

CONCURSO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS 2019

**Caso Gonzalo Belano y otras 807 personas wairenses
vs. República de Arcadia**

MEMORANDO DE LEY

Elaborado por:
Álvaro Botero Navarro

Con la colaboración de:
Daniela Reyes Rodriguez
Ivonne Garza
Mónica Oehler

**Washington College of Law
American University**

Washington DC, 2019

CONTENIDO

I. Contexto sobre migraciones masivas en el continente americano	3
II. Definiciones	8
1. <i>Migrante internacional</i>	8
2. <i>Migrante en situación irregular</i>	9
3. <i>Movimiento migratorio mixto</i>	9
4. <i>Solicitante de asilo</i>	9
5. <i>Refugiado</i>	10
6. <i>Principio de no devolución</i>	10
7. <i>Procedimiento para el reconocimiento de la condición de refugiado</i>	11
8. <i>Reconocimiento prima facie de la condición de refugiado</i>	11
9. <i>Cláusulas de exclusión</i>	12
III. Problemáticas centrales y estándares relevantes para el análisis del caso.....	12
1. <i>Facultad de los Estados para regular la migración en su territorio</i>	12
2. <i>Principio de igualdad y no discriminación, criminalización de migrantes.</i>	13
3. <i>Derecho a solicitar y recibir asilo</i>	17
a) Principio de no devolución.....	18
b) Reconocimiento de la condición de refugiado <i>prima facie</i>	21
c) Aplicación de cláusulas de exclusión a la condición de refugiado	21
4. <i>Derecho a la libertad personal y prohibición de detención arbitraria</i>	25
a) Legalidad, excepcionalidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad.....	25
b) Asesoría jurídica.....	26
c) Asistencia consular.....	27
d) Condiciones de detención.....	27
5. <i>Garantías judiciales en procedimientos migratorios y/o de expulsión</i>	28
6. <i>Derecho a la unidad familiar y principio de interés superior de niños, niñas y adolescentes</i>	30
7. <i>Derecho de acceso a la justicia</i>	31
a) El papel de los consulados y el acceso a la justicia transnacional.	32
8. <i>Reglas de admisibilidad en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos</i>	34
a) Regla del agotamiento previo de los recursos internos	36
b) Determinación de las víctimas del caso	36

I. Contexto sobre migraciones masivas en el continente americano

Durante los últimos años, los movimientos migratorios en el continente americano y a nivel mundial se han caracterizado por ser de naturaleza mixta y en muchos casos masivos. En este contexto se hace cada vez más difícil diferenciar entre los diferentes grupos de personas que hacen parte de lo que se denomina movimientos migratorios mixtos se dificulta cada vez más la distinción entre diferentes grupos de migrantes. La migración como fenómeno multicausal implica que las personas migran, de manera voluntaria o forzada, como respuesta a diferentes motivaciones de índole económica, social, política o ambiental o la convergencia de varias de estas.

A través de los años factores como la violencia generada por actores estatales y no estatales, violaciones masivas a los derechos humanos, los conflictos armados, la criminalidad organizada, la desigualdad, la pobreza, la falta de garantía de derechos económicos, sociales y culturales, la inestabilidad política, la corrupción, así como la inseguridad, los conflictos relativos a tierras y recursos naturales, el accionar de empresas y megaproyectos de desarrollo, diversas formas de discriminación, desastres naturales y los efectos del cambio climático han sido factores de expulsión determinantes en la migración de millones de personas. A su vez, también se evidencia la existencia de factores de atracción que promueven la migración de personas, entre los que se encuentran la posibilidad de tener mejores niveles de seguridad humana, menores niveles de violencia y criminalidad, mayor estabilidad política, reunificación familiar, mayores posibilidades para acceder a empleo, salud o educación, mayor acceso a servicios, condiciones climáticas más favorables, entre otros¹.

Personas que migran por diferentes motivaciones, a quienes pueden aplicarse diferentes marcos legales bajo el derecho internacional público, pueden converger en las mismas rutas e incluso usar los mismos medios de transportes, con el objetivo de llegar al mismo país de destino. Como consecuencia del endurecimiento de las políticas migratorias y de asilo, así como de la falta de canales regulares y seguros para migrar, los solicitantes de asilo, los refugiados y las personas con necesidades de protección complementaria suelen utilizar las mismas rutas que utilizan los migrantes en situación migratoria irregular. Estas rutas al ser clandestinas suelen exponer a estas personas a ser víctimas de abusos y violaciones a sus derechos humanos, así como a tener que recurrir a traficantes de migrantes y potencialmente a ser víctimas de diversas formas de trata de personas a lo largo de las diferentes etapas del proceso migratorio.

Durante los últimos años, se ha evidenciado un incremento en la migración forzada de personas a causa de la violencia y represión por parte de actores estatales y no estatales (tales como grupos paramilitares, parapoliciales y colectivos), la violencia del crimen organizado (pandillas o maras y carteles del narcotráfico) y la falta de acceso a los derechos humanos fundamentales en múltiples países y subregiones de las Américas. Estos factores suelen estar ligados a otros factores generadores de

¹ En este sentido, véase, Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), [Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: Normas y estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos](#), 31 de diciembre de 2015, párr. 4 y ss. También véase, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), [Movimientos migratorios mixtos cambian el perfil del asilo en las Américas](#), 9 de noviembre de 2010.

diversas formas de migración que han estado presentes a lo largo de la historia de la región, tales como la desigualdad, la pobreza, los conflictos armados, los proyectos de desarrollo a gran escala, así como los desastres naturales y los efectos del cambio climático.

Dentro de los principales desafíos de la región sigue encontrándose la migración forzada de personas originarias del Triángulo Norte de Centroamérica y México, debido principalmente a la violencia del crimen organizado y el narcotráfico y, en menor medida, persecución por parte de actores estatales o vinculados con el Estado. En los últimos meses de 2018 y los primeros de 2019, grupos de personas salieron, principalmente, de Honduras, pero también de El Salvador, Guatemala y Nicaragua en las denominadas “caravanas de migrantes”, las cuales se dirigían hacia países de Norteamérica – principalmente hacia Estados Unidos de América, pero también en gran medida a México – dándole más visibilidad mediática a un movimiento migratorio mixto que ha sido una característica constante de la región desde hace varios años. Una gran parte de las personas que integran las caravanas han declarado haber salido de sus países debido a un temor de persecución por parte de pandillas y redes de narcotráfico, expresando por lo tanto posibles necesidades de protección internacional.

