).Pág 8-12.

⁴⁹ TJUE.Conclusiones-N°C-490/16.(8/06/2017).Párr-234-262.2.

⁵⁰ CESCR.OG-N°20.E/C.12/GC/20.(2/07/2009).Párr-13.

de migrantes, sino que se limitó a devolverlos a un Estado que, por ser de tránsito, no le correspondía atender ni recibir a las 808 víctimas (ver párr-68).

71. Arcadia, teniendo fuerte institucionalidad y sólida economía (ver párr-5) debió señalar con mayor precisión a la comunidad internacional las ayudas que necesitaba (ver párr-66) y las razones de peso que le impedían asumir el gasto, toda vez que, resulta contradictorio, que en el acuerdo bilateral con EUTX, Arcadia haya aceptado contribuir económicamente al ‘desarrollo’ de EUTX, a sabiendas que previamente manifestó no disponer de capacidad económica suficiente (ver párr-16;18).

Deber de prevención en contextos de migración

72. Dado que la responsabilidad en el DIDH es objetiva, basta con el incumplimiento de la norma internacional y que el daño se haya ocasionado a una persona para que le sea imputable al Estado. El art-1.1-CADH dispone que, además del deber de respeto, los Estados tienen el deber de garantizar los DDHH con acciones positivas tendientes a proteger la sociedad y a cada persona.⁵¹
73. Del deber de garantía (art-1.1-CADH) se deriva el de prevención, cuya obligación es de medio⁵² y comprende todas las medidas jurídicas, políticas, administrativas y culturales dirigidas a evitar la violación de DDHH, o la reparación de estos en caso de concretarse una violación. Los Estados deben adoptar medidas de prevención cuando tengan conocimiento de “una situación de riesgo real e inminente” y existan posibilidades de evitarlo, y serán responsables cuando abandonen su posición de garantes y se vulneren DDHH que pudieron evitarse.⁵³
74. Conforme al art-27-DADH, en casos de deportación, los Estados, antes de decidir devolver a los migrantes, deben tener certeza de que el tercer Estado respetará sus DDHH y los recibirá

⁵¹ CIDH.Informe-OEA/Ser.L/V/II.Doc.57.(31/12/2009).Párr-39.

⁵² COIDH.Anzualdo Castro vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.22/09/2009.Párr-63.

⁵³ CIDH.Informe-OEA/Ser.L/V/II.Doc.48/13.(30/12/2013).Párr-375-376.

debidamente, ya que, si es incapaz de brindarles asilo, estos no deben ser enviados allí bajo ninguna circunstancia;⁵⁴ el deber de supervisar la situación de los expulsados continúa incluso después de la devolución.⁵⁵

75. Para entender el temor y la difícil situación de todos los migrantes waienses, incluidas las 808 víctimas, es preciso resaltar que PW tiene una tasa de homicidios de 103 por cada 100.000 habitantes (ver párr-3). Para dimensionar dicha cifra, conviene precisar que, sobre la misma, El Salvador después de su guerra civil tuvo en 1995 una tasa de 139; Venezuela para 2014 llegó a 62 (penúltima reportada) pasado un año de comenzada su crisis política; Colombia en 1996, durante el auge del narcotráfico, tuvo una tasa de 72. El temor fundado de los waienses (ver párr-60), responde al hecho de que PW es actualmente el país más peligroso del continente, superando a El Salvador con una tasa de 82,842 para 2016.⁵⁶

76. Tanto las autoridades del INM, como el Juez Migratorio de Pima hicieron una inadecuada valoración de los dictámenes realizados por Arcadia (ver párr-12;17) para estudiar las solicitudes de asilo, porque el Estado tenía plena certeza del temor fundado que tenían estos y de que, por enmarcarse en la protección de refugiados, no podía expulsarlos a PW ni directa ni indirectamente. Conociendo esto, Arcadia realizó una devolución indirecta de los waienses por medio de EUTX (ver párr-77), vulnerando el art-22-CADH.

No-devolución y garantías diplomáticas

77. El principio de no devolución, conforme al art-22.8-CADH, consiste en el deber de no expulsar a los extranjeros a los Estados donde ciertos derechos, como la vida o integridad personal, estén

⁵⁴ CIDH.Informe-No.78/11.Caso-12.586.Fondo. John Doe y otros vs. Canadá.(21/07/2011).Párr-90.

⁵⁵ CDH.Informe-REDM-François Crépeau.A/71/285.(4/08/2016).Párr-103.

⁵⁶ UNODC. Base de datos de Estadísticas de homicidios internacionales.VC.IHR.PSRC.P5.Recuperado de: <https://datos.bancomundial.org/indicador/VC.IHR.PSRC.P5?end=2016&locations=SV-CO-VE&start=1995&view=chart>

en riesgo; independientemente de su condición regular o irregular.⁵⁷ Dicha prohibición incluye la devolución indirecta, principio que, conforme al art-33-CER, radica en el deber de los Estados expulsores de no deportar a un refugiado cuando conozca o exista la posibilidad de que el Estado al que será enviado, ordenará su retorno al Estado donde peligran sus DDHH.⁵⁸

78. La COIDH ha sostenido que los Estados expulsores deben verificar que el Estado receptor brinde garantías diplomáticas suficientes que corroboren que el expulsado no será sometido a tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes o que no se pondrá en riesgo su vida. Dichas garantías serán suficientes en la medida que: **1-**Sean específicas y no generales o vagas; **2-**La entidad estatal que las haya notificado tenga la facultad y la competencia para obligar al Estado receptor; **3-** Haya confiabilidad por parte del receptor, *i.e.*, que las relaciones bilaterales entre ambos Estados sean fuertes y que, de ser posible, haya antecedentes de cumplimiento del receptor en circunstancias similares.⁵⁹

79. Para el caso concreto, EUTX como receptor, no brindó ninguna garantía diplomática a Arcadia que asegurara no devolver indirectamente a los 808 wairenses, lo cual efectivamente ocurrió (ver párr-20). El compromiso de recibirlos tal como fue pactado derivaba en obligaciones imprecisas, poco claras y vagas, sin adverbios de tiempo ni lugar. Tampoco había confiabilidad, dado que no existían antecedentes de previas cooperaciones.

80. Por lo anterior, Arcadia falló en su deber de prevención porque: **i-**teniendo pleno conocimiento del temor fundado de los 808 refugiados, no logró probar que se encontraban en una causal de exclusión de dicho estatus; **ii-**negó asilo, justificándose en un decreto con motivación

⁵⁷ COIDH.Familia Pacheco Tineo vs Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.25/11/2013. Párr-152.

⁵⁸ ACNUR.Sumisión por el ACNUR en el caso Hirsi y otros vs. Italia.Aplicación N°27765/09.Párr-4.1.1 y 4.3.4.

⁵⁹ COIDH.Wong Ho Wing vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.30/06/2015.Párr-150, 152,159,167 y 168.

contradictoria, desatendiendo la especial protección que las víctimas merecían por ser refugiadas; **iii**-no exigió a EUTX ningún tipo de garantía diplomática suficiente que le diera total seguridad de que las víctimas no serían devueltas a PW y; **iv**-finalmente devolvió de forma masiva a EUTX a los 808 waienses, configurándose así la devolución indirecta de estos a PW.

81. Por tanto, Arcadia es responsable internacionalmente por incumplir sus obligaciones derivadas de los arts. 22.7, 22.8 y 22.9 CADH en consonancia con el art-1.1-ibídem, por negar la solicitud de asilo y devolver masiva e indirectamente a 808 waienses: actualmente 30 asesinados, 7 desaparecidos y 771 restantes que, al seguir en PW continúan bajo un alto riesgo o probabilidad razonable de morir o sufrir tortura.

3. Vulneración del derecho a la libertad personal (art-7-CADH)

82. Arcadia es responsable internacionalmente por la violación del art-7-CADH, porque: permitió arbitrariamente la detención de 808 waienses, sin antes motivar de forma exhaustiva esta medida excepcional. A continuación, se exponen las razones que soportan esta violación.

83. El derecho a la libertad personal, regulado en el art-7-CADH, puede ser objeto de limitaciones a la luz del principio de legalidad. Su carácter no absoluto, representa un límite para su ejercicio, pero no una privación o prohibición de este,⁶⁰ dado que toda restricción, debe estar consignada

⁶⁰ TCC.Rol.21751-2012.Sentencia 4/07/2013.Pág-43.

en la ley de manera clara y precisa,⁶¹ y debe ejecutarse previa ponderación que asegure el fin legítimo,⁶² la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida adoptada.⁶³

84. El principio de prohibición de detención arbitraria constituye una garantía del derecho de libertad personal,⁶⁴ pues la detención, por tener la potencialidad de vulnerar otros DDHH, es una medida excepcional que sólo será necesaria cuando sea razonable y proporcional a los objetivos que se pretenden lograr, de lo contrario, su uso será arbitrario.⁶⁵

85. El examen de proporcionalidad de las medidas de detención debe verificar que: **1-**Sean capaces de cumplir su función protectora. **2-**Sean lo menos gravosas posible y; **3-**Guarden equilibrio entre el interés deseado y quebrantado.⁶⁶ El seguimiento de estos principios garantiza la idoneidad de la medida y su coherencia con los fines legítimos del DIDH.⁶⁷

86. Con el fin de evitar la arbitrariedad, la COIDH, explica que la legalidad de la detención debe ser sometida a control por parte de las autoridades judiciales de cada Estado, previa información de sus motivos. Según el CCPR, arbitrario no es sólo toda contradicción de la medida con presupuestos legales, sino también, la incorrección o injusticia de esta.⁶⁸

87. En contextos migratorios, si bien los Estados tienen un margen de discrecionalidad en el establecimiento de políticas migratorias, no pueden contrariar ni menoscabar DDHH, incluso en cuestiones de orden público⁶⁹ y, especialmente, cuando los migrantes ya están en territorio receptor.

⁶¹ COIDH.Ricardo Canese vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas.31/08/2004.Párr-124-125.

⁶² COIDH.Barreto Leiva vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas.17/11/2009.Párr-116.

⁶³ COIDH.Artavia Murillo y otros (“fecundación in vitro”) vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.28/11/2012.Párr-273.

⁶⁴ CDDHH.Informe-REDM-Gabriela Rodríguez.E/CN.4/2003/85.(30/12/2002).Párr-15

⁶⁵ CIDH.Informe-N°86/09. Caso-12.553.Fondo.Jorge, José y Dante Peirano Basso vs. Uruguay. (6/08/2009).Párr-93.

⁶⁶ COIDH.Kimel vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas.2/05/2008.Párr-84.

⁶⁷ TJUE.Sentencia-N°C-643/15 y C-647/15.(6/09/2017).Párr-206.

⁶⁸ CCPR.Comunicación-N°560/1993:Australia.CCPR/C/59/D/560/1993.(30/04/1997).Párr-9.2.

⁶⁹ TJUE.Opinión-N°C-601/15-PPU.(26/01/2016).Párr-80,84.

88. En temas relativos al proceso migratorio de indocumentados, la detención constituye una medida a la que no pueden recurrir frecuentemente los Estados receptores, pues ello convertiría su ejercicio en abusivo y arbitrario.⁷⁰ En el marco de dichos procesos, la detención se justifica únicamente para: **1-Verificar la identidad. 2-Identificar los elementos para reconocer la condición de refugiado. 3-Cuando los migrantes actúan de mala fe entregando documentos falsos, destruyéndolos o se rehúsan a cooperar y 4-Proteger la seguridad nacional o el orden público; sólo cuando exista evidencia de que la persona con antecedentes penales representa un peligro.**⁷¹ Para la CIDH, la detención es legítima cuando pretende asegurar la comparecencia del migrante al proceso o el cumplimiento de la orden de deportación.⁷²
89. Antes de acudir a la detención, debe estudiarse la adopción de medidas menos gravosas. Sin embargo, de considerarse necesaria, las autoridades tendrán que fundamentar de forma expresa y suficiente los motivos de la detención, de acuerdo al principio de legalidad y los hechos probados. Si ante la expulsión, existen temores fundados⁷³ (ver párr-55) de violación de DDHH,⁷⁴ la detención no es una medida apropiada, inclusive en casos permitidos (ver párr-88).⁷⁵ Las detenciones arbitrarias, dejan secuelas emocionales y puede volverlos innecesariamente dependientes de subsidios públicos al privarlos del mercado laboral.⁷⁶
90. La detención debe ordenarse previo examen individualizado y detallado de la persona, de su historial y su probabilidad de fuga, determinando la necesidad de la medida por el interés legítimo

⁷⁰ COIDH.Vélez Loor vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.23/11/2010.Párr-170.

⁷¹ EXCOM (1986). Conclusión-N°44 (XXXVII). Detención de los refugiados y solicitantes de asilo.Párr-b.

⁷² CIDH. Informe-N°51/01. Caso-9903. Rafael Ferrer-Mazorra y otros (Los Cubanos del Mariel) vs. EEUU. (4/04/2001).Párr-242.

⁷³ CDH.Informe-GTDA.A/HRC/10/21.(16/02/2009).Párr-67.

⁷⁴ COIDH.Chocrón Chocrón vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.1/07/2011.Párr-118.

⁷⁵ TCC.Rol 4757-18-CDS.Sentencia 19/07/2018.Párr-424.

⁷⁶ CDH.Informe-REDM-François Crépeau.A/HRC/29/36.(8/05/2015).Párr-43.

que defiende.⁷⁷ Así mismo, deberá ordenarse por el tiempo más breve posible, mientras se establece la identidad de la persona o se realizan controles relativos a la seguridad nacional.⁷⁸ Los extranjeros detenidos para fines de deportación deberán ser puestos en libertad cuando no se pueda ejecutar la expulsión dentro de un plazo razonable, *i.e.*, cuando no haya un tercer país dispuesto a acogerlos en un futuro próximo.⁷⁹ Según el TEDH la razonabilidad del plazo se determina por: **1-La complejidad del caso; 2-La actividad procesal del interesado; y 3-Las acciones adelantadas por las autoridades.**⁸⁰

91. De acuerdo al TJUE, una amenaza a la seguridad nacional configuraría un “menoscabo del funcionamiento de las instituciones y de los servicios públicos esenciales, así como la supervivencia de la población, al igual que el riesgo de una perturbación grave de las relaciones exteriores o de la coexistencia pacífica de los pueblos”. Por otro lado, el orden público hace referencia a la perturbación del orden social y “la existencia de una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte un interés fundamental de la sociedad”.⁸¹
92. El argumento del orden y la seguridad nacional solo es aceptable, en el marco de detenciones, cuando la argumentación sobre el riesgo que la persona representa es clara, exhaustiva e individualizada y se demuestra, a través de hechos reales y susceptibles de ser probados. La mera existencia de antecedentes penales no es suficiente para justificar la detención de migrantes,⁸² pues esto equivale a un doble castigo de comportamientos ya sancionados que transgredirían el principio *non bis in ídem*. La detención, que se soporta en esta causal, no puede estar fundada en

⁷⁷ Amnistía Internacional (2007). *Detención relacionada con la migración: Una guía de investigación de las normas de DDHH referentes a la detención de personas migrantes, solicitantes de asilo y refugiadas*. EADI. Pág-8.

⁷⁸ ACNUR (2012). Directrices sobre los criterios y estándares aplicables a la detención de solicitantes de asilo y las alternativas a la detención. Párr-24.

⁷⁹ TJUE. Opinión-N°C-357/09.(10/11/2009). Párr-98.

⁸⁰ TEDH. Ruiz Mateos vs. España. 23/06/1993. Párr-30.

⁸¹ TJUE. Sentencia-N°C-544/15.(4/04/2017). Párr-40 y 89.

⁸² CIDH. Informe-OEA/Ser.L/V/II.Doc.78/10.(30/12/2010). Párr-39.

simples presunciones sobre posibles amenazas a dichos intereses, pues el riesgo sólo se determinará previo estudio de fondo del comportamiento, características y condiciones de cada individuo.⁸³

93. Arcadia es responsable internacionalmente por vulnerar el derecho a la libertad (art-7-CADH) de 808 waienses, al ordenar su detención por razones de seguridad pública, sin realizar antes un examen de proporcionalidad de la medida de detención, ni motivarla adecuadamente. En concreto, los motivos genéricos de seguridad nacional no tuvieron soporte alguno, pues, si bien Arcadia dijo estudiar la necesidad de la detención (ver párr-16), resulta sospechoso que se considerara necesaria para los 808 waienses con antecedentes penales y que la diferencia del delito y las circunstancias de todos estos no eximiera a tan solo uno de dicha medida excepcional.
94. Arcadia no presentó evidencias o estudios serios y razonados sobre el peligro que representaban para la sociedad, sus instituciones, población o intereses superiores, lo waienses detenidos por el simple hecho de tener antecedentes penales, máxime cuando habían cumplido sus penas y no había pruebas o probabilidades de reincidencia (ver párr-62), ni indicio alguno de peligrosidad. El examen individualizado que realizó Arcadia (ver párr-11) no probó por medio del test de proporcionalidad la necesidad de la detención. Sin suficiente motivación la detención resultó siendo una etapa más del proceso migratorio de los 808 waienses, práctica, en principio, prohibida por el DIDH (ver párr-83).
95. Dicho esto, Arcadia es responsable por la violación del art-7-CADH por la violación del derecho de libertad de 808 waienses detenidos.

⁸³ TJUE.Opinión-N°C-601/15-PPU.(26/01/2016).Párr-90,95,97.

4. Vulneración del derecho a la unidad familiar (art-17-CADH) e interés superior del niño (art-19-CADH)

96. Arcadia es responsable internacionalmente por la vulneración del derecho a la unidad familiar (art-17-CADH) de 808 waienses adultos y de los NNA con quienes ingresaron a Arcadia, porque la deportación de que fueron objeto dividió sus familias. Es responsable también por la vulneración del interés superior del niño (art-19-CADH) de todos los NNA separados de sus familiares deportados, por las implicaciones que la deportación tuvo frente al rompimiento y separación del seno familiar de los menores.
97. Según la COIDH, el núcleo familiar se constituye con la convivencia, el contacto frecuente y la cercanía personal y afectiva de las personas y debe ser protegido como unidad familiar, con medidas adecuadas⁸⁴ de cualquier injerencia arbitraria que provoque su separación y menoscabe su desarrollo.⁸⁵ Los NNA tienen derecho a convivir con su familia, la cual ha de satisfacer sus “necesidades materiales, afectivas, emocionales y psicológicas.”⁸⁶
98. Las detenciones arbitrarias (ver párr-84) que afrontaron los 808 waienses pueden catalogarse como interferencias graves a su unidad familiar, ya que la deportación impidió el contacto frecuente entre los adultos y los NNA. Vulnerándose así, este derecho tanto de los adultos, como de los NNA.
99. Actualmente en Centroamérica, existen tendencias migratorias de familias enteras, que huyen de violencias generalizadas, con el fin de encontrar mejores opciones de vida y un mejor futuro para

⁸⁴ COIDH. Atala Riffo y niñas vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. 24/02/2012. Párr-177 y 196.

⁸⁵ TEDH. Buchberger vs. Austria. 20/12/2001. Párr-35.

⁸⁶ COIDH. OC-17/2002. (28/08/2002). Párr-71.

sus hijos NNA, que, de ser separados de sus familiares, estarán en una condición de mayor vulnerabilidad.⁸⁷

100. Para el caso en examen, fue la delincuencia organizada que controla gran parte de PW, país más peligroso de América (ver párr-4;75) lo que motivó a centenares de familias a huir de la violencia, entre ellos los 808 wairenses (ver párr-7).

Principios de protección a NNA en contextos migratorios.

101. NNA es, según el art-1-CSDN, toda persona menor de 18 años, titular de especiales derechos en la CADH y en la CSDN,⁸⁸ como el derecho a la unidad familiar (art-17-CADH), que consiste en la posibilidad de éstos de constituir una familia y la protección a su infancia (art. 6 y 7 DADH).
102. La COIDH manifestó que los NNA son sujetos vulnerables que requieren de especial protección del Estado en cualquier caso de violaciones a sus DDHH, más aún si son migrantes y están separados de sus familias.⁸⁹ Por su parte el CRC, ha desarrollado los siguientes principios rectores para la defensa de los DDHH de NNA: el respeto a la opinión en todo asunto que los afecte y el respeto a la vida, supervivencia y desarrollo.⁹⁰ A continuación se explica cada uno, bajo un enfoque migratorio.
103. Conforme al art-12-CSDN y el derecho a ser oído, en los procesos migratorios con NNA involucrados, los Estados deben diseñar políticas públicas migratorias que salvaguarden sus derechos, sobre intereses de otra índole. Es derecho irrenunciable del niño formarse su propio juicio sobre asuntos que le atañen y que su opinión sea considerada por las autoridades

⁸⁷ IRC. *The Arrival of Unaccompanied Minors from Central America to U.S. Border. Field Visit to Texas and Arizona: Key Findings and Recommendations to Policy Makers.*23/10/2014.Págs-2-3.

⁸⁸ COIDH. "Instituto de Reeducción del Menor" vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.2/09/2004.Párr-147.

⁸⁹ COIDH.OC-21/2014.(19/08/2014).Párr-71.

⁹⁰ CRC.OG-N°5.CRC/GC/2003/5.(27/11/2003).Párr-12.

migratorias. Los niños refugiados, conforme el art-9.4-CSDN, tienen el derecho a ser informados sobre el paradero de sus familiares en contextos de separación por detención o deportación.⁹¹

104. Las obligaciones de respeto a la vida, supervivencia y desarrollo se incrementan en el marco de contextos migratorios donde existen NNA no acompañados o separados de sus familias. A ellos, deberá prestárseles especial atención, para garantizarles un nivel de vida adecuado a través de evaluaciones objetivas que determinen circunstancias de afectación a su bienestar.⁹²

105. Si bien es cierto que los NNA deben ser separados de los adultos durante la detención en procesos migratorios, conforme al art-37.c-CSDN, está prohibido separarlos si son familiares,⁹³ pues agravaría la vulnerabilidad de los NNA migrantes.⁹⁴

106. Los NNA, para desarrollar su personalidad, deben crecer en su seno familiar, en un ambiente de felicidad y amor (Preámbulo-CSDN). Desafortunadamente, ese no es el caso para los niños migrantes waienses, familiares de los 808 deportados, porque a la fecha siguen detenidos en CPIS (ver párr-19), sin posibilidad de retornar con sus familias y sin que se les haya informado sobre su paradero.

107. Arcadia vulneró los arts 17 y 19 CADH, al no adoptar medidas especiales de protección (ver párr-98), respecto de las familias deportadas y sus NNA, porque: **i**-No dio participación a los niños en el proceso de deportación de sus progenitores u otros familiares (ver párr-104), ni les ha brindado información sobre su paradero, contrariando así el principio a ser oído y; **ii**- Tampoco ha realizado ningún estudio del grado de afectación de los NNA (ver párr-105) por la separación familiar impidiéndole a estos satisfacer sus necesidades afectivas, contrariando, a su vez, el principio de respeto a la supervivencia y desarrollo.

⁹¹ CRC.OG-N°12.CRC/C/GC/12.(20/07/2009).Párr-123 y 124.

⁹² CIDH.Informe-OAS/Ser.L/V/II.155.Doc.16.(24/07/2015).Párr-53-54.

⁹³ CDDHH.Medidas-E/CN.4/1998/NGO/43.(12/03/1998).Párr-9 y 11.

⁹⁴ TEDH.Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga vs. Bélgica.12/10/2006.Párr-53 y 55.

108. La detención de NNA debe aplicarse como último recurso, por un periodo mínimo, en casos estrictamente excepcionales.⁹⁵ Arcadia, ha extendido arbitrariamente ese tiempo, porque los NNA llevan separados de sus familias más de 4 años (ver párr-10;26).
109. Conforme al art-37.c-CSDN, como criterio auxiliar de interpretación de la CADH, Arcadia es responsable internacionalmente por la vulneración del art-17-CADH y art-19-CADH, ya que separó familias (ver párr-12), perjudicando así la ya vulnerable situación que afrontaban los 808 adultos y sus NNA, por ser refugiados y migrantes indocumentados (ver párr-54;56).

5. Vulneración del derecho a la igualdad (art-24-CADH)

110. Arcadia es responsable internacionalmente por la violación del derecho a la igualdad, (art-24-CADH) por el criterio discriminador que usó para detener y deportar a 808 wairenses y por la falta de asistencia legal ofrecida a estos.
111. El principio de igualdad y no discriminación vela porque los derechos sean aplicados y garantizados para todos de manera equitativa e igualitaria y permea todos los ordenamientos jurídicos.⁹⁶ El art-1-CIDI, consagra que discriminación es, entre otras cosas: “toda... exclusión, restricción o preferencia [basada] en determinados motivos, como... el origen nacional o social...

⁹⁵ CIDH (2008).Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas. Principio III, 1.Principio básico.

⁹⁶ COIDH.OC-18/2003.(17/09/2003).Párr-96

o cualquier otra condición social, [cuyo] objeto [sea]... anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los DDHH... de todas las personas”.

112. Los Estados deben ofrecer a los migrantes, que se encuentren en su territorio, el mismo trato y respeto que se da a los nacionales, independientemente de su condición regular o irregular y del Estado en que se encuentren,⁹⁷ pues los migrantes, son, como cualquier nacional, titulares de DDHH mínimos que deberán ser protegidos durante todo el proceso de migración. El Estado deberá asegurar que el acceso a la justicia se logre con el fin de reparar cualquier trato discriminatorio.⁹⁸

113. El art-2.2-PDCP, precisa que la discriminación puede ejercerse de manera directa e indirecta. La primera ocurre cuando una persona, que está en una situación similar a otra, recibe un trato desigual. Mientras la segunda, se presenta cuando existen prácticas o leyes que, en un principio se muestran neutrales, pero configuran tratos diferenciados,⁹⁹ aún cuando no tengan la intención de generar estas consecuencias.¹⁰⁰

114. Las distinciones o tratos desiguales, derivados del poder reglamentario del Estado, serán considerados discriminatorios cuando carezcan de justificación objetiva y razonable.¹⁰¹ Las acciones afirmativas son desigualdades legítimas que representan una protección para las personas que, por su particular condición, requieren de un trato diferencial por parte del aparato judicial.¹⁰² La igualdad sustancial, propone tratar diferencialmente a quienes se encuentran en

⁹⁷ COIDH.Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.8/09/2005.Párr-155.

⁹⁸ CMW.Comentario-General-N°2.CMW/C/GC/2.(28/08/2013).Párr-2.

⁹⁹ CESCR.OG-N°20.E/C.12/GC/20.(2/07/2009).Párr-10 y 12.

¹⁰⁰ CCPR.Comunicación-N°998/2001.Althammer vs. Australia.CCPR/C/78/D/998/2001.(8/08/2003).Párr-10.2.

¹⁰¹ COIDH.Yatama vs Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.23/06/2005.Párr-185.

¹⁰² MORALES, J (2017). DDHH y migraciones: paradojas y formulaciones en 2017. Universidad de Guanajuato.Pág-108.

situaciones diferentes; esto es, considerar las desigualdades al momento de imponer medidas o políticas dirigidas a población migrante.¹⁰³

115. Arcadia incumplió con su obligación de ofrecer un trato igualitario, cuando expulsó a 808 migrantes de los casi 7.000 que llegaron al país, bajo el argumento de no tener recursos económicos suficientes para atenderlos, disfrazando el motivo real que era el de tener antecedentes penales (ver párr-11). La deportación, fundada en el art-40-LRA, es discriminatoria, por cuanto negó la protección a dicho grupo de personas, que ya habían cumplido sus penas y que no merecían una revictimización, ni ser objeto de un trato diferencial. Arcadia, en lugar de adoptar medidas que corrigieran esta desigualdad manifiesta, que hacía que corrieran un mayor riesgo de morir o sufrir tortura, acentuó su vulnerabilidad deportándolos.

116. Visto lo anterior, la expulsión desconoció también criterios de interseccionalidad que exigían mayor protección de las víctimas, el silencio de Arcadia, respecto a las razones que soportaban el argumento de afectación al tejido social, derivó en arbitrariedad por evidente discriminación.

117. Por otro lado, se tiene que Arcadia también transgredió el derecho de igualdad de las víctimas, al no ofrecerles asesoría jurídica directa que corrigiera su situación desigual y garantizara su tutela judicial efectiva. Dicha desigualdad, no debió ser atendida con la simple entrega de plegables informativos (ver párr-14), resultando discriminatorio por cuanto dio un trato igual a desiguales.

118. Por tanto, el Estado de Arcadia es responsable por la violación del derecho a la igualdad de 808 wairenses, detenidos por motivos infundados y arbitrarios.

¹⁰³ CDH.Informe-REDM-François Crépeau.A/69/302.(11/08/2014).Párr-40.

6. Vulneración de los derechos a la vida (art-4-CADH) e integridad personal (art-5-CADH)

119. Arcadia es responsable internacionalmente por vulnerar derechos a la vida (art-4-CADH) e integridad personal (art-5-CADH) de 808 waienses, porque a pesar de que los 30 asesinatos y las 7 desapariciones fueron cometidas por particulares en PW, en el marco de la deportación, la devolución indirecta constituyó un fallo al deber de prevención, porque expuso injustificadamente a 808 waienses al riesgo de morir y sufrir tortura.
120. La responsabilidad estatal, derivada de acciones de particulares, precisa que el Estado haya tenido conocimiento previo del riesgo y de la posibilidad de prevenirlo, *i.e.*, es necesario demostrar que el Estado tenía una posición de garante frente a la protección de los derechos vulnerados y que esta fue abandonada.¹⁰⁴ Dicha posición, protege el derecho a la vida, siendo el Estado responsable por su violación si sus autoridades, conociendo el riesgo potencial que se corría, no adoptaron medidas pertinentes para evitarlo.¹⁰⁵
121. Por el principio de *iura novit curia*, los representantes de las víctimas pueden incluir en etapa de juzgamiento ante el SIDH, nuevos derechos, más no nuevos hechos, pudiendo la COIDH examinar de fondo su violación.¹⁰⁶ Este es el caso del derecho a la integridad personal, el cual conforme los art-5.2-CADH, art-1-CIPST y art-13-CIPST, puede vulnerarse cuando el extranjero deportado es expuesto a tortura.
122. El deber de protección a refugiados del Estado expulsor no cesa cuando aquellos son expulsados (ver párr-74), pues debe verificarse que no exista una situación de riesgo real,

¹⁰⁴ COIDH.Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas.8/07/2004.Párr-91.

¹⁰⁵ TEDH.Osman vs Reino Unido. 28/10/1998.Párr-115-116.

¹⁰⁶ COIDH.Castillo Petruzzi y otros vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. 30/05/1999.Párr-107,116 y 166.

presente, previsible y personal de sufrir tortura en el Estado receptor. Deben demostrarse circunstancias particulares del deportable que lo expondría a un verdadero riesgo de sufrir tortura o morir.¹⁰⁷

123. Conforme al art-22.8-CADH, la vulneración del derecho a la no devolución está intrínsecamente relacionado con los derechos a la vida e integridad personal, porque el acto de deportación implica regresar al refugiado al lugar que le genera temores fundados.

124. Arcadia conocía del riesgo de morir o sufrir tortura que corrían los 808 waienses en PW y al devolverlos indirectamente (ver párr-79) los expuso a reales y potenciales peligros, materializados en 30 waienses que efectivamente fueron asesinados. También se configura la violación al derecho a la integridad personal de todos, pero especialmente de 7 desaparecidos, sobre los que existe un potencial riesgo de ser torturados por pandilleros.

125. Por tanto, Arcadia es responsable internacionalmente por vulnerar el art-4 y art-5 CADH, conforme al art-13-CIPST, de los 808 waienses expuestos a factores de riesgo, previsibles y evitables, que produjeron la desaparición y muerte de 37 de ellos.

IV. Petitorio

Por lo expuesto, solicitamos a la Honorable COIDH:

1. Declarar:

- a. Improcedente la excepción preliminar por indeterminación de víctimas, respecto de 771 víctimas que, a pesar de los esfuerzos de la CJK no pudieron ser individualizadas.

¹⁰⁷ CAT.OG-N°1.CAT/C/60/R.2.(3/02/2017).Párr-11-12.

- b. Improcedente la excepción preliminar de falta de agotamiento de recursos internos, por la configuración de la excepción del art-46.2.b-CADH, respecto de los recursos disponibles.
 - c. La responsabilidad internacional de Arcadia por vulneración a los derechos contenidos en los artículos 4, 5, 7, 8, 17, 19, 22-7, 22-8, 24 y 25 CADH.
2. Ordenar a Arcadia:
- a. Reconocer públicamente, mediante publicación en un diario de amplia circulación arcadiense, su responsabilidad internacional por la violación a los DDHH de las 808 víctimas.
 - b. Desarrollar esfuerzos tendientes a ubicar, con apoyo de PW, a los 778 waienses deportados y en especial a los 7 desaparecidos.
 - c. Ubicar los cuerpos de los 30 waienses asesinados para retornarlos a sus familiares, si las autoridades waienses no lo han hecho.
 - d. Permitir el retorno a territorio arcadiense a los 771 waienses deportados y, de ser posible, a los 7 desaparecidos.
 - e. Comunicar a los NNA alojados en CPIS con sus 771 familiares deportados y, de ser posible, con los 7 familiares desaparecidos.
 - f. Permitir y acompañar la reunificación familiar de los 778 waienses con sus NNA, dentro de territorio arcadiense, o adelantar los trámites para entregar los NNA a sus familiares más cercanos.
 - g. Brindar atención médica y psicológica gratuita, adecuada y efectiva a los waienses retornados que lo requieran y a sus NNA, por los padecimientos emocionales sufridos por la deportación

- h. Ofrecer acompañamiento estatal para la correcta instalación e integración de los waienses retornados, junto a sus NNA, a la sociedad arcadiense.
 - i. Ofrecer disculpas públicas a la totalidad de las víctimas, especialmente a las familias de aquellas que fueron asesinadas o desaparecidas.
 - j. Adecuar el art-40-LRA, de tal forma que se precise la excepción a solicitudes de asilo, acorde al principio *por persona*.
3. Condenar a Arcadia a indemnizar a:
- a. Los 771 waienses por daño emergente derivado de los gastos asumidos durante el proceso migratorio (transporte, llamadas telefónicas, asesorías, etc).
 - b. Título de daño emergente a los familiares de GB y de los otros 29 waienses, asesinados, por los gastos asumidos durante el proceso migratorio, entierro y velorio de sus seres queridos.
 - c. Título de daño moral a los familiares de GB y los otros 29 waienses asesinados.
 - d. Los familiares de los 7 waienses desaparecidos por concepto de perjuicio moral causado por el sufrimiento y angustia de desconocer el paradero de sus seres queridos.
 - e. Los familiares de los 30 waienses asesinados y los demás waienses ubicados, por concepto de perjuicio moral causado por el miedo, humillación, sentimiento de inferioridad y frustración que sufrieron los 808 durante el proceso migratorio en Arcadia y durante la devolución indirecta por EUTX.
4. Condenar en costas a Arcadia.