

CASO GONZALO BELANO Y OTRAS 807 PERSONAS WAIRENSES

VS.

REPÚBLICA DE ARCADIA

REPRESENTANTES DE VÍCTIMAS

Índice

1. Bibliografía (pg. 4-12)

1.1) Libros y documentos legales utilizados en el desarrollo del Memorial. (pg. 4-8)

1.2) Casos legales citados en el Memorial. (pg. 8-12)

2. Exposición de los Hechos (pg. 13-16)

2.1) Contexto (pg. 13)

2.2) Hechos del Caso (pg. 13-16)

3. Análisis Legal del Caso (pg. 16-43)

3.1) Pronunciamiento frente a las excepciones preliminares. (pg. 16-19)

(3.1.1) La falta de agotamiento de los recursos internos. (pg. 16-18)

(3.1.2) La indeterminación de 771 víctimas. (pg. 18-19)

3.2) Análisis de Fondo (pg. 19-43)

(3.2.1) La expulsión de 808 wairenses de Arcadia y lo que ello implicó sobre sus derechos humanos (artículos 22.8, 22.9, 4, 5 y 7 CADH); (pg. 19-27)

(3.2.1.1) Vulneración del principio de no devolución (artículo 22.8 de la CADH); (pg. 19-24)

(3.2.1.2) Implicaciones de la expulsión de 808 wairenses sobre otros derechos convencionales, artículos 1.1 y 2 en relación con los artículos 4 y artículos 3, 4, 5 y 7. (pg. 24-27)

(3.2.2) El procedimiento migratorio (artículos 22.7, 8 y 25 CADH); (pg. 24-30)

(3.2.3) La detención de 808 wairenses por parte de las autoridades estatales (artículo 7 CADH); (pg. 30-38)

(3.2.4) Los derechos de los niños y el derecho a la unidad familiar (artículos 17 y 19 CADH) (pg.38-40)

(3.2.5) El principio de igualdad ante la ley (artículo 24 CADH). (pg.40-43)

4. Petitorio (pg.43-44)

1. Bibliografía:

1.1) Libros y documentos legales utilizados en el Memorial

- **Opiniones Consultivas de la Corte IDH:**

- o Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. (pg. 17-27)
- o Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. (pg. 20-21-22-25-30)
- o El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. (pg. 27-36-37)
- o Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003 (pg. 27-28-36-40-41)
- o La Expresión "Leyes" en el Artículo 30 de la Convención americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. (pg. 39)

- **Declaraciones – Convenciones – Tratados:**

- o Declaración de Cartagena Sobre Refugiados. Adoptado por el "Coloquio Sobre la Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá: Problemas Jurídicos y Humanitarios", Cartagena, Colombia, del 19 al 22 de noviembre de 1984. (pg. 20)

- o Convención Sobre El Estatuto de los Refugiados. Adoptada en Ginebra, Suiza, el 28 de julio de 1951 por la Conferencia de Plenipotenciarios sobre el Estatuto de los Refugiados y de los Apátridas (ONU). Serie Tratados de la ONU, N.º 2545, Vol. 189. (pg. 15-20-21-22)
- o Protocolo Sobre El Estatuto de los Refugiados. Firmado en Nueva York el 31 de enero de 1967 Entrada en vigor: 4 de octubre de 1967. Serie Tratados de Naciones Unidas N° 8791, Vol. 606. (pg. 20)
- o Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Asamblea General en su resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984. (pg. 20-25)
- o Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976 (pg. 20-25-28)
- o Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. Organización de los Estados Americanos. 9 diciembre 1985. OEA. Serie Tratados, No. 67. (pg. 20-25)
- o Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Organización de los Estados Americanos. Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana. Bogotá, Colombia, 1948 (pg. 20-34-38)
- o Convención de Viena Sobre Relaciones Consulares. Organización de los Estados Americanos. 24 de abril de 1967. OEA (pg. 36)
- o Convenio Europeo de Derechos Humanos. Consejo de Europa. 4 de noviembre de 1950 (pg. 33-35)

- **Informes de la CIDH:**

- o Informe de Fondo No. 78/11, Caso 12.586, John Doe y otros (Canadá). 21 de julio de 2011. (pg. 28)
- o Informe Anual De La Comisión Interamericana De Derechos Humanos 1981-1982. OEA/Ser.L/V/II.57. Doc. 6 rev.1. (20 septiembre 1982) (pg. 20)
- o Movilidad Humana – Estándares Interamericanos. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 46/15 (31 diciembre 2015) (pg. 20-21-22-27-28)
- o Informe sobre la situación de los Derechos Humanos de los solicitantes de asilo en el marco del Sistema Canadiense de Determinación de la Condición de Refugiado. OEA/Ser.L/V/II.106 Doc. 40 rev. (28 febrero 2000) (pg. 20)
- o Informe de Admisibilidad y Fondo No. 51/01, Caso 9903, Rafael Ferrer-Mazorra y otros (Los Cubanos del Mariel) (Estados Unidos). 4 de abril de 2001 (pg. 34)

- **Documentos ACNUR:**

- o Manual y Directrices Sobre Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiados: en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados. División de la Protección del ACNUR. Ginebra, septiembre de 1979. (pg. 20)
- o Opinión Consultiva sobre la aplicación extraterritorial de las obligaciones de no devolución en virtud de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967. ACNUR, Ginebra 26 de enero de 2007 (pg. 20-21)
- o The Principle of Non-Refoulement as a Norm of Customary International Law, Response to the Questions Posed to UNHCR by the Federal Constitucional Court

of the Federal Republic of Germany in Cases 2 BvR 1938/93, 2 BvR 1953/93, 2 BvR 1954/93 (disponible en: <http://www.unhcr.org/home/RSDLEGAL/437b6db64.html>) (pg. 21)

- o Documento de Buena práctica 28: Protección Complementaria y visas humanitarias - Recopilado por la Unidad Legal Regional del Bureau de las Américas (Disponible en: https://acnur.org/fileadmin/Documentos/Proteccion/Buenas_Practicas/9304.pdf) (pg. 22)
- o Procesos de asilo (Procedimientos de asilo justos y eficientes). Consultas globales sobre protección internacional. EC/GC/01/12. 31 de mayo de 2001. (pg. 29)

- **Otros documentos:**

- o Conclusiones sobre la protección internacional de los refugiados - aprobadas por el Comité Ejecutivo. 1991 (42 período de sesiones del Comité Ejecutivo) No. 65 (XLII) Conclusiones generales, párr. c. (pg. 20)
- o ONU, Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 31, Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 26 de mayo de 2004. (pg. 25)
- o ONU, Comité contra la tortura. Observación general N°1, sobre la aplicación del artículo 3 en el contexto del artículo 22 de la Convención, U.N. Doc. CAT, A/53/44, 21 de noviembre de 1997. (pg. 25)
- o Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, Comunicación No. 159/96, Sesión Ordinaria No. 22 de 11 de noviembre de 1997. (pg. 28)

- o ONU, Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 14, Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo1), U.N. Doc. CRC/C/GC/14, 29 de mayo de 2013 (pág. 39)

1.2) Casos legales citados en el Memorial:

- **Casos de la Corte IDH:**

- o “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Sentencia de 19 de noviembre 1999. Fondo. (pg. 17-38)
- o Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) Vs. Perú. Sentencia de 1 de julio de 2009. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. (pg. 17)
- o Maritza Urrutia Vs. Guatemala. Sentencia de 27 de noviembre de 2003. Fondo, Reparaciones y Costas. (pg. 17)
- o Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Sentencia de 31 de enero de 2006. Fondo, Reparaciones y Costas. (pg. 17-24-25-26)
- o Masacre de La Rochela Vs. Colombia. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Fondo, Reparaciones y Costas. (pg. 17)
- o Radilla Pacheco Vs. Estados Unidos Mexicanos. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas (pg.17)
- o Neira Alegría y otros Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 19 de enero de 1995. Fondo. (pg. 19)

- o Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Sentencia de 26 de noviembre de 2010 Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. (pg. 19-32)
- o Familia Pacheco Tineo Vs. Estado Plurinacional De Bolivia. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. (pg. 20-21-27-28-38-42)
- o Wong Ho Wing vs. Perú. Sentencia de 30 de junio de 2015. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. (pg. 21-24-25-31-33)
- o González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. (pg. 24-26)
- o Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Fondo, Reparaciones y Costas. (pg. 24-25)
- o Anzualdo Castro Vs. Perú. Sentencia de 22 de septiembre de 2009. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. (pg. 24-26)
- o Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Fondo, Reparaciones y Costas. (pg. 25)
- o Comunidad Moiwana Vs. Surinam. Sentencia 15 de junio de 2005. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. (pg. 25)
- o Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú. Sentencia de 8 de julio de 2004. Fondo, Reparaciones y Costas. (pg. 25)