Aunado a lo anterior, desde abril de 2018, la violenta represión por parte del Gobierno de Nicaragua de las protestas sociales en su contra ha forzado un gran número de personas nicaragüenses a desplazarse dentro de su propio país o huir a otros países en búsqueda de protección. Al respecto, para finales de septiembre, 40,386 personas habían manifestado necesitar protección internacional en Costa Rica. De esta cifra, de enero a septiembre 13,697 personas habían formalizado su solicitud de asilo por medio de una entrevista con las autoridades migratorias². Asimismo, se ha observado un incremento significativo en la salida a otros países y en las solicitudes de asilo de personas nicaragüenses, hacia otros países como Panamá, México, Estados Unidos y España³. Ante la ausencia de perspectivas de solución política en el corto plazo, es probable que el desplazamiento forzado de personas nicaragüenses continúe⁴.

Aunado a lo anterior, desde 2015 se ha observado un aumento dramático de personas de origen venezolano que se han visto forzadas a salir de su país como mecanismo de supervivencia, como consecuencia de la grave crisis política, económica y social que enfrenta Venezuela, y en particular de los efectos que vienen ocasionando la escasez de alimentos, medicamentos y tratamientos médicos. Por estas razones, muchas personas venezolanas han tenido que migrar a otro país en búsqueda de protección o para preservar derechos tales como la vida, salud, alimentación, entre otros.

Esta situación ha desencadenado en la mayor crisis de migración forzada en la historia reciente del continente americano y una de las mayores a nivel mundial en la actualidad. Según las estimaciones del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) y la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) contenidas en Plan Regional de Respuesta para Migrantes y

² CIDH, [Observaciones preliminares sobre la visita de trabajo para monitorear la situación de personas nicaragüenses que se vieron forzadas a huir de Costa Rica](#), 1 de noviembre de 2018.

³ CIDH, [CIDH expresa preocupación por situación de personas migrantes y refugiadas nicaragüenses y llama a los Estados de la región a adoptar medidas para su protección](#), 15 de agosto de 2018.

⁴ Ver CIDH, [Observaciones preliminares sobre la visita de trabajo para monitorear la situación de personas nicaragüenses que se vieron forzadas a huir a Costa Rica](#), 01 Noviembre 2018.

Refugiados Venezolanos (RMRP), la cifra de migrantes y refugiados venezolanos pasó de 123.406 a finales de 2015 a un estimado de 3.314.195 millones para diciembre de 2018, de los cuales 460,000 son niños, y la mayoría de ellos necesitan alguna forma de asistencia, sin que existan previsiones de retorno a corto o mediano plazo. Asimismo, las proyecciones indican que para finales de 2019 otros 2 millones de venezolanos podrían abandonar su país, con lo que su número total en la región puede llegar a los 5.384.876 millones de personas⁵. Adicionalmente, de acuerdo con cifras del ACNUR, dentro del periodo de 2014 a finales de noviembre de 2018, se contabilizaban 375,174 solicitudes de asilo de personas venezolanas, al tiempo que se registraban 958,965 personas venezolanas que optaron por otras alternativas migratorias para su estancia legal en otros países⁶. La mayor parte de los migrantes y refugiados de Venezuela han llegado a Colombia. Si bien muchos se han quedado ahí, otros han seguido con su travesía, en especial con destino a Ecuador y Perú. Por su parte, Brasil también se ha convertido en un país de destino importante⁷.

Otros movimientos migratorios tienen que ver con las personas cubanas. Al respecto, es importante mencionar que después de 24 meses de permanencia en el exterior, una persona cubana corre la amenaza de ser considerada emigrada. En este sentido, la imposibilidad de regresar a su país impide a las personas cubanas gozar de una nacionalidad efectiva, además de situarlas en una situación de vulnerabilidad al no encontrarse de manera regular en el país en el que se encuentran ni poder regresar al suyo⁸. Al respecto, desde 2017 se ha cancelado la política de “pies secos, pies mojados”, que permitía a las personas cubanas quedarse y convertirse en residentes permanentes en Estados Unidos después de un año si llegaban por tierra, asimismo, Cuba se comprometió en 2016 a aceptar la devolución de sus ciudadanos desde México que cumplieran con ciertos requisitos⁹. Adicionalmente, se han observado distintos riesgos en la ruta que tienen que seguir, principalmente en el municipio de Turbo, cerca del Tapón de Darién en Colombia¹⁰, su tránsito por México y los viajes que realizan por el mar.

La respuesta de los países de la OEA a los retos planteados por los movimientos migratorios mencionados ha sido de diversa índole. Por un lado, algunos países de la región han reaccionado para brindar protección y asistencia a las personas migrantes y refugiadas venezolanas, a pesar de las dificultades creadas por la gestión de un flujo migratorio masivo. En particular, en 2018, se dieron importantes avances en la elaboración de marcos normativos que tuvieron como objetivo específico de garantizar la regularización migratoria de ciudadanos venezolanos en sus países de acogida. En febrero de 2018, por ejemplo, el Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia extendió el plazo para acceder al Permiso Especial de Permanencia (PEP), creado en julio de 2017 para los ciudadanos venezolanos que cumplan con ciertos criterios¹¹. De la misma forma, el Gobierno peruano introdujo el Permiso Temporal de Permanencia (PTP) para ciudadanos venezolanos que hayan ingresado al país

⁵ Coordination Platform for Refugees and Migrants from Venezuela, [Regional Refugees and Migrants Response Plan for Venezuela](#), 14 de Diciembre de 2018.

⁶ UNHCR Operational Portal, [Venezuela Situation](#).

⁷ ACNUR y OIM, [Se lanza Plan de Emergencia para refugiados y migrantes de Venezuela](#), 14 de Diciembre de 2018.

⁸ CIDH, [Informe Anual 2017, Capítulo IV.B Cuba](#), pág. 671, 672.

⁹ CIDH, [Informe Anual 2017, Capítulo IV.B Cuba](#), pág. 671, 672.

¹⁰ CIDH, [CIDH expresa profunda preocupación por situación de migrantes en Colombia, cerca de la frontera de Panamá](#), 8 de agosto de 2016.

¹¹ Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, [Resolución 0316 de 2018](#), 08 Febrero 2018.

antes del 31 de octubre de 2018¹². Brasil, por su parte, introdujo una autorización de residencia para migrantes que sean nacionales de países fronterizos que no sean miembros de MERCOSUR - en la práctica dirigida a las personas venezolanas. Por su parte, el Estado de Chile creó la figura de la Visa de Responsabilidad Democrática para ciudadanos venezolanos. A la vez, los países mencionados han destinado ingentes recursos económicos para garantizar que los migrantes y refugiados venezolanos presentes en su territorio tengan acceso a asistencia humanitaria y servicios básicos. De la misma forma, el Estado de Costa Rica ha mantenido una política de puertas abiertas hacia los miles de nicaragüenses que han ingresado a su territorio huyendo de la represión política, coordinando con ACNUR y OIM en aras de garantizar los derechos humanos de las personas con necesidades de protección internacional, y trabajando en alianza con organizaciones de la sociedad civil y otros organismos internacionales para brindar información a las personas sobre los procedimientos de protección internacional y orientación sobre la forma de acceder a los servicios de salud y educación¹³.

Por otra parte, sin embargo, las personas migrantes y con necesidades de protección internacional (solicitantes de asilo, refugiados, personas con necesidad de protección complementaria y apátridas) siguen siendo víctimas de múltiples violaciones a derechos humanos y enfrentan vacíos de protección en diferentes países de la región. En primer lugar, ante la falta de canales legales, regulares y seguros para migrar, muchas personas – incluyendo a las personas que cumplirían con los criterios para ser reconocidas como refugiadas – no tienen otra opción que recurrir a los canales clandestinos que provee la migración irregular, a través de riesgosas rutas terrestres y marítimas. En muchas ocasiones, además, estas personas desconocen sus derechos como migrantes o como personas con necesidades de protección internacional. Adicionalmente, muchas de las personas que conforman los movimientos migratorios de la región se encuentran en situaciones de especial vulnerabilidad, las cuales requieren ser abordadas desde un enfoque diferenciado y la adopción de medidas específicas de protección.

Asimismo, también se observa que varios países de la región tendencias dirigidas al endurecimiento de políticas migratorias y de asilo, tales como el cierre de fronteras a solicitantes de asilo y personas con posibles necesidades de protección internacional, la creación y ampliación de centros de detención migratoria, el énfasis en procedimientos de deportación expedita sin las garantías del debido proceso y del acceso a la justicia, así como políticas que producen el estigma, la discriminación y criminalización de los migrantes o a cualquier persona percibida como migrante, en particular las personas latinas y musulmanas, son muy preocupantes e indican la necesidad de monitorear de manera cercana la situación.

En particular, los continuos retrocesos en materia migratoria en Estados Unidos como una situación de particular preocupación, dada la posición histórica del país como primer país receptor de migrantes y refugiados en el mundo, y en vista de los efectos en cadena que estos cambios tienen sobre los otros países de la región. Durante 2017 y 2018, en Estados Unidos se ha observado la adopción de diversas medidas dirigidas hacia un aumento en la detención y deportación de migrantes, incluyendo a los niños, niñas y adolescentes, así como nuevos obstáculos para acceder al territorio y al sistema de

¹² Presidencia de la República de Perú, Decreto Supremo N. 001-2018-IN, Enero 2018.

¹³ CIDH, Observaciones preliminares sobre la visita de trabajo para monitorear la situación de personas nicaragüenses que se vieron forzadas a huir a Costa Rica, 01 Noviembre 2018.

determinación de la condición de persona refugiada del país. La política de “tolerancia cero” hacia la migración irregular adoptada el 6 de abril de 2018¹⁴, establecía que todas las personas que cruzaran la frontera ilegalmente serían procesadas, implicó que miles de niños y niñas fueran separados de sus padres y madres y mantenidos en detención en la espera de una solución de acogida de mediano plazo. Aunque la política de separación familiar fue suspendida, muchos niños permanecen en detención sin que haya sido posible reunirlos con sus padres, que en algunos casos han sido deportados de regreso al país de origen¹⁵.

Mientras las “caravanas” de migrantes y solicitantes de asilo avanzaban en su ruta hacia Estados Unidos en octubre de 2018, además, el gobierno del país anunció que cerraría su frontera sur para impedir la entrada del grupo de migrantes¹⁶. Adicionalmente, Estados Unidos envió más de 5,000 soldados a la frontera¹⁷ al considerarla una amenaza para la soberanía y seguridad nacionales. Asimismo, el 26 de noviembre, agentes de la Oficina de Aduanas y Protección Fronteriza de Estados Unidos lanzaron gases lacrimógenos contra integrantes de las caravanas, incluyendo niños, que intentaban cruzar a Estados Unidos.¹⁸

Por otra parte, el 20 de diciembre de 2018, se anunció la promulgación de los Protocolos de Protección de Migración, bajo el cual Estados Unidos comenzaría a regresar a México a las personas que ingresan al país, regular o irregularmente, para continuar sus trámites migratorios¹⁹. Dicho acuerdo podría implicar violaciones del principio de no devolución y exponer a las personas solicitantes de asilo a abusos de derechos humanos en territorio mexicano por parte de carteles de narcotráfico y otros grupos criminales.

Asimismo, el contexto de discriminación racial estructural en contra de personas de ascendencia haitiana en República Dominicana ha impactado particularmente en el reconocimiento de la nacionalidad, y en deportaciones y expulsiones, entre otras situaciones. Las dificultades y obstáculos que enfrentan los hijos de migrantes haitianos nacidos en territorio dominicano para ser registrados y contar con la documentación que pruebe su nacionalidad dominicana, en aplicación del principio de *jus soli*, se agravaron como consecuencia de la Sentencia TC/0168/13 del Tribunal Constitucional de República Dominicana, que causó la privación arbitraria de la nacionalidad dominicana de miles de personas, dejando apátridas a personas en su mayoría de ascendencia haitiana.

Por último, la migración haitiana hacia otros países de la región como República Dominicana, Brasil,

¹⁴ United States Department of Justice, [Attorney General Announces Zero-Tolerance Policy for Criminal Illegal Entry](#), 6 Abril 2018. Ver también CIDH, [CIDH expresa preocupación por las recientes políticas y medidas de migración y asilo de Estados Unidos](#), 18 Junio 2018.

¹⁵ The New York Times, [Más de 450 padres inmigrantes podrían haber sido deportados sin sus hijos](#), 25 Julio 2018; La Opinión, [Aumentan pedidos de padres deportados por la salida voluntaria de niños inmigrantes](#), 30 Agosto 2018.

¹⁶ El Espectador, [Trump amenazó con cerrar frontera sur con México por caravana de migrantes](#), 18 Octubre 2018; ABC, [Trump amenaza con cerrar la frontera con México para frenar la caravana de inmigrantes](#), 18 Octubre 2018.

¹⁷ The New York Times, [Trump sending 5,200 troops to the Border in an Election-Season Response to Migrants](#), October 29, 2018.

¹⁸ The New York Times, [Border Agents Shot Tear Gas Into Mexico. Was It Legal?](#), November 28, 2018.

¹⁹ Department of Homeland Security, [Press Release: Secretary Kirstjen M. Nielsen Announces Historic Action to Confront Illegal Immigration](#), December 20, 2018; NBC News, [DHS to begin returning asylum-seekers at border to Mexico to await decisions](#), December 20, 2018; Mexico News Daily, [Mexico will take back migrants awaiting asylum after US changes policy](#), December 20, 2018.

Chile, Estados Unidos y México no ha disminuido. Si bien el terremoto de 2010 marcó un momento importante, la falta de mejora significativa en las condiciones de vida y la reciente inestabilidad política del país han derivado en una migración que permanece constante y que ahora se enfrenta además a políticas migratorias restrictivas que limitan su movilidad en los distintos países de la región. Entre los desafíos legales más importantes que el día de hoy afectan a la diáspora haitiana se destacan los siguientes: la implementación de la Ley 169-14²⁰ y el Plan Nacional de Regularización de Extranjeros²¹ en República Dominicana, creadas en respuesta a la presión internacional que surgió tras la emisión de la Sentencia 168-13 del Tribunal Constitucional dominicano con el objetivo de dar solución a la situación de personas privadas de su nacionalidad; la decisión del gobierno de Donald Trump en Estados Unidos de dar fin al programa de Estatus de Protección Temporal para Haití²², que afecta a aproximadamente 60,000 personas; y el Plan Humanitario de Regreso Ordenado al país de origen de Ciudadanos Extranjeros²³ recientemente adoptado en Chile para el regreso exclusivo de personas de origen haitiano que se encuentran actualmente en dicho país.

Cabe destacar que, durante 2018, se llevaron a cabo a nivel internacional dos procesos de suma importancia para los temas de movilidad humana, relacionados respectivamente con la elaboración de un Pacto Mundial sobre Refugiados y un Pacto Mundial para una Migración Segura, Regular y Ordenada. El primer acuerdo fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el día 17 de diciembre de 2018, con el voto contrario de Estados Unidos y la abstención de República Dominicana. Con respecto al Pacto Mundial para una Migración Segura, Regular y Ordenada, el acuerdo fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el día 19 de diciembre de 2018. Según la información públicamente disponible, todos los países de la OEA adoptaron este pacto con la excepción de Estados Unidos, Chile y República Dominicana²⁴, mientras que la administración entrante de Brasil anunció su voluntad de salirse del acuerdo en cuanto tome posesión en enero de 2019²⁵.

II. Definiciones

1. *Migrante internacional*

Si bien no existe una definición dentro del derecho internacional con relación al término migrante internacional, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha entendido por tal a toda

²⁰ Presidencia de la República Dominicana, [Ley 169-14](#). Para mayor detalle sobre los avances en la implementación de la Ley 169-14, véase Junta Central Electoral, [Beneficiarios de la Ley 169-14](#).

²¹ Véase Ministerio de Interior y Policía de República Dominicana, [Plan Nacional de Regularización de Extranjeros](#).

²² The Guardian, [Flee or hide: Haitian immigrants face difficult decisions under Trump](#), 30 de octubre de 2018. Para mayor detalle sobre el programa y los tiempos para su terminación véase United States Citizen and Immigration Services, [Temporary Protected Status Designated Country: Haiti](#).

²³ Ministerio del Interior y Seguridad Pública de Chile, [Plan Humanitario de Regreso Ordenado al país de origen de Ciudadanos Extranjeros](#), Resolución 5744 EXENTA, 26 de octubre de 2018.

²⁴ Ver por ejemplo Univisión Noticias, [164 países adoptan en Marruecos, sin Estados Unidos, el primer Pacto mundial para la migración](#), 10 Diciembre 2018; BBC, [Por qué Chile y República Dominicana rechazaron el pacto mundial sobre migración de la ONU](#), 11 Diciembre 2018.

²⁵ Ver por ejemplo El Mundo, [Brasil abandonará el Pacto Mundial Para la Migración de la ONU en cuanto Bolsonaro asuma el gobierno](#), 11 Diciembre 2018.

persona que se encuentre por fuera del Estado del cual es nacional.²⁶ Por su parte, la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), además de adherirse a la definición anterior, agrega que este carácter se adquiere con independencia de la situación jurídica de la persona en el país de destino, el carácter voluntario o involuntario del desplazamiento, las causas del mismo o la duración de su estancia.²⁷

2. Migrante en situación irregular

Se refiere a aquellos migrantes que ingresaron de manera irregular al territorio de un Estado del que no son nacionales o en el cual han permanecido más allá del tiempo para el cual estaban autorizados.²⁸

La CIDH ha recomendado a los Estados utilizar este término con el fin de evitar el uso de otros como “ilegal” o “migrante ilegal”, ya que éstos refuerzan la criminalización y el estereotipo falso y negativo de que los migrantes, por el simple hecho de encontrarse en situación irregular, son criminales.²⁹

3. Movimiento migratorio mixto

Este término hace relación a los movimientos migratorios que se originan por diversas causas y se caracterizan por ser movimientos de población complejos que comprenden diferentes grupos de personas que se encuentran en el contexto de la migración internacional, tales como migrantes por causas económicas o ambientales, migrantes en situación regular o irregular, solicitantes de asilo o refugiados, víctimas de trata, niños, niñas o adolescentes no acompañados o separados de sus familias, personas que migran como consecuencia de desastres naturales o por los efectos del cambio climático, así como otras personas con necesidades de protección. En algunos casos, a lo largo del proceso migratorio concurren entre los migrantes diferentes categorías de las señaladas anteriormente, por ejemplo, personas que a lo largo de su proceso migratorio terminan siendo convertidas en víctimas de delitos, como la trata de personas con fines de explotación sexual, laboral u otro tipo de explotación.³⁰

4. Solicitante de asilo

Este término se utilizar para designar a la persona que solicita el reconocimiento de la condición de refugiado y cuya solicitud todavía no ha sido evaluada de forma definitiva en el país de acogida.³¹

²⁶ CIDH. Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: Normas y Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II.Doc. 46/15, 321 de diciembre de 2015, párr. 124

²⁷ OIM. ¿Quién es un migrante? Página web disponible en: <https://www.iom.int/es/quien-es-un-migrante>. Fecha de consulta, 22 de febrero 2019.

²⁸ CIDH. Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: Normas y Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II.Doc. 46/15, 321 de diciembre de 2015, párr. 125

²⁹ CIDH, [Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: Normas y estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos](#). 31 de diciembre de 2015, párr. 125.

³⁰ CIDH, [Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: Normas y estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos](#). 31 de diciembre de 2015, párr. 139; y CIDH. Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 48/13 30 de diciembre 2013, pie de página 45.

³¹ CIDH. Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: Normas y Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II.Doc. 46/15, 321 de diciembre de 2015, párr. 132.

5. *Refugiado*

La Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (1951), modificada por el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados (1967) establece la primera definición universal del término. En este sentido, se entiende como tal a la persona que, debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentra fuera del país de su nacionalidad; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose fuera del país donde tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él.³²

Sin embargo, la Declaración de Cartagena sobre Refugiados (1984) amplió esta definición en busca de adecuarla de mejor manera a los retos y particularidades del continente americano. En este sentido, en dicho documento se establece que, además de los elementos contenidos en la Convención y el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, debía considerarse también como refugiados a las personas que han huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público.

La CIDH, en concordancia con los lineamientos establecidos por el ACNUR, ha determinado que una persona es refugiada tan pronto como reúne los requisitos enunciados en la definición tradicional o ampliada, lo que necesariamente ocurre antes de que se determine formalmente su condición. Esto tiene como consecuencia que sea posible determinar que la condición de refugiado no tiene un carácter constitutivo, sino declarativo. Es decir, no se adquiere la condición de refugiado en virtud del reconocimiento, sino que se le reconoce tal condición por el hecho de ser refugiado.³³

6. *Principio de no devolución*

En el ámbito del Sistema Interamericano, dicho principio se encuentra regulado en el artículo 22.8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en los siguientes términos: “En ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas.”

Lo anterior supone que se busca sustraer a la persona de una situación de riesgo a través de la prohibición de someterla a cualquier tipo de procedimiento de expulsión hacia su país de origen o un tercer país desde el cual pueda ser subsecuentemente devuelto.³⁴

Órganos del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho de los refugiados coinciden en que el principio de no devolución es la piedra angular de la protección internacional a los refugiados,

³² CIDH. Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: Cuarto Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias. OEA/Ser.L/V/II.117 Doc. 1 rev. 1, 7 de marzo de 2003, párr. 101.

³³ CIDH, [Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: Normas y estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos](#). 31 de diciembre de 2015, párr. 131; ACNUR. Manual y Directrices sobre Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado. 1979, párr. 28.

³⁴ Corte IDH, 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. Serie A No. 21, párr. 208

³⁵ y la Corte IDH lo ha considerado como una norma de carácter *jus cogens*.³⁶

7. Procedimiento para el reconocimiento de la condición de refugiado

Se trata de un examen que realizan las autoridades facultadas para determinar si la persona que presentó una solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado o expresó de alguna manera su necesidad de acogerse a la protección internacional, puede ser considerada como refugiada. Este análisis consiste en constatar que su situación se apega a los criterios contenidos en la definición de refugiado que resulte aplicable.³⁷

Los Estados suelen establecer los procedimientos internos para el reconocimiento de la condición de refugiado a través de normas de leyes, en donde se detallan las autoridades encargadas de sustanciar los procedimientos, los plazos, aspectos a evaluar, recursos para impugnar decisiones desfavorables, derechos de los solicitantes y refugiados, entre otros aspectos. Además de seguir lo establecido en las leyes internas, los Estados deben tomar en cuenta los lineamientos establecidos por el ACNUR respecto a las obligaciones que se derivan de la Convención de 1951.

Sin perjuicio de lo anterior, los Estados tienen también la posibilidad de delegar al ACNUR la facultad de determinar la condición de refugiado dentro de su territorio. Este tipo de procesos se rigen por las *Normas procedimentales para determinar la condición de refugiado bajo el mandato de ACNUR*.

8. Reconocimiento *prima facie* de la condición de refugiado

Si bien, las solicitudes de reconocimiento de la condición de refugiado se rigen, por regla general, por el procedimiento y plazos establecidos por los Estados o el ACNUR, existen situaciones excepcionales en las que grupos enteros son desplazados, se presenta una extrema urgencia de prestar asistencia a las personas y, debido a las características del movimiento migratorio, es imposible proceder individualmente a la determinación de la condición de refugiado de cada miembro del grupo.³⁸

En este sentido, las autoridades suelen recurrir a la “determinación colectiva” de la condición de refugiado, mediante la cual se admite que, con base en las circunstancias evidentes y objetivas del país de origen, cada integrante del grupo podría ser reconocido individualmente como refugiado y se les otorga a todos tal calidad *prima facie* (o en principio). Esta determinación admite prueba en contrario, es decir, que sugiera que un individuo no debe ser considerado como refugiado.³⁹

³⁵ 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, Párr. 5; Corte IDH. 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. Serie A No. 21, párr. 209

³⁶ De acuerdo con el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, se cataloga como *jus cogens* a toda “norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”.

³⁷ ACNUR, La determinación del estatuto de refugiado, ¿cómo identificar a un refugiado? Módulo autoformativo No. 2, 1 de septiembre de 2005, pág. 10.

³⁸ ACNUR. Directrices sobre protección internacional No. 11 “Reconocimiento *prima facie* de la condición de refugiado”, HCR/GIP/15/11, 24 de junio de 2015, párr. 4.

³⁹ ACNUR. Directrices sobre protección internacional No. 11 “Reconocimiento *prima facie* de la condición de refugiado”, HCR/GIP/15/11, 24 de junio de 2015, párr. 4 y 18.

Sobre este punto se abundará más en la *sección III. 3 inciso a)* de este documento.

9. Cláusulas de exclusión

Se trata de supuestos establecidos en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (1951) o sus equivalentes en las leyes nacionales, mediante los cuales los Estados están autorizados a negar los beneficios de la condición de refugiado a personas que cumplen con los elementos de la definición de refugiado, pero que se considera que no son merecedoras de la protección internacional.

De acuerdo con lo establecido por el ACNUR en sus *Directrices sobre protección internacional “La aplicación de las cláusulas de exclusión: El artículo 1F de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados*, “El propósito primario de estas cláusulas es privar a los culpables de atrocidades y delitos comunes graves de la protección internacional normalmente brindada a los refugiados. Con ello se impediría que tales personas abusen de la institución del asilo para evadir la rendición de sus cuentas ante la justicia.”⁴⁰

En este sentido, y como se menciona en el documento de ACNUR citado, la regulación de las cláusulas de exclusión se encuentra prevista en el artículo 1F de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, que textualmente establece:

“F. Las disposiciones de esta Convención no serán aplicables a persona alguna respecto de la cual existan motivos fundados para considerar:

- a) Que ha cometido un delito contra la paz, un delito de guerra o un delito contra la humanidad, de los definidos en los instrumentos internacionales elaborados para adoptar disposiciones respecto de tales delitos;*
- b) Que ha cometido un grave delito común, fuera del país de refugio, antes de ser admitida en él como refugiada;*
- c) Que se ha hecho culpable de actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas.”*

Su aplicación, límites y excepciones serán abordados a profundidad en la *sección III.3 inciso d)*, de este escrito.

III. Problemáticas centrales y estándares relevantes para el análisis del caso

1. Facultad de los Estados para regular la migración en su territorio

En los hechos del caso no se hace una referencia explícita ni existen indicios que permitan suponer que alguna de las partes cuestiona la facultad de los Estados para regular la migración en su territorio. Sin embargo, es relevante no perder de vista este aspecto, ya que se trata de la base sobre la cual los países elaboran sus políticas migratorias.

En este sentido, resulta fundamental recordar que los órganos del Sistema Interamericano han reconocido de manera recurrente que los Estados cuentan con una potestad para determinar sus

⁴⁰ ACNUR. *Directrices sobre protección internacional “La aplicación de las cláusulas de exclusión: El artículo 1F de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados”*, HCR/GIP/03/05, 4 de septiembre de 2003, párr. 2.

políticas migratorias, los mecanismos de control de ingreso a su territorio,⁴¹ así como las normas relacionadas con la concesión de su nacionalidad.⁴²

No obstante lo anterior, también ha señalado que dicha facultad no es totalmente discrecional, sino que se encuentra limitada por la necesidad de “un apego estricto a las garantías del debido proceso y al respeto de la dignidad humana, cualquiera que sea la condición jurídica del migrante”⁴³ y además, en el caso de la nacionalidad, por el deber de los Estados “de brindar a los individuos una protección igualitaria y efectiva de la ley y sin discriminación y, por otro lado, por su deber de prevenir, evitar y reducir la apatridia”.⁴⁴

Así, es posible desprender que los Estados tienen la obligación de adecuar sus políticas migratorias de manera que sean compatibles con sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos.⁴⁵ Esta obligación se extendería hasta abarcar los derechos de solicitantes de asilo y refugiados, y supondría que los Estados tienen la obligación de establecer políticas que contemplen medidas de identificación y reconocimiento de las necesidades de protección internacional de las personas.

Sobre este punto se espera que los equipos participantes analicen o expongan los siguientes puntos:

- Que la potestad del Estado para regular la migración en su territorio no es absoluta y se encuentra limitada por el respeto a los derechos humanos de los solicitantes de asilo y refugiados.
- Establecer si la política migratoria con la que Arcadia hizo frente a la caravana migrante fue acorde a las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos y derecho internacional de los refugiados.

2. Principio de igualdad y no discriminación, criminalización de migrantes.

En los párrafos 24 y 25 de los hechos del caso se establece que, en el ámbito social de Arcadia existieron diversas manifestaciones racistas y xenófobas en contra de las personas provenientes de Puerto Waira. Entre otras actividades, dichas manifestaciones incluyeron las siguientes: declaraciones hechas por actores políticos de Arcadia señalando que las personas wairenses eran responsables de la falta de empleos en dicho país, así como del aumento de la criminalidad; la expansión de noticias falsas en contra de las personas refugiadas y en el uso de calificativos como “pandilleros”, “criminales”, “ilegales”, “cucarachas” o “escoria”; marchas y denuncias públicas exigiendo la deportación de las personas que tuvieron participación o formaron parte de pandillas en Puerto Waira. Al respecto, se

⁴¹ Corte IDH. Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C No. 218, párrafo 97.

⁴² Corte IDH. Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984. Serie A No. 4, párr. 39.

⁴³ Corte IDH. Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C No. 218, párrafo 100.

⁴⁴ Corte IDH. Caso de las niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130, párr. 140.

⁴⁵ International Commission of Jurists, [Migration and International Human Rights Law. A Practitioner' Guide](#), No. 6, 2014, p. 50.

señala que el Estado inició campañas de sensibilización para evitar la discriminación en contra de las personas que sí fueron reconocidas como refugiadas.

Sobre la prohibición a la discriminación y su derivación del principio de igualdad es importante recordar que ambos constituyen uno de los pilares básicos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En este sentido, han sido considerados por la Corte IDH como una norma imperativa de derecho internacional o *jus cogens*⁴⁶ puesto que “sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio jurídico que permea todo ordenamiento jurídico”⁴⁷.

La importancia del principio de igualdad y no discriminación radica en que, en palabras de la Corte, “se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derecho que sí se reconocen a quienes no se consideran incurso en tal situación de inferioridad”.⁴⁸

Asimismo, la Corte considera que existen diferencias entre los conceptos de discriminación y diferencia de trato justificada.

Al respecto, considera como discriminatoria “toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas”.⁴⁹

Por otro lado, la Corte considera que existen casos en los cuales la diferencia de trato no necesariamente implica discriminación. Esto es así “siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana.”⁵⁰ Un buen ejemplo de ello es el trato que se le da a los niños, niñas y adolescentes, al señalar sus intereses como una cuestión que tiene prioridad sobre cualquier otra consideración.

Los órganos del SIDH también han establecido la relación indisoluble entre la obligación de respetar

⁴⁶ Véase nota al pie número 36.

⁴⁷ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18/03. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes indocumentados, 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 101.

⁴⁸ Corte IDH. Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984. Serie A No. 4, párr. 55.

⁴⁹ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18/03. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes indocumentados, 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 92.

⁵⁰ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18/03. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes indocumentados, 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 91.

y garantizar los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación.⁵¹ Esto supone que, en la práctica, que los Estados se encuentran obligados a respetar y garantizar los derechos humanos a todas las personas sin discriminación de ningún tipo, incluyendo el estatus migratorio. Al respecto, la Corte sostiene que “esta obligación general de respetar y garantizar el ejercicio de los derechos tiene un carácter *erga omnes*. Dicha obligación se impone a los Estados, en beneficio de los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones, e independientemente del estatus migratorio de las personas protegidas. La mencionada obligación alcanza la totalidad de los derechos contemplados por la Convención Americana y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.”

Para cumplir con la obligación anteriormente enunciada, la Corte identifica dos conductas que deben ser adoptadas por los Estados:

- La abstención de realizar acciones “que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de *jure* o de *facto*.” Lo cual, según la propia Corte, “se traduce en la prohibición de emitir leyes, en sentido amplio, 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 personas en razón de su raza, género, color, u otras causales”⁵², como el estatus migratorio de las personas.
- La obligación de adoptar medidas positivas, “para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de un determinado grupo de personas”.⁵³

De acuerdo con estos estándares, la criminalización de las personas migrantes constituye una forma de discriminación, en tanto se trata de prácticas de exclusión hacia un grupo social en particular que contribuyen a crear una incorrecta asociación entre la migración irregular y la delincuencia.⁵⁴

Desde un aspecto teórico, la criminalización de las personas migrantes se origina cuando un Estado comienza a establecer relaciones estrechas entre las prácticas, leyes y políticas de derecho penal y del derecho de las migraciones.⁵⁵ Esto, en la práctica, deriva en una actitud de persecución a través de un trato duro e inflexible hacia las personas migrantes irregulares con el fin de desincentivar su entrada a determinado país.

En principio, estas relaciones entre las normas de derecho penal y de derecho de las migraciones pueden ser implementadas en dos sentidos, mismos que no necesariamente son excluyentes:

⁵¹ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18/03. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes indocumentados, 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 95.

⁵² Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18/03. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes indocumentados, 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 103.

⁵³ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18/03. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes indocumentados, 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 104.

⁵⁴ Informe de la Relatora Especial de la ONU sobre los Derechos Humanos de los Migrantes, Gabriela Rodríguez Pizarro, E/CN.4/2003/85, 3 de diciembre de 2002.

⁵⁵ JOAO GUIA, Maria et. al, Social Control and Justice. Crimmigration in the Age of Fear, Eleven International Publishing, Netherlands, 2013, págs. 7 y 8.

- La relevancia cada vez mayor de categorías de derecho penal dentro de las regulaciones sobre migración. Un ejemplo de ello serían las normas que establecen la pérdida del estatus migratorio regular y/o residencia para las personas que cometan un delito dentro del Estado en que se encuentra.
- El uso de normas, procesos y tipos penales como una manera de sancionar la migración irregular. Este apartado incluye la tipificación como delitos de ciertas conductas como la entrada irregular a un territorio o su “reincidencia”, el vencimiento de una autorización de residencia, así como la creación de normas que sancionan el matrimonio que tiene como finalidad la obtención de beneficios migratorios.

En un sentido similar, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha identificado el uso generalizado de la detención migratoria y de deportaciones sumarias como algunas de las medidas adoptadas por los Estados que generan un proceso de criminalización en contra de las personas migrantes irregulares,⁵⁶ la cuales toman como base, principalmente, el argumento de protección a la seguridad nacional.

Al respecto, mecanismos especiales de la Organización de las Naciones Unidas han sostenido que “tipificar como delito la entrada por vías irregulares en el territorio de un Estado trasciende el interés legítimo de los Estados de controlar y regular la inmigración *ilegal* (SIC) y da lugar a detenciones innecesarias”.⁵⁷

En este sentido, para que una política no resulte en criminalización hacia la migración irregular, la misma debería partir de una presunción de libertad, lo que implica un respeto irrestricto al principio de excepcionalidad de la detención y donde las infracciones migratorias no se encuentren reguladas en el marco del derecho penal.⁵⁸

De esta forma, se espera que los equipos participantes presenten argumentos o análisis respecto a los siguientes puntos:

- Determinar si las medidas adoptadas por el Estado fueron suficientes para garantizar el derecho a la igualdad y no discriminación de todas las personas provenientes de Puerto Waira (esto incluye a quienes fueron reconocidos como refugiados y a las personas excluidas de dicha protección que posteriormente fueron deportadas a Tlaxcochitlán.)
- Analizar la existencia de un contexto de criminalización de la migración en Arcadia tomando en cuenta los siguientes elementos: i) Que dicho Estado no sanciona la entrada irregular a su territorio (ver párrafo 11 de los hechos del caso); ii) Que se utilizan medidas de detención migratoria, con causales limitadas para su procedencia (ver respuesta aclaratoria 11); iii) Que

⁵⁶ CIDH. Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: Normas y Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II.Doc.46/15, 31 de diciembre de 2015, pág. 16.

⁵⁷ Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, François Crépeau A/HRC/20/24, 2 de abril de 2012.

⁵⁸ CIDH. Derechos Humanos de los Migrantes y otras Personas en el Contexto de la Movilidad Humana en México, OEA/Ser.L/V/II.Doc.48/13, 30 de diciembre de 2013, págs. 41-43.

los antecedentes penales de una persona inciden en su estatus migratorio, excluyéndole de la condición de refugiado; iv) El tipo de medidas adoptadas por Arcadia para garantizar el derecho a la igualdad y no discriminación de las personas migrantes (reconocimiento *prima facie* de la condición de refugiado, campañas de sensibilización, etc.)

3. Derecho a solicitar y recibir asilo

La posible vulneración al derecho a solicitar y recibir asilo, así como al principio de no devolución constituyen una de las problemáticas centrales que se plantean en el caso hipotético.

A partir del párrafo 14 de los hechos del caso se explica que Arcadia recibió un flujo masivo de personas migrantes provenientes del Estado de Puerto Waira. Ante dicha situación, y en vista del contexto de violencia que se vive en ese país, las autoridades de Arcadia implementaron un procedimiento de reconocimiento de la condición de refugiado *prima facie*, es decir, todas las personas que ingresaran al territorio con la caravana migrante serían reconocidas como refugiadas de forma inmediata. Esto a excepción de los casos donde se determinara que la persona contaba con antecedentes penales, en donde se iniciaría un procedimiento regular de la determinación de la condición de refugiado y se analizaría la procedencia de una cláusula de exclusión de forma individual.

Así, Arcadia identificó a 808 personas que tenían antecedentes penales e inició el procedimiento regular para ellos. En sus decisiones, el Estado sostuvo que todas ellas tenían un temor fundado de persecución (es decir, cumplían con los elementos de la definición de refugiado) en tanto 729 de esas personas tendrían un “riesgo alto” de sufrir tortura y de que su vida corriera peligro en caso de ser deportadas a su país de origen, mientras que las restantes 79 tendrían una “probabilidad razonable”. A pesar de lo anterior, el Estado determinó que procedía la aplicación de una cláusula de exclusión de la protección internacional en razón de los delitos cometidos por estas personas.

A pesar de no ser reconocidos como refugiados, y con base en los principios de responsabilidad compartida y no devolución, el Estado hizo un llamado a los países de la región a fin de que dichas personas fueran admitidas en sus territorios. Ninguno respondió a la petición, por lo que Arcadia firmó un acuerdo con los Estados Unidos de Tlaxcochitlán con el fin de devolver a las personas a dicho país, desde donde serían finalmente deportadas hacia Puerto Waira, donde 29 fueron asesinadas y 7 se encontraban desaparecidas.

Para analizar correctamente esta problemática es necesario entender el contenido esencial del derecho de toda persona a buscar y recibir asilo, así como de algunos procedimientos y conceptos relacionados que guardan gran relevancia para el análisis de los hechos del caso. Así, cabe recordar que este derecho se encuentra explícitamente reconocido en el artículo 22.7 de la Convención Americana, que establece que “toda persona tiene el derecho a buscar y recibir asilo en territorio extranjero en caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos y de acuerdo con la legislación nacional y los convenios internacionales”.

Al respecto, la Corte IDH ha considerado que el derecho a buscar y recibir asilo, en el marco del sistema interamericano, se encuentra configurado como un derecho humano individual a buscar y

recibir protección internacional en territorio extranjero, incluyendo con esta expresión el estatuto de refugiado según los instrumentos pertinentes de las Naciones Unidas o las correspondientes leyes nacionales, y el asilo conforme a las diversas convenciones interamericanas sobre la materia. Además, atendiendo al desarrollo progresivo del derecho internacional, la Corte ha considerado que las obligaciones derivadas del derecho a buscar y recibir asilo resultan operativas respecto de aquellas personas que reúnan los componentes de la definición ampliada de la Declaración de Cartagena.⁵⁹

a) Principio de no devolución

El principio de no devolución está establecido en el artículo 22.8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (“CADH”) de la siguiente manera:

Artículo 22. Derecho de Circulación y de Residencia

8. En ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas.

Por su parte, la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados establece lo siguiente:

Artículo 33. -- Prohibición de expulsión y de devolución ("refoulement") 1. Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas. 2. Sin embargo, no podrá invocar los beneficios de la presente disposición el refugiado que sea considerado, por razones fundadas, como un peligro para la seguridad del país donde se encuentra, o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva por un delito particularmente grave, constituya una amenaza para la comunidad de tal país.

Adicionalmente, los artículos 5.2 de la CADH y el párrafo final del artículo 13.4 de la Convención Interamericana para Prevenir y Castigar la Tortura establecen la prohibición de tortura y tratos crueles, inhumanos y degradantes de la siguiente manera:

Artículo XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

Se presume que todo acusado es inocente, hasta que se pruebe que es culpable.

Toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública, a ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con leyes preexistentes y a que no se le imponga penas crueles, infamantes o inusitadas.

Artículo 5. Derecho a la Integridad Personal de la CADH

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.

2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

⁵⁹ Corte IDH. La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de Protección (interpretación y alcance de los artículos 5, 22.7 y 22.8, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-25/18 de 30 de mayo de 2018. Serie A No. 25, párr. 132.

Artículo 13.4 de la Convención Interamericana para Prevenir y Castigar la Tortura

No se concederá la extradición ni se procederá a la devolución de la persona requerida cuando haya presunción fundada de que corre peligro su vida, de que será sometido a tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes o de que será juzgada por tribunales de excepción o ad hoc en el Estado requirente.

De manera similar, el artículo 3 de la Convención Contra la Tortura establece que:

- 1. Ningún Estado Parte procederá a la expulsión, devolución o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura.*
- 2. A los efectos de determinar si existen esas razones, las autoridades competentes tendrán en cuenta todas las consideraciones pertinentes, inclusive, cuando proceda, la existencia en el Estado de que se trate de un cuadro persistente de violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos.*

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha reconocido que el principio y derecho a la no devolución es la piedra angular de la protección internacional de las personas refugiadas y de las personas solicitantes de asilo⁶⁰, que es también una norma consuetudinaria de derecho internacional y, siendo una obligación derivada de la prohibición de tortura, el principio de no devolución en este ámbito es absoluto y adquiere también el carácter de norma imperativa de derecho internacional, es decir, de *ius cogens*, vinculante para todos los Estados, sean o no partes en la Convención de 1951 o el Protocolo de 1967⁶¹.

Al respecto, la Corte Interamericana ha interpretado el derecho a la no devolución como un derecho más amplio en su contenido y alcance respecto al que opera en la aplicación del derecho internacional de refugiados. Lo anterior es así puesto que la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados prevé excepciones al principio de no devolución en su artículo 33.2, tales como que los refugiados representen un peligro para la seguridad del país donde se encuentren o que haya sido objeto de una condena definitiva por un delito particularmente grave. Contrario a lo anterior, la Convención Americana ofrece una protección para cualquier persona extranjera cuando su vida, integridad y/o libertad estén en riesgo de violación, o bien si están en riesgo de tortura o tratos crueles, inhumanos y degradantes⁶² sin importar la situación migratoria en el país en que se encuentre⁶³.

El principio de no devolución incluye también la prohibición de devolución indirecta, lo que implica que no se debe devolver o expulsar a una persona que solicita asilo donde exista la posibilidad de que

⁶⁰ Corte IDH. Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013, párr. 151, citando Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), Comité Ejecutivo, Conclusiones Generales sobre la protección internacional de los refugiados, UN Doc. 65 (XLII)-1991, publicadas el 11 de octubre de 1991, párr. c.

⁶¹ Corte IDH. [Opinión Consultiva OC-21/14. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional](#). 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21., párr. 211; véase también HATHAWAY James C., 'The Rights of Refugees under International Law' (Cambridge University Press, 2005), p. 363;

⁶² [Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes](#), Artículo 3. 1. Ningún Estado Parte procederá a la expulsión, devolución o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura; 2. A los efectos de determinar si existen esas razones, las autoridades competentes tendrán en cuenta todas las consideraciones pertinentes, inclusive, cuando proceda, la existencia en el Estado de que se trate de un cuadro persistente de violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos.

⁶³ Corte IDH. Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013, párr. 135.

sufra algún riesgo de persecución o bien a un Estado desde donde el cual puedan ser retornados al país donde sufren dicho riesgo⁶⁴.

La obligación de no devolución establecida en estas disposiciones resulta absoluta e implica la prohibición de la expulsión de cualquier persona, sin excepciones de ninguna clase⁶⁵, incluyendo a las que se encuentran en proceso de extradición, que tengan una presunción fundada de poder ser sometidas a torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes o de ser juzgadas por tribunales de excepción *ad hoc* en el Estado requirente. Adicionalmente, la CIDH ha reiterado que, dada la gravedad de las posibles consecuencias de la exclusión o negación del estatus de refugiado, toda determinación sobre dicho estatus debe ser efectuada mediante procedimientos imparciales y adecuados, de conformidad con el debido proceso. La CIDH reiteró que estas exigencias procesales se presentan inclusive, en los casos en que las personas se encuentren incluidas en alguna de las causales de exclusión, como el hecho de que ésta pueda ser considerada un “peligro para la seguridad del país”⁶⁶. Así, la Corte IDH ha aclarado que “el principio de no devolución busca, de manera primordial, asegurar la efectividad de la prohibición de la tortura en toda circunstancia y respecto de toda persona, sin discriminación alguna”⁶⁷.

En el caso de la Familia Pacheco Tineo, la Corte IDH estableció que los solicitantes de asilo tienen derecho a que se asegure una correcta evaluación por las autoridades nacionales de las solicitudes y del riesgo que pueda sufrir la persona en caso de devolución⁶⁸. La CIDH ha señalado también que las personas que se encuentran en situaciones de especial de vulnerabilidad requieren ser abordadas desde un enfoque diferenciado y de la adopción de medidas de protección especial⁶⁹.

La Corte IDH ha establecido que los artículos 5 de la CADH y 13.4 de la Convención Interamericana para Prevenir y Castigar la Tortura amplía la protección contra la devolución que prevé el artículo 22.8 de la Convención Americana, al referirse también a la situación de las personas que se encuentran en proceso de extradición y al ampliar la protección a aquellas personas que tengan una presunción fundada de pueden ser sometidas a tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes o de que serán juzgadas por tribunales de excepción *ad hoc* en el Estado requirente. Una vez más, esta norma implica una prohibición absoluta de devolución de acuerdo a una serie de criterios más amplios de elegibilidad⁷⁰