- o Vereda La Esperanza Vs. Colombia. Sentencia de 31 de agosto 2017. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. (pg. 26)
- o Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) Vs. Colombia. Sentencia de 14 de noviembre de 2014. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. (pg. 26)
- o Tribunal Constitucional Vs. Perú. Sentencia de 31 de enero de 2001. Fondo, Reparaciones y Costas. (pg. 27-28)
- o Vélez Loor Vs. Panamá. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. (pg. 27-288-32-33-34-41)
- o Personas Dominicanas y Haitianas Expulsadas Vs. República Dominicana. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. (pg. 28-31-41)
- o Nadege Dorzema Y Otros Vs. República Dominicana. Sentencia 24 de octubre de 2012. Fondo, Reparaciones y Costas. (pg. 27-28-40)
- o Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Fondo, Reparaciones y Costas. (pg. 28)
- o Chaparro Álvarez Vs. Ecuador. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. (pg. 31-32-33-35)
- o Juan Humberto Sánchez vs Honduras. Sentencia de 7 de junio de 2003 Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. (pg. 32)

- o Pollo Rivera y otros Vs. Perú. Sentencia de 21 de octubre de 2016. Fondo, Reparaciones y Costas. (pg. 32)
- o Fleury y otros Vs. Haití. Sentencia de 23 de noviembre de 2011. Fondo y Reparaciones. (pg. 32-37)
- o Tibi Vs. Ecuador. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. (pg. 32-33)
- o Palamara Iribarne Vs. Chile. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Fondo, Reparaciones y Costas. (pg. 33)
- o Yvon Neptune Vs. Haití. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Fondo, Reparaciones y Costas. (pg. 35)
- o Hilaire, Constantine y Benjamin y otros Vs. Trinidad y Tobago. Sentencia de 21 de junio de 2002. Fondo, Reparaciones y Costas. (pg. 36)
- o Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Sentencia de 17 de junio de 2005. Fondo, Reparaciones y Costas. (pg. 36)
- o Fornerón e hija Vs. Argentina. Sentencia de 27 de abril de 2012. Fondo, Reparaciones y Costas. (pg. 39)
- o Caso Yatama Vs. Nicaragua. Sentencia de 23 de junio de 2005. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. (pg. 40)
- o Caso de las masacres de Ituango Vs. Colombia. Sentencia de 1 de Julio de 2006 (pg. 17)

- **Casos del TEDH:**

- o Mamatkulov y Askarov Vs. Turquía. Nos. 46827/99 y 46951/99. Sentencia de 4 de febrero de 2005. (pg. 21)
- o Jabari Vs. Turquía. No. 40035/98. Sentencia del 11 de julio de 2000 – Final, 10 de noviembre de 2000. (pg. 21)
- o Soering Vs. Reino Unido. No. 14038/88. Sentencia de 7 de julio de 1989. (pg. 21)
- o Shamayev y otros Vs. Georgia y Rusia. N°. 36378/02. Sentencia de 12 de abril de 2005. (pg. 25)
- o Nizomkhon Dzhurayev Vs. Rusia. No. 31890/11. Sentencia de 3 de octubre de 2013 (pg. 25)
- o Othman (Abu Qatada) Vs. Reino Unido. No. 8139/09. Sentencia de 17 de enero de 2012 (pg. 25)
- o Iwanczuk v. Polonia. Sentencia de 15 de noviembre de 2001. (pg. 33)

2) Exposición de los hechos

2.1) Contexto

1. Puerto Waira enfrenta un grave problema de inseguridad y violencia como consecuencia de actos criminales cometidos por pandillas y la confrontación entre ellas y el Estado. Aquellas reclutan niños y adolescentes en situación de pobreza. A raíz de esto, surgieron grupos de “limpieza” que han intentado acabar con miembros de pandillas de manera anónima. Por su parte, Arcadia se caracteriza por contar con una institucionalidad fuerte y una economía sólida. Adicionalmente ha ratificado todos los tratados del Sistema Universal de Derechos Humanos. La Constitución Política del país reconoce el derecho a buscar y recibir asilo, el principio de no devolución, la no punibilización del migrante irregular y el reconocimiento colectivo del estatuto de refugiado. El régimen para todo aquel que desee adquirir la condición de refugiado, tanto en lo sustancial como procedimental se encuentra en la Ley sobre Refugiados y Protección Complementaria (LRPC).

2.2) Hechos del Caso:

2. El 12 de julio de 2014, 7000 personas (la mayoría en condición de pobreza) iniciaron un desplazamiento desde la República de Puerto Waira (en adelante, Puerto Waira) hasta la República de Arcadia (en adelante, Arcadia), cruzando por los Estados Unidos de Tlaxcochitlán (en adelante, EUT).

3. En EUT, se han registrado múltiples y graves violaciones a los derechos humanos de personas migrantes en situación irregular.

4. El gobierno de Arcadia dispuso las autoridades correspondientes para organizar la llegada de los migrantes y fueran solicitando asilo por turnos.

5. El 20 de agosto de 2014, el presidente de Arcadia realizó una declaración pública y anunció que se les reconocería como refugiados *prima facie*. La única excepción que se contemplaría sería la del artículo 40 de la LRPC.
6. Posteriormente, las autoridades de Arcadia decidieron instituir un procedimiento especial para decretar el reconocimiento como refugiado *prima facie*. Tal proceso consistía en que los migrantes wairenses acudieran a las oficinas de la Comisión Nacional para los Refugiados (CONARE), formalizaran una solicitud de reconocimiento, presentaran una breve entrevista y obtuvieran el documento que les reconocería como refugiados.
7. A partir del anterior procedimiento se identificaron 808 personas migrantes que tenían antecedentes penales, razón por la cual se les informó que no podrían considerarse refugiados *prima facie*. Adicionalmente, estas personas fueron detenidas y sometidas a un proceso ordinario de asilo conforme a lo establecido en la LRPC.
8. Al grupo de 808 personas, las autoridades de Arcadia les suministraron folletos con información sobre dónde podían acceder a la asistencia consular de su país. Se les dio a conocer sus derechos en el marco de la detención y del procedimiento de asilo y se les informó que podían solicitar asistencia y representación jurídica mediante organizaciones de la sociedad civil y clínicas jurídicas. No obstante, dichas instituciones no tenían capacidad para brindar asistencia a todas las personas detenidas.
9. Las 808 personas wairenses permanecieron detenidas sin ser puestas a disposición de autoridad judicial y la finalidad de la detención siempre fue la deportación.
10. Arcadia analizó las solicitudes de asilo de las personas que tenían antecedentes penales e identificó que 729 personas tenían “alto riesgo” de sufrir tortura y daños contra su vida en caso de

ser deportadas a Puerto Waira, estos reflejaban una “probabilidad razonable” de padecer los mismos peligros. No obstante, estas personas fueron excluidas de la protección, en aparente concordancia con la LRPC y la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 (en adelante, Convención de 1951).

11. El 21 de enero de 2015, el presidente Valverde publicó un Decreto Ejecutivo en el que ordenó la deportación de los referidos 808 wairenses. Se estableció el plazo de un mes para que algún Estado garantizara la protección de estas personas.

12. El 10 de febrero de 2015, 217 personas del grupo de 808 interpusieron recurso de amparo para detener la deportación. El 20 de febrero de 2015 se suspendió la expulsión de estas personas, posteriormente se confirmó la orden del Presidente. Interpusieron recurso de revisión que fue resuelto de forma negativa el 30 de abril de 2015.

13. El 2 de marzo de 2015, autoridades de Arcadia se reunieron con autoridades de los EUT y firmaron un “acuerdo” donde se establecía que los 808 migrantes serían devueltos a territorio de EUT. Arcadia se comprometió a incrementar su apoyo sobre las actividades de control migratorio de EUT y a cooperar en el desarrollo de ese Estado.

14. Los 808 wairenses fueron deportados a EUT: 591, el 16 de marzo de 2015 (estas personas no interpusieron recurso frente a la decisión de expulsión). 217, el 5 de mayo de 2015 (personas que si habían interpuesto recurso). El 15 de junio de 2015 las autoridades migratorias de EUT deportan a todas estas personas a Puerto Waira.

15. Como consecuencia de la deportación, algunas familias fueron separadas y, por tanto, los niños y niñas que se encontraban en esta situación fueron entregados al cuidado de sus parientes más cercanos en Arcadia o fueron alojados en Centros de Protección a la Infancia.

16. El 28 de junio de 2015 es asesinado en territorio de Puerto Waira Gonzalo Belano uno de los migrantes que había sido expulsado de Arcadia. Se documentaron otros 29 asesinatos y 7 desapariciones de individuos pertenecientes al mencionado grupo.

17. El 15 de noviembre de 2015 la Clínica Jurídica para Desplazados, Migrantes y Refugiados de la Universidad Nacional de Puerto Waira (en adelante, CJDMMR-UNPW) instauró ante el Consulado de Arcadia en Waira, una demanda por actividad administrativa irregular y reparación integral del daño contra Arcadia. Un mes después, fue rechazada la demanda por no haberse presentado directamente ante el juzgado competente.

3) Análisis legal del Caso

3.1) Pronunciamiento frente a las excepciones preliminares:

18. Arcadia interpuso dos excepciones preliminares: (1) la falta de agotamiento de los recursos internos y (2) la indeterminación de 771 víctimas.

3.1.1) Falta de agotamiento de los recursos internos

19. La falta de agotamiento de determinados recursos es atribuible al Estado por la incertidumbre que permeó el procedimiento migratorio contra los 808 wairenses. Además, existían barreras de acceso a los recursos y, en todo caso, no se logró agotar la vía jurisdiccional administrativa, a partir de una negativa injustificada por parte de Arcadia.

20. Los Estados tienen la obligación de ofrecer recursos adecuados y efectivos¹ para resguardar los derechos de los individuos². La Corte IDH ha reiterado que la efectividad del recurso implica que éste sea idóneo para combatir la violación³. Cabe agregar que, según la jurisprudencia de la Corte, los recursos administrativos no se consideran *per se* efectivos y adecuados para reparar en forma integral ciertas violaciones a los derechos convencionales⁴. Una reparación adecuada, en el marco de la CADH, exige medidas de rehabilitación, satisfacción, y garantías de no repetición. Recursos como la acción de reparación directa, tienen unos alcances mínimos y unas condiciones de acceso limitadas para los fines de reparación que la CADH establece⁵.

21. Frente a la decisión de expulsión, es claro que 217 personas agotaron los recursos dispuestos por Arcadia, interpusieron el recurso de amparo y luego el de revisión. Pese a ello, es evidente que existía una barrera de acceso que justificaba la no interposición del amparo: como consta en los hechos [7] y [8], los migrantes fueron informados sobre qué hacer frente a la decisión del no reconocimiento como refugiados, pero nunca se les dijo cómo debían obrar frente a una decisión de expulsión, la cual se adoptó mediante un acto estatal distinto: el decreto ejecutivo. Por otro lado, los recursos que podían interponerse frente al proceso de solicitud de asilo se tornaron inefectivos, pues el riesgo de ser retornados a un país donde su vida corría peligro ya no dependía de ese procedimiento sino de una orden presidencial y la información frente a cómo rebatir ese acto no se suministró de manera adecuada.

¹ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-9/87 (párr. 24); Corte IDH. Caso Radilla Pacheco vs. México (párr. 296).

² Corte IDH. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala (párr. 237); Corte IDH. Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) Vs. Perú (párr. 72)

³ Corte IDH. Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala (párr. 117); Corte IDH. Caso Radilla Pacheco vs. México (párr. 296).

⁴ Corte IDH. Caso de la Masacre de Pueblo Bello (párr. 206); Corte IDH. Caso de la Masacre de La Rochela Vs. Colombia (párr. 220 y 221)

⁵ Corte IDH. Caso de las masacres de Ituango Vs. Colombia (párr. 340 y 341)

22. Por otro lado, las 808 víctimas representadas por la CJDMMR-UNPW, intentaron agotar la vía jurisdiccional-administrativa, pero la respuesta negativa del Estado les impidió surtir este proceso. Considerando la situación particular de los migrantes, Arcadia tenía la obligación de remitir la demanda ante el juzgado competente.

23. Actuando más allá de lo exigible, 217 personas agotaron los recursos internos. Pese a ello el agotamiento no es imprescindible para causar la competencia de la Corte IDH, pues se presentaron serias barreras de acceso que impedían el agotamiento de los recursos disponibles y por ello aplica el artículo 46.2(b) de la CADH

3.1.2) La indeterminación de 771 víctimas

24. El Estado de Arcadia identificó a las víctimas mediante procedimientos internos, por tanto, esta excepción debe declararse infundada.

25. El artículo 35.1 del Reglamento de la Corte IDH establece que el Informe de Fondo a partir del cual la Corte IDH conoce de un caso debe individualizar a las víctimas. Como excepciones a la regla anterior cabe resaltar: las violaciones colectivas de derechos consagrados en la CADH y aquellas vulneraciones generadas en contextos que impliquen dificultad extrema para acceder físicamente a la víctima, principalmente por desaparición o dificultad de acceso al lugar dónde se encuentre, tal como lo menciona la Corte IDH en el *Caso Favela Nova Brasilia vs. Brasil*.

26. Cuando Arcadia determinó cuales migrantes tenían antecedentes penales y cual era el nivel de riesgo que corrían en caso de ser retornados a su país de origen, llevó a cabo un ejercicio de individualización, pues tales conclusiones parten de un análisis personal y concreto. A pesar de no haberse presentado una individualización estricta en el informe de fondo del artículo 50 de la

CADH, el Estado ya tiene individualizadas a dichas personas, y por tanto, se invierte la carga de la prueba la Estado, por encontrarse en mejor posición que las víctimas o la comisión⁶.

27. Así, es improcedente la excepción preliminar interpuesta por el Estado y la Corte IDH tiene plena competencia para conocer del presente caso y pronunciarse frente al fondo.

3.2) Análisis de Fondo:

28. El análisis de fondo se divide en cinco ejes: (5.1) La expulsión de 808 wairenses de Arcadia y la violación de sus derechos humanos (artículos 22.8, 22.9, 4, 5 y 7 CADH); (5.2) El procedimiento migratorio (artículos 22.7, 8 y 25 CADH); (5.3) La detención de 808 wairenses por parte de las autoridades del Estado demandado (artículo 7 CADH); (5.4) Los derechos de los niños y la unidad familiar (artículos 17 y 19 CADH) y (5.5) El principio de igualdad ante la ley (artículo 24 CADH).

3.2.1) La expulsión de 808 wairenses de Arcadia y lo que ello implicó sobre sus derechos humanos.

3.2.1.1) Vulneración frente al principio de no devolución (artículo 22.8 de la CADH):

29. La expulsión de 808 wairenses del territorio de Arcadia implicó un menoscabo al principio de no devolución. Se presentó el fenómeno de la devolución indirecta sobre personas en situación de riesgo, por ello se deriva la responsabilidad internacional del Estado.

⁶ Corte IDH. Caso Neira Alegría y otros Vs. Perú (párr. 65) y Corte IDH Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México (párr. 134)

30. Desde la definición amplia⁷, refugiado es aquella persona que, debido a fundados temores de ser perseguida, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de su país⁸. Son refugiados también aquellas personas que huyen de sus países como consecuencia de la violencia generalizada y la violación masiva de derechos humanos⁹. Se es refugiado al reunir los requisitos enunciados en la definición, sin necesidad de un reconocimiento formal¹⁰. El artículo 1 de la Convención de 1951 establece causales de exclusión y de cesación sobre la condición de refugiado. Aquellas, conducen a la inaplicación la Convención y estas, conllevan a la *terminación* de la referida condición¹¹.

31. Una persona migrante en condición irregular puede expulsarse del país al cual ingresó (o ingresará), siempre que se realice, por parte del Estado receptor, un análisis adecuado de su petición y no sea aplicable el principio de no devolución¹². Este principio se encuentra consagrado en la CADH (artículo 22.8) y establece que ninguna persona será expulsada ni devuelta a un territorio dentro de cuyas fronteras su vida o libertad puedan correr peligro de ser vulnerados¹³.

⁷ Se entiende que la Declaración de Cartagena (1984) incluye una definición amplia, que considera, además, lo contenido en la Convención de 1951 y su Protocolo de 1967.

⁸ La definición también acoge a personas carentes de nacionalidad (apátridas), pero ello no es relevante para efectos del presente memorial.

⁹ CIDH, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1981-1982; Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14 (párr. 49); CIDH. Movilidad Humana – Estándares Interamericanos (Cap. 3).

¹⁰ ACNUR. Manual y Directrices Sobre Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado (párr. 28); Corte IDH. Caso Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia (par. 145); ACNUR. Opinión Consultiva sobre la aplicación extraterritorial de las obligaciones de no devolución en virtud de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967.

¹¹ Corte IDH. Caso familia Pacheco Tineo vs. Bolivia (párr. 148); ACNUR. Manual y Directrices Sobre Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiados (párr. 112).

¹² A esta conclusión se llega compaginando las siguientes disposiciones: CIDH. Informe sobre la situación de los derechos humanos de los solicitantes de asilo en el marco del sistema canadiense de determinación de la condición de refugiado (párr. 111); Corte IDH. Caso Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia (párr. 153); CIDH. Movilidad Humana – Estándares Interamericanos (par. 437).

¹³ CIDH. Movilidad Humana – Estándares Interamericanos (par. 436); Convención de 1951 (artículo 33.1); Conclusiones sobre la protección internacional de los refugiados (Conclusiones generales, párr. c.); Declaración Americana (artículos I, XXV, y XXVII); Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (artículo 3(4)); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículos 6 y 7); Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (Artículo 13).

Este es un principio de aceptación consuetudinaria, tal como se resalta el párrafo 4 de la Convención de 1951¹⁴, y opera sin importar la condición migratoria de la persona que se encuentra en el territorio de otro Estado¹⁵.

32. El principio de no devolución abarca incluso la *devolución indirecta*, entendida como la expulsión de una persona a un Estado que, pese a no ser el de su nacionalidad o domicilio anterior, implica un peligro para sus derechos o abre la puerta para que éste sea retornado al país del cuál proviene el peligro¹⁶. El criterio orientador del principio de no devolución es el riesgo¹⁷, pues, derivado de la obligación de garantía (artículo 1.1 CADH), los Estados deben prevenir escenarios que impliquen una vulneración a los derechos humanos del individuo¹⁸. Retornar a una persona al lugar dónde corre un riesgo cierto y concreto de verse atacado en sus derechos implica la responsabilidad internacional del Estado¹⁹. Por ello, una vez alegado el riesgo por el migrante, corresponde a las autoridades nacionales determinar y constatar la existencia e inminencia que el alegado peligro puede tener sobre la persona²⁰.

33. Por su parte, la protección complementaria, hace referencia a los mecanismos legales que permiten regularizar la permanencia de personas que no son reconocidas como refugiadas, pero

¹⁴ Indica: “Aceptando la continua relevancia y adaptabilidad de este régimen internacional de derechos y principios, centrado en el principio de no devolución cuya aplicabilidad se inserta en el derecho consuetudinario internacional”. Véase también: ACNUR, The Principle of Non-Refoulement as a Norm of Customary International Law.

¹⁵ Corte IDH. Caso Pacheco Tineo vs. Bolivia (párr. 135 y 152); CIDH. Movilidad Humana – Estándares Interamericanos (par. 438); CIDH. Refugiados y migrantes en Estados Unidos: familias y niños no acompañados (párr. 98 y 101); ACNUR, Opinión Consultiva sobre la aplicación extraterritorial de las obligaciones de no devolución (párr. 8); Opinión Consultiva OC-21/14 (párr. 225, 227 y 236); Corte IDH. Caso Wong Ho Wing vs. Perú (párr. 128).

¹⁶ Corte IDH. Caso familia Pacheco Tineo vs. Bolivia (párr. 153).

¹⁷ Corte IDH. Caso familia Pacheco Tineo vs. Bolivia (párr. 153).

¹⁸ Corte IDH. Caso Wong Ho Wing vs. Perú (párr. 128).

¹⁹ Corte IDH. Caso Wong Ho Wing vs. Perú (párr. 141); TEDH. Caso Mamatkulov y Askarov vs. Turquía (párr. 69).

²⁰ Corte IDH. Caso Wong Ho Wing vs. Perú (párr. 129, 155, 156); Corte IDH. Caso familia Pacheco Tineo vs. Bolivia (párr. 136); Opinión Consultiva OC-21/14 (párr. 232); TEDH. Caso Jabari Vs. Turquía (párr. 48 a 50); TEDH. Caso Soering vs. Reino Unido (párr. 90)

cuyo retorno sería contrario al principio de no devolución²¹. La Corte IDH, ha identificado que la protección complementaria es una manera en la cual el Estado reconoce la situación de la persona, identifica su riesgo y considera sus necesidades²².

34. Los hechos [10], [11], [13] y [14], permiten evidenciar que Arcadia vulneró el principio de no devolución, pues pese haber identificado el “alto o razonable riesgo” de sufrir vulneración de derechos convencionales en cabeza de 808 wairenses, procedió a deportarlos a los EUT.

35. Las 808 personas deportadas se encontraban en situación de refugiados, puesto que: (1) se movilizaron a Arcadia huyendo de la violencia generalizada y de un contexto de pobreza y violación masiva de derechos humanos²³; (2) considerando el carácter declarativo de la condición de refugiado, no necesitaban un pronunciamiento institucional previo para adquirir tal estatus; y (3) no encuadran en las causales de exclusión establecidas en la Convención de 1951 y en la LRPC. Lo anterior, porque los hechos del caso demuestran que las instituciones de Puerto Waira padecen serios problemas de funcionamiento²⁴ y, en ese sentido, las decisiones jurisdiccionales de tal Estado ostentan dudosa aplicabilidad. Además, los crímenes presuntamente cometidos por las víctimas parten de contextos particulares que no fueron evaluados al momento de enjuiciarlos²⁵. Adicionalmente, el procedimiento migratorio desarrollado por Arcadia frente a 808 personas con antecedentes penales, ostenta importantes irregularidades²⁶ y por ello no existían *motivos fundados* para desconocer su condición de refugiados.

²¹ CIDH. Movilidad Humana – Estándares Interamericanos (cap. 3). ACNUR. Documento de Buena práctica 28: Protección Complementaria y visas humanitarias (Pg. 1)

²² Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14 (par. 238)

²³ Ver hechos [1]

²⁴ Ver hechos [1]

²⁵ Respuesta aclaratoria #26

²⁶ Esto se argumenta en la sección 3.2.2 del presente documento.

36. No obstante, en caso de considerar que no eran refugiados, al menos, eran sujetos de “protección complementaria” y, en ese caso, también aplicaría el principio de no devolución. Dicha institución jurídica parte de un ejercicio de ponderación dónde se privilegian los derechos humanos del migrante en situación de riesgo, sobre los requisitos formales para ser refugiado.

37. Como emana de los hechos [10] y [14], los 808 wairenses manifestaron a las autoridades de Arcadia el peligro que sus vidas corrían en caso de ser deportados, las mismas autoridades analizaron tales peligros y los comprobaron; no obstante, fueron devueltos a un Estado dónde existía el riesgo de ser deportados a su nación de origen y de sufrir violaciones de derechos humanos²⁷. Arcadia no desplegó mecanismos razonables para prever que las autoridades de EUT procedieran a la deportación de los 808 individuos (el acuerdo internacional firmado entre Arcadia y EUT nada establecía en materia de deportación indirecta), tampoco desarrolló dispositivos de protección frente a los derechos convencionales de estas personas y asumió pasivamente el riesgo de la deportación indirecta, consumado el 15 de junio de 2015.

38. Adicionalmente, la condición migratoria de los 808 wairenses era irrelevante para darle aplicación al principio de no devolución, el riesgo era cierto, real y presente (las autoridades de Arcadia lo identificaron) y ello era suficiente para, incluso, implementar mecanismos de protección complementaria. Arcadia cumplió con la obligación de realizar un examen individualizado a fin de verificar las circunstancias aducidas por los 808 wairenses y comprobó el riesgo que significaba su deportación, debió aplicar el principio de no devolución.

39. En resumen, el Estado es responsable internacionalmente por haber inaplicado el principio angular de la protección internacional de los migrantes y haber ejecutado una deportación que,

²⁷ Caso Gonzalo Belano y otras 807 personas wairenses vs. República de Arcadia (en adelante, Hechos del Caso) párr. 14

amenazaba los derechos de las 808 víctimas en contravía a lo dispuesto en el artículo 22.8 de la Convención Americana.

3.2.1.2) Implicaciones de la expulsión de 808 wairenses sobre otros derechos convencionales (Artículo 1.1 en relación con los 3, 4, 5 y 7 de la CADH)

40. La vulneración al principio de no devolución implicó el menoscabo de otros derechos humanos. Derivado del incumplimiento a la obligación de prevención, el Estado es internacionalmente responsable por la muerte de veintinueve personas y la desaparición de otros siete, que emana como consecuencia directa de la expulsión irregular de los 808 wairenses del territorio de Arcadia.

41. Del artículo 1.1 de la CADH, se desprende la obligación de garantía en cabeza de los Estados, la cual consiste en la imperativa adopción de medidas para proteger a una persona ya sea por su condición personal o por la situación específica en la que se encuentre²⁸. Con base en la jurisprudencia de la Corte IDH, es posible afirmar que el deber de garantía comprende la obligación de prevención²⁹.

42. La obligación de prevenir supone la adopción de todas las medidas gubernamentales que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos, asegurando que las eventuales violaciones sobre estos sean efectivamente consideradas y razonablemente evitadas³⁰. Aunque la obligación de prevención es de medio³¹, será quebrantada por un Estado cuando éste, conociendo del

²⁸ Corte IDH. González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México (párr. 243); Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay (párr. 154); Corte IDH. Caso Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia (párr. 111).

²⁹ Corte IDH. Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia (párr. 111 y 125). Corte IDH. Caso Wong Ho Wing vs. Perú (párr. 125 y 126).

³⁰ Corte IDH. González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México (párr. 252).

³¹ Corte IDH. Caso Anzualdo Castro Vs. Perú. (párr. 63).

particular riesgo (real e inminente) sobre una persona o grupo de personas³², no adopte medidas razonables encaminadas a prevenir la concreción del peligro³³.

43. El deber de prevención aplica en controversias migratorias, concretamente, en aquellos eventos donde el migrante alega un riesgo contra sus derechos humanos en caso de ser retornado al país del cual provenía u a otro que presente escenarios de peligro. Con base en pronunciamientos del TEDH³⁴, el Comité de Derechos Humanos³⁵, el Comité Contra la Tortura de la ONU³⁶ y la Corte IDH³⁷, es posible concluir que: cuando una persona inmersa en un proceso migratorio alega riesgo contra sus derechos humanos en caso de ser deportado, emana la obligación en cabeza del Estado receptor de proteger los derechos a la vida y a la integridad personal, así como el principio de no devolución³⁸. Cuando razonablemente la deportación de una persona genere peligro contra su vida, el principio de no devolución es absoluto³⁹. Si se incumple este deber de protección y se concreta el riesgo, se entendería vulnerado el derecho amenazado, tal como lo establece la Corte IDH en la OC-21/14 y otros pronunciamientos⁴⁰.

³² Corte IDH. Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia. (párr. 123); Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay (párr. 155); Corte IDH. Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia (párr. 78).

³³ Corte IDH. Caso Comunidad Moiwana Vs. Surinam. (párr. 211); Corte IDH. Caso Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú (párr. 91); Corte IDH. Caso Wong Ho Wing vs. Perú (párr. 128).

³⁴ TEDH. Caso Shamayev y otros Vs. Georgia y Rusia (párr. 335); TEDH. Caso Nizomkhon Dzhurayev Vs. Rusia (párr. 105); TEDH. Caso Othman (Abu Qatada) Vs. Reino Unido (párr. 185.)

³⁵ ONU, Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 31, Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto (párr. 12)

³⁶ ONU, Comité contra la tortura. Observación general N°1, sobre la aplicación del artículo 3 en el contexto del artículo 22 de la Convención (párr. 1)

³⁷ Corte IDH. Caso Wong Ho Wing vs. Perú (párr. 127 y 128)

³⁸ Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (artículo 3(1)); Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (artículo 13); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículos 6 y 7).

³⁹ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14 (párr. 225, 227 y 236); Corte IDH. Caso Wong Ho Wing vs. Perú (párr. 128)

⁴⁰ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14 (párr. 235, 226, 227, 236); Corte IDH. Caso Wong Ho Wing vs. Perú (párr. 135 y 141)

44. La desaparición forzada de personas es un vejamen permanente y pluriofensivo⁴¹, ello como consecuencia de las distintas actuaciones que debe realizar el agente infractor para ejecutar dicho acto. Igualmente, la desaparición de una persona puede atribuirse al Estado por el incumplimiento a la obligación de garantía, la cual abarca el deber de prevenir que, ante una situación de riesgo real e inmediato, se presente el fenómeno de la desaparición⁴². Por otra parte, la observancia del artículo 4, relacionado con el artículo 1.1 de la CADH, no sólo presupone que ninguna persona sea privada de su vida arbitrariamente, sino que además requiere que los Estados adopten todas las medidas apropiadas para proteger y preservar el derecho a la vida⁴³.

45. En el caso concreto existía un riesgo cierto e inmediato sobre las 808 personas que fueron expulsadas del territorio de Arcadia. Dicho riesgo se comprueba por: (1) el contexto de violencia de Puerto Waira⁴⁴; (2) el contexto particular de las víctimas⁴⁵; (3) el reconocimiento que las autoridades de Arcadia realizaron frente a dicha situación de peligro, una vez analizada la situación de cada víctima⁴⁶, y; (4) el peligro de devolución indirecta que implicaba la deportación a los EUT⁴⁷. Dichas condiciones generaban dos efectos jurídicos (1) la aplicación absoluta del principio de no devolución y (2) la obligación, en cabeza de Arcadia consistente en prevenir que se concretara el riesgo identificado. Evidentemente, Estado demandado no implementó medidas de prevención adecuadas para evitar el peligro, es más, incrementó el riesgo al retornar a las víctimas a un tercer Estado desde el cual podían ser devueltas a Puerto Waira.

⁴¹ Corte IDH. Caso Anzualdo Castro Vs. Perú. (párr. 60). Corte IDH. Caso Vereda la Esperanza vs. Colombia (par. 149)

⁴² Corte IDH. Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) Vs. Colombia. (párr. 520)

⁴³ Corte IDH. Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia (par. 120); Corte IDH. González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México (par. 245)

⁴⁴ Ver hecho [1]

⁴⁵ Ver hecho [2]

⁴⁶ Preguntas Aclaratorias #69 y hecho [23]

⁴⁷ Hechos del Caso #14

46. Por tanto, el asesinato de veintinueve personas y la desaparición de otros siete integrantes del grupo de 808 migrantes, es consecuencia de la deportación indirecta. La vulneración de los artículos 3, 4, 5, y 7 (con respecto a 36 víctimas) es atribuible al Estado de Arcadia por haber trasgredido el principio de no devolución y haber aumentado, razonablemente, el riesgo de que acaeciera el perjuicio visualizado.

3.2.2) El procedimiento migratorio desarrollado por las autoridades de Arcadia contra 808 wairenses.

47. El procedimiento migratorio desarrollado por Arcadia contra los 808 wairenses fue irregular y vulneró el debido proceso.

48. Los procesos migratorios incluyen aquellos que se dan al ingresar a un país (ej. procedimiento de asilo) y, también, los procesos de expulsión⁴⁸. El derecho a buscar y recibir asilo se establece en el artículo 22.7 de la CADH y se materializa mediante el desarrollo de procesos migratorios adecuados y efectivos⁴⁹. Todo proceso que afecte derechos convencionales ha de desarrollarse conforme las reglas del debido proceso⁵⁰, norma que también opera en el marco de procedimientos migratorios⁵¹, independientemente de si la autoridad que desarrolla el procedimiento es de carácter administrativo o judicial⁵². En el marco del derecho internacional de

⁴⁸ CIDH. Movilidad Humana – Estándares Interamericanos (párr. 285)

⁴⁹ Corte IDH. Caso familia Pacheco Tineo vs Bolivia (par. 154); Corte IDH. Opinión Consultiva OC-9/87 (párr. 24)

⁵⁰ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-9/87 (párr. 27); Corte IDH. Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú (párr. 69 y 70)

⁵¹ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-16/99 (párr. 127 y 129); Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18/03 (párr. 121 y 122); Corte IDH. Caso Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia (párr. 155); Corte IDH. Caso Vélez Llor vs. Panamá (párr. 142 y 143).

⁵² Corte IDH. Caso Vélez Llor vs. Panamá (párr. 100). Corte IDH. Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana (párr. 154). Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18/03 (párr. 118 y 119).

los migrantes, no existe un modelo unívoco y vinculante que detalle cómo debe diseñarse un procedimiento migratorio. Los Estados pueden estructurar mecanismos de control de ingreso a su territorio y salida de él respecto a personas que no sean nacionales suyas, siempre que dichas políticas sean compatibles con las normas de protección de los derechos humanos⁵³.

49. Normas y órganos internacionales señalan las garantías procesales mínimas que deberán aplicarse en cualquier proceso migratorio⁵⁴. Dichos estándares concuerdan con las estipulaciones del artículo 8.2 de la CADH⁵⁵. Únicamente se mencionarán los requisitos que fueron vulnerados en el procedimiento migratorio desarrollado por Arcadia: (i) Principio de legalidad: tanto el procedimiento, como la decisión que se emitan deben estar claramente establecidos en la legislación, no se admiten los procesos imprevisibles que deriven en arbitrariedad⁵⁶. (ii) Un proceso que pueda resultar en la expulsión de un extranjero, debe ser individual, de modo a evaluar las circunstancias personales de cada persona⁵⁷. (iii) Ha de garantizarse el derecho a recurrir las decisiones en procesos migratorios⁵⁸. (iv) Se protege el derecho a que los procedimientos migratorios sean llevados por un adjudicador competente, independiente e imparcial⁵⁹ y (v) el

⁵³ Corte IDH. Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana (párr. 350); Corte IDH. Caso Vélez Llor Vs. Panamá (párr. 97); Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18/03 (párr. 163)

⁵⁴ CIDH. Movilidad Humana – Estándares Interamericanos (párr. 300, 307); Corte IDH. Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá. (párr. 125); Corte IDH. Caso Vélez Llor Vs. Panamá (párr. 142).

⁵⁵ Corte IDH. Caso familia Pacheco Tineo vs. Bolivia (párr. 132); Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, Comunicación No. 159/96 (párr. 20)

⁵⁶ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Artículo 13); CIDH. Informe de Fondo del Caso John Doe y otros (Canadá) (párr. 116); Corte IDH. Caso familia Pacheco Tineo vs. Bolivia (párr. 133)

⁵⁷ Corte IDH. Caso familia Pacheco Tineo vs. Bolivia (párr. 153); Corte IDH. Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana (párr. 356).

⁵⁸ Corte IDH. Caso familia Pacheco Tineo vs. Bolivia (párr. 133); Corte IDH. Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana. (párr. 163); Corte IDH. Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana (párr. 356).

⁵⁹ Corte IDH. Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú (párr. 104).

procedimiento de asilo debe ser confidencial, respetando la protección de los datos del solicitante⁶⁰.

50. El procedimiento migratorio desarrollado por Arcadia padeció graves irregularidades: (1) el principio de legalidad se vulneró a partir de dos circunstancias: (a) La LRPC de Arcadia establecía un proceso para el reconocimiento de la condición de refugiado (ordinario)⁶¹. Debido al alto número de solicitudes, Arcadia anuncia un procedimiento distinto que se realizaría por la CONARE⁶². El procedimiento habilitado, no tenía consagración expresa en la ley de Arcadia, instaurar un procedimiento no reglado, a partir de una facultad muy amplia otorgada por el artículo 30 de la LRPC, es claramente someter al migrante a un escenario de incertidumbre procesal y de arbitrariedad. (b) Cuando se identifican los 808 migrantes con antecedentes penales, se inicia un proceso ordinario de solicitud de asilo, el cual culmina definiendo que estos migrantes tenían un temor fundado de persecución, pero no podían acceder a la condición de refugiados. Ese procedimiento no era de expulsión, pues se limitaba a decidir sobre el estatus migratorio del sujeto y sobre la posibilidad de asilo. Debido a las circunstancias de riesgo, era necesario desarrollar un procedimiento de expulsión, en dónde las particularidades de cada individuo fueran evaluadas y existieran momentos procesales oportunos para presentar y controvertir pruebas. No obstante, la decisión de deportación la tomó el gobierno de Arcadia mediante un Decreto y un Acuerdo internacional, sin haber escuchado a las víctimas y sin haberles concedido la oportunidad de defenderse al interior de un proceso de expulsión.

51. La decisión de expulsión no se basó en el análisis individual de cada wairense, el fundamento del Decreto radicaba únicamente en el hecho de las 808 víctimas tener antecedentes

⁶⁰ ACNUR. Procesos de asilo (Procedimientos de asilo justos y eficientes) (párr. 50.M).

⁶¹ Hechos del Caso #13.

⁶² Hechos del Caso # 19 y 20 y hecho [6].

penales. Como resultado de la arbitrariedad en el Decreto de expulsión, se anuló la posibilidad de interponer un recurso adecuado y efectivo en el marco del proceso de asilo. Si bien existió la posibilidad de recurrir el procedimiento mediante la acción de tutela, no fue posible presentar un recurso en el contexto del proceso migratorio. La autoridad que determinó la expulsión es el Presidente, quién era ajeno al proceso ordinario de asilo. No hay evidencia dentro de las leyes de Arcadia sobre el hecho del presidente poder abrogarse esta función, en ese sentido el órgano que toma la decisión carecía de competencia a nivel interno. Finalmente, no se respetó el principio de confidencialidad⁶³, ello generó que el contexto político de Arcadia se complicara y se generaran presiones políticas promoviendo la expulsión de los 808 wairenses, lo cual influye en la decisión arbitraria del presidente Valverde.

52. De esta manera, se configura la responsabilidad internacional de Arcadia por la realización irregular de un procedimiento migratorio, el cual fue indeterminado, incierto y arbitrario, anulando el derecho a la defensa y demás garantías procesales de las 808 víctimas, consagradas en los artículos 8.2 y 25 de la CADH y otras normas del derecho internacional de los migrantes.

3.2.3) Derecho a la Libertad Personal

53. El Estado de Arcadia vulneró el derecho a la libertad personal de 808 personas wairenses, al realizar una detención arbitraria, sin autorización judicial, sin acceso a un procedimiento de deportación y sin recursos judiciales⁶⁴.

⁶³ Hechos del Caso #25

⁶⁴ Corte IDH. Caso Vélez Loor vs. Panamá (párr. 171); Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14 (párr. 151).

54. En la CADH el artículo 7 consagra el derecho a la libertad personal. Este artículo protege la libertad física y cubre los comportamientos corporales que son expresión de esta, a través de dos tipos de regulaciones. La primera, es una regulación general, que se encuentra establecida en el primer numeral del artículo según la cual “toda persona tiene el derecho a la libertad y a la seguridad personales”. La libertad definida desde las dos vertientes del mencionado artículo es un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona, pues al ser acreedor de este derecho la persona va a poder organizar su vida, tanto individual como social, con arreglo a la ley, de acuerdo con sus propias convicciones. La seguridad, por su parte, debe entenderse como la protección contra toda interferencia ilegal o arbitraria de la libertad física.

55. La segunda, es una regulación específica, y se compone por una serie de garantías consagradas en los numerales 2 a 7⁶⁵. Es de aclarar que, cualquier violación de estos numerales, acarrea necesariamente la violación de la regulación general por la falta de garantías de la protección a la libertad personal⁶⁶.

56. Cada numeral del artículo 7 pretende resguardar las múltiples formas en que puede ejercerse este derecho. El numeral 7.3 establece que nadie puede ser sometido a una detención arbitraria. En este sentido la Corte IDH ha señalado⁶⁷ que “nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que -aun calificados de legales- puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles o faltos de proporcionalidad”⁶⁸. Las medidas privativas de la libertad solo pueden ser utilizadas cuando fuere necesario y proporcional para el caso concreto y durante

⁶⁵ Corte IDH. Caso Chaparro Álvarez Vs. Ecuador (párr. 51);

⁶⁶ Corte IDH. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs Ecuador (párr. 54)

⁶⁷ Corte IDH. Caso Wong Ho Wing Vs. Perú (párr.237)

⁶⁸ Corte IDH. Caso de Personas Dominicanas y Haitianas Expulsadas vs Republica Dominicana (párr. 364)

el menor tiempo posible. Las autoridades competentes, en casos de migración irregular deben realizar una evaluación individualizada, y contemplar la utilización de medidas menos restrictivas⁶⁹. En este sentido, cualquier restricción a la libertad que no contenga una motivación suficiente que permita evaluar si se ajusta a las condiciones señaladas será arbitraria y, por tanto, violará el artículo 7.3 de la Convención.

57. Por su parte, el numeral 7.4 garantiza que la persona sea informada inmediatamente de las causas de su detención, lo cual constituye un mecanismo para evitar detenciones ilegales o arbitrarias y, a su vez, garantiza el derecho de defensa del individuo⁷⁰. Como primera obligación se tiene el deber de dejar en claro los motivos y razones por las cuales está siendo detenida y para esto se debe informar a la persona con un lenguaje simple, libre de tecnicismos, hechos y bases jurídicas esenciales en los que se basa la detención⁷¹. La segunda obligación derivada de este artículo es la notificación de los cargos formulados contra el detenido, la cual debe realizarse por escrito⁷². Al detenido también se le debe garantizar, antes de rendir su primera declaración, el derecho de establecer contacto con una tercera persona. Esta puede ser un familiar, un abogado o un asistente consular⁷³. Por tanto, este es un derecho que no admite excepciones y debe ser garantizado al momento de ser privado de su libertad y antes de que rinda su primera declaración.

58. El numeral 7.5 establece la exigencia de un control judicial inmediato luego de la detención. La Corte IDH⁷⁴ ha determinado que es una medida tendiente a evitar la arbitrariedad o

⁶⁹ Corte IDH. Caso Vélez Loor vs. Panamá (párr. 171).

⁷⁰ Corte IDH. Caso Juan Humberto Sánchez vs Honduras (párr. 82).

⁷¹ Corte IDH. Caso Pollo Rivera y otros vs. Perú (párr. 110).

⁷² Corte IDH. Caso Chaparro Álvarez vs. Ecuador (párr. 76); Corte IDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México (párr. 106); Caso Fleury y otros vs. Haití (párr. 60).

⁷³ Corte IDH. Caso Tibi Vs. Ecuador (párr. 112).

⁷⁴ Corte IDH. Caso Chaparro Álvarez vs. Ecuador (párr. 81).

ilegalidad de las detenciones, tomando en cuenta que en un Estado de Derecho corresponde al juzgador garantizar los derechos del detenido, y adoptar todas las medidas para que se le garantice un trato conforme con la presunción de inocencia, teniendo en cuenta la situación especial de vulnerabilidad⁷⁵. La inmediata revisión judicial de la detención tiene particular relevancia cuando se aplica a capturas realizadas sin orden judicial. En virtud del principio *pro persona*, esta garantía debe ser satisfecha siempre que exista una retención o una detención de una persona a causa de su situación migratoria, conforme a los principios de control judicial e inmediación procesal⁷⁶.

59. Una persona que ha sido privada de su libertad sin ningún tipo de control judicial debe ser liberada o puesta inmediatamente a disposición de un juez, pues el fin esencial del artículo 7 de la CADH es la protección de la libertad del individuo contra la interferencia del Estado. Para lo anterior, la Corte IDH ha tomado el criterio del TEDH, el cual sostiene que si bien el vocablo “inmediatamente” debe ser interpretado de conformidad con las características especiales de cada caso, ninguna situación, por grave que sea, otorga a las autoridades la potestad de prolongar indebidamente el período de detención sin afectar el artículo 5.3 del Convenio Europeo⁷⁷.

60. Por último, el numeral 7.6 dispone que la autoridad debe decidir sobre la legalidad de la detención. En este sentido el control de la privación de la libertad debe ser judicial.

61. En el SIDH opera el *principio de excepcionalidad*, esto quiere decir que la aplicación de medidas privativas de la libertad se debe limitar a situaciones que afecten bienes jurídicos fundamentales. La Comisión IDH estima que, cuando la legislación interna de los Estados

⁷⁵ Corte IDH. Caso Vélez Loor vs. Panamá (párr. 107). En el mismo sentido, TEDH. Iwanczuk v. Polonia (párr. 53).

⁷⁶ Corte IDH. Caso Wong Ho Wing Vs. Perú (párr. 269).

⁷⁷ Corte IDH. Caso Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras (párr. 84); Caso Tibi Vs. Ecuador. (párr. 115); Caso Palamara Iribarne Vs. Chile (párr. 219).

consagra una presunción de detención y no una presunción de libertad se causa incompatibilidad con el propósito y objetivo de los artículos I y XXV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre⁷⁸. Por su parte, la Corte IDH⁷⁹ ha fijado el precedente en que la detención migratoria no debe tener una finalidad punitiva, las medidas punitivas solo se ejercen cuando exista una estricta necesidad contra los ataques más graves a los bienes jurídicos fundamentales. Esto implica que la detención de personas por incumplimiento de las leyes migratorias nunca debe ser con fines penales, de modo tal que las medidas privativas de libertad solo deberán ser utilizadas cuando fuere necesario y proporcionado, con la finalidad de asegurar la comparecencia de la persona al proceso migratorio o para garantizar la aplicación de una orden de deportación y únicamente durante el menor tiempo posible.

62. En el caso concreto, se debe analizar si la LRPC es compatible con la CADH⁸⁰ conforme a los siguientes requisitos, que han sido establecidos por la jurisprudencia de la Corte IDH⁸¹: i) que la finalidad de las medidas que priven o restrinjan la libertad sea compatible con la Convención; ii) que las medidas adoptadas sean las idóneas para cumplir con el fin perseguido; iii) que sean necesarias, en el sentido de que sean absolutamente indispensables para conseguir el fin deseado y que no exista una medida menos gravosa respecto al derecho intervenido entre todas aquellas que cuentan con la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto, razón por la cual el Tribunal ha señalado que el derecho a la libertad personal supone que toda limitación a éste deba ser excepcional y iv) que sean medidas que resulten estrictamente proporcionales.

⁷⁸ CIDH. Informe de Admisibilidad y Fondo No. 51/01 (párr. 219).

⁷⁹ Corte IDH. Caso Vélez Loor Vs. Panamá (párr. 182).

⁸⁰ Según Respuesta Aclaratoria #11, la detención se llevó a cabo bajo los lineamientos establecidos por dicha ley.

⁸¹ Corte IDH. Caso Vélez Loor Vs. Panamá (párr. 166)

63. En primer lugar, en cuanto a la idoneidad de las medidas, a diferencia del Convenio Europeo⁸², la CADH no establece explícita o taxativamente las causas, casos o circunstancias que serán consideradas legítimas en una sociedad democrática para habilitar una medida privativa de libertad en la legislación interna. En el presente caso, la medida fue tomada por el Estado con el fin de que las personas comparecieran al proceso migratorio. Estos fines pueden parecer legítimos, teniendo en cuenta la libertad con que cuentan los Estados para controlar y regular el ingreso y permanencia de personas extranjeras en su territorio. Sin embargo, en el presente caso es ilegítima la finalidad real que tuvo Arcadia con respecto a la detención, pues a los 808 wairenses se les informó que eran detenidos por sus antecedentes penales y para asegurar su comparecencia al proceso de asilo, nunca se les dijo que serían detenidos con fines de deportación, pues ésta fue ordenada posteriormente mediante un decreto ejecutivo emitido por el Presidente de la República.

64. Al aplicarse un fin distinto al que realmente informó el Estado, que no era en sí su comparecencia a un procedimiento sino la deportación misma, se considera que la detención es arbitraria, por no ser una medida idónea. Por lo anterior, no resulta pertinente ahondar en el análisis de la proporcionalidad y necesidad. De esta manera, el Estado realizó una detención ilegítima, a todas luces en contravía del artículo 7.3 de la CADH.

65. Al no comunicar con veracidad los motivos de la detención, cuando se informa a los detenidos las razones irreales de su encarcelamiento, no se aseguraba que pudieran impugnar la legalidad de la misma, haciendo uso de los mecanismos legales que todo Estado debe ofrecer (en los términos del artículo 7.6 de la Convención⁸³) y con base en la realidad de los hechos. Por tanto,

⁸² Artículo 5 sobre derecho a la libertad y a la seguridad del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales.

⁸³ Corte IDH. Caso Yvon Neptune Vs. Haití (párr. 104); Corte IDH. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador (párr. 69)

no se cumple con la finalidad del artículo 7.6 de la CADH. El debido proceso, debe garantizarse a toda persona, independientemente de su estatus migratorio⁸⁴, pues así sea extranjera, debe tener la posibilidad de hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva. Por ende, se privó a las 808 víctimas de la posibilidad de interponer cualquier recurso en contra de la detención realizada. Aun cuando estos existían, en la práctica se presentaron dificultades de facto: primero, por la situación de vulnerabilidad de dichas víctimas; segundo por la falta de información a éstas y tercero por encontrarse privadas de la libertad, se tornaron en ilusorios y carentes de efectividad.

66. El Estado tampoco cumplió con la garantía otorgada en el artículo 7.4 de la CADH, pues no obstante se les informó a las víctimas de sus derechos, no se les informó de los cargos que existían en su contra. Sumado a lo anterior, dichas personas no tuvieron asistencia letrada. En estos contextos se realza la importancia de que la persona cuente con asistencia legal debido a que se trata de una persona extranjera, que puede no conocer el sistema jurídico del país y que se encuentra en una situación agravada de vulnerabilidad al encontrarse privada de libertad, lo cual requiere que el Estado receptor tome en cuenta las particularidades de su situación, para que goce de un acceso efectivo a la justicia en términos igualitarios⁸⁵.

67. Tampoco se proporcionó adecuadamente una asistencia consular. Bajo la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares⁸⁶, tres son los derechos debidos al individuo por los Estados parte 1) el derecho a ser notificado de sus derechos bajo la Convención de Viena; 2) el derecho de acceso efectivo a la comunicación con el funcionario consular, y 3) el derecho a la asistencia misma. De estos 3, solo el primero fue garantizado. La asistencia consular busca asegurar que la

⁸⁴ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-16/99 (párr. 117 y 119); Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18/03; Corte IDH Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros Vs. Trinidad y Tobago (párr. 146).

⁸⁵ Corte IDH. Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay (párr. 51 y 63).

⁸⁶ Convención de Viena Sobre Relaciones Consulares (art. 5 (i); artículo 36.1 (b); art. 5 (e))

persona extranjera detenida disfrute de un verdadero acceso a la justicia, se beneficie de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas, y goce de condiciones de detención compatibles con el respeto debido a la dignidad de las personas⁸⁷. En este marco, la Corte estima que la norma que consagra la comunicación consular tiene un doble propósito: reconocer el derecho de los Estados de asistir a sus nacionales a través de las actuaciones del funcionario consular y, en forma paralela, reconocer el derecho correlativo de que goza el nacional del Estado que envía para acceder al funcionario consular con el fin de procurar dicha asistencia⁸⁸. El no haberlo garantizado dejó a las personas detenidas en una situación de desventaja, pues al ser un derecho de doble vía, el Estado de origen debe proporcionar una asistencia a sus nacionales que a su vez redundará en su propio beneficio frente a la defensa de sus derechos.

68. Por último, tampoco se le garantizó a las personas el acceso a un juez, que permitiera la revisión de la decisión de detención pues tan pronto como fueron detenidas las personas, fueron puestas a disposición de la autoridad administrativa de migración, sin constar que fueran puestas en el menor tiempo ante un juez. Por lo tanto, se contraviene la garantía dispuesta en el artículo 7.5 de la CADH. En contravención a la excepcionalidad de la detención en los casos de migración, la política tomada por Arcadia fue la de detener a todas las personas que tenían antecedentes penales para pasar a resolver su situación migratoria. En este caso corresponde a las autoridades policiales o administrativas demostrar si existieron razones o circunstancias legítimas para no haber puesto, sin demora, a la persona a disposición de las autoridades competentes⁸⁹.

⁸⁷ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-16/99 (párr. 169)

⁸⁸ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-16/99 (párr. 80)

⁸⁹ Corte IDH. Caso Fleury vs Haití (párr. 63).

69. Por los argumentos expuestos, el Estado es responsable de la violación de las garantías del artículo 7.1,7.3,7.4,7.5 y 7.6 de la CADH con respecto a las 808 personas wairenses que fueron detenidas arbitrariamente.

3.2.4) Protección a la familia y derechos del niño

70. El Estado vulneró los derechos del niño del artículo 19 de la CADH y la protección a la familia del artículo 17 de la CADH, como consecuencia de la separación familiar a la que fueron sometidos los niños y niñas en el proceso de deportación hacia EUT.

71. Los derechos del niño se encuentran consagrados en el artículo 19 de la CADH, esta norma constituye una obligación especial. Las medidas de protección de los derechos del niño son variadas, entre ellas se puede destacar la asistencia especial a los niños privados de su medio familiar y la garantía de supervivencia⁹⁰.

72. Por su parte, la protección a la familia se encuentra establecida en el artículo 17 de la CADH, además este se articula con el artículo VI de la Declaración Americana para conformar la protección a la familia, pues se reconoce que la familia es el elemento esencial de la sociedad. La Corte IDH ya ha señalado que este derecho implica no solo disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar, toda vez que el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida de familia⁹¹.

73. Bajo estos supuestos, dentro de los derechos del niño, está es el derecho a su familia biológica, incluyendo a los familiares más cercanos, la cual debe brindar la protección a la niña y

⁹⁰ Corte IDH. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala (párr. 196)

⁹¹ Corte IDH. Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia (párr. 226)

al niño y, a su vez, debe ser objeto primordial de medidas de protección por parte del Estado⁹². Según la Convención sobre los Derechos del Niño, la separación es aplicable a cualquier persona que tenga el derecho de custodia, los tutores legales o habituales, los padres adoptivos y las personas con las que el niño tenga una relación personal estrecha.⁹³

74. En materia de separación cuando un Estado adopta una decisión que involucra alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho de una niña o un niño, debe tomar en cuenta su interés superior y ajustarse rigurosamente a las disposiciones que rigen esta materia⁹⁴, por tanto, cualquier decisión relativa a la separación del niño debe estar justificada por el interés superior del niño. Las separaciones deben ser excepcionales y temporales⁹⁵.

75. Para el caso en concreto, se pueden identificar dos intereses en conflicto: 1) la facultad soberana del Estado de implementar una política migratoria propia y 2) el disfrute de la niña o niño de la unidad familiar.

76. Para que una restricción a un derecho sea permitida, debe cumplir con el requisito de legalidad, establecido por el artículo 30 de la CADH⁹⁶. Tanto en sentido formal como material.

77. Sin embargo, no existe una ley que contemple una restricción a los derechos del niño ni a la separación familiar. Por lo tanto, en el caso las autoridades administrativas al decidir sobre la deportación, debieron tomar en consideración las circunstancias del caso en concreto, evaluando los requisitos de a) idoneidad b) necesidad c) proporcionalidad. Circunstancia que no se tomó en

⁹² Corte IDH. Caso Fornerón e hija vs Argentina (párr. 119).

⁹³ ONU. Comité de los Derechos del Niño. Observación General No. 14 (párr. 60)

⁹⁴ ONU. Comité de los Derechos del Niño. Observación General No. 14 (párr. 65)

⁹⁵ Corte IDH. Caso Fornerón e hija Vs. Argentina (párr. 116).

⁹⁶ Corte IDH. Caso Castañeda Gutman Vs. Estados Unidos Mexicanos (párr. 176); Corte IDH. Opinión Consultiva OC-6/86 (párr. 27 y 32).

cuenta en la situación concreta, en primer lugar, por la inexistencia de una norma que contemple este supuesto y, en segundo lugar, por no haberse realizado un procedimiento de deportación como tal, sino una decisión arbitraria por parte del Presidente de la República mediante un decreto legislativo.

78. Por la razones anteriores, el Estado de Arcadia violó las garantías de los artículos 17 y 19 de la CADH en perjuicio de los niños que sufrieron separación familiar.

3.2.5) Igualdad ante la ley

79. El Estado de Arcadia vulneró el derecho a la igualdad ante la ley de las 808 personas wairenses, en razón a que estableció una ley que instituye un trato discriminatorio frente a ellas.

80. El derecho de la igualdad ante la ley se encuentra consagrado en el artículo 24 CADH. Este derecho hace parte del *jus cogens*⁹⁷. Por lo anterior, los Estados no pueden discriminar o tolerar situaciones discriminatorias en perjuicio de los migrantes. Sin embargo, el Estado puede otorgar un trato distinto a los migrantes documentados con respecto de los migrantes indocumentados, o entre migrantes y nacionales, siempre y cuando este trato diferencial sea razonable, objetivo, proporcional, y no lesione los derechos humanos⁹⁸. Por consiguiente, los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, eliminar las regulaciones de carácter discriminatorio, combatir las prácticas de este carácter y establecer normas y otras medidas que reconozcan y asegure la efectiva igualdad ante la ley de todas las personas⁹⁹.

⁹⁷ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18/03 (párr. 101); Corte IDH. Caso Yatama Vs. Nicaragua (párr. 184).

⁹⁸ Corte IDH. Caso Nadege Dorzema y otro Vs. República Dominicana (párr. 233)

⁹⁹ Corte IDH. Caso Vélez Loor Vs. Panamá (párr. 248)

81. La situación irregular de una persona en un Estado no es suficiente para que el Estado no respete y garantice el principio de la igualdad y no discriminación, puesto que, dicho principio tiene carácter fundamental y todos los Estados deben garantizarlo a sus ciudadanos y a toda persona extranjera que se encuentre en su territorio¹⁰⁰.

82. El derecho a las garantías y a la protección judicial se vulnera por varios motivos, entre ellos por el riesgo de la persona cuando acude a las instancias administrativas o judiciales de ser deportada, expulsada o privada de su libertad, y por la negativa de la prestación de un servicio público gratuito de defensa legal a su favor, lo cual impide que se hagan valer los derechos en juicio. Al respecto, el Estado debe garantizar que el acceso a la justicia sea no solo formal sino real¹⁰¹.

83. Según la jurisprudencia de la Corte IDH el Estado debe abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación *de jure* o *de facto*. Esto se traduce en la prohibición de emitir leyes, de dictar disposiciones civiles, administrativas o de cualquier otro carácter, así como de favorecer actuaciones y prácticas de sus funcionarios, en aplicación o interpretación de la ley que discriminen a determinado grupo de personas¹⁰².

84. Toda ley que tenga impacto discriminatorio sobre una categoría específica de personas, aun cuando no exista la intención discriminatoria, puede generar vulneración sobre el principio de la igualdad y no discriminación¹⁰³. La Corte ha reconocido la discriminación indirecta cuando se genere un impacto desproporcionado de las normas.

¹⁰⁰ Corte IDH. Opinión Consultiva OC- 16/99 (párr. 166)

¹⁰¹ Corte IDH. Opinión Consultiva OC- 16/99 (párr. 126)

¹⁰² Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18/03 (párr. 103).

¹⁰³ Corte IDH. Caso de Personas Dominicanas y Haitianas Expulsadas Vs. República Dominicana (párr.263).

85. En el caso concreto, la LRPC, establece un trato diferenciado injusto, pues ésta en su artículo 30 permite que en casos de ingresos masivos sea el Ministerio del Interior el que fije los lineamientos conforme a los cuales se llevará a cabo el procedimiento de su reconocimiento como refugiados. En los lineamientos establecidos por el Ministerio del Interior se estableció la posibilidad de detener a las personas que presentaran antecedentes penales con el fin de determinar cómo solucionar su situación migratoria.

86. Lo anterior, generó una situación *de jure* de desigualdad para las personas que presentaban antecedentes penales. Esta norma genera en materia regulatoria en Arcadia, una regla general de detención hacia los migrantes con antecedentes penales. Que, en el caso en concreto, repercutió en contra de su derecho al debido proceso, defensa y finalmente generó una decisión de expulsión. Esta misma Corte, ha recalcado la naturaleza punitiva del control de flujos migratorios, sin embargo, estas medidas se deben aplicar cuando sean estrictamente necesarias¹⁰⁴.

87. Las políticas migratorias cuyo eje central es la detención obligatoria de los migrantes irregulares, sin que las autoridades competentes ahonden en el caso particular, y mediante una evaluación individualizada, son arbitrarias. Pero, a parte de la arbitrariedad, también implican un tratamiento desigual de la ley, pues el proceso migratorio de los wairenses era incierto y distinto al proceso ordinario desarrollado en la LRPC.

88. En este sentido, se tiene en cuenta que esta diferencia de trato es discriminatoria, por no tener una relación de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin perseguido, en este caso el control de la migración para garantizar la seguridad y el orden público. Era posible establecer una medida menos gravosa mientras se definía la situación migratoria de las 808 personas

¹⁰⁴ Corte IDH. Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia (párr. 131).

wairesses; se puede establecer que existió una vulneración al derecho a la igualdad y no discriminación.

89. Por las razones anteriormente expuestas, el Estado de Arcadia es responsable de la violación de las garantías del artículo 24 de la CADH en perjuicio de las 808 personas wairesses que sufrieron un trato discriminatorio.

4) Petitorio

90. Con base en los argumentos expuestos a lo largo del presente memorial se solicita a la H. Corte Interamericana lo siguiente:

1. Desestimar las excepciones preliminares.
2. Declarar al Estado de Arcadia responsable por:
 - a) La violación de las garantías consagradas en los artículos 1.1, 2, 4,5; 7.1,7.3,7.4,7.5 y 7.6; 8; 22.8, 22.9, 24, 25 en perjuicio de las 808 personas wairesses que fueron deportadas.
 - b) La violación de las garantías consagradas en los artículos 17 y 19 en perjuicio de los niños que fueron separados de sus familias.
3. Que, se implementen medidas de rehabilitación, satisfacción, y garantías de no repetición a las víctimas de la deportación que sobreviven. Considerando para ello la restitución del daño y el pago de una indemnización por perjuicios materiales y morales.
4. Que se reconozca a los familiares de las víctimas de las desapariciones y los asesinatos una reparación económica por los daños morales sufridos.

5. Que se investigue a las autoridades migratorias que llevaron a cabo la detención de las 808 personas por actividad irregular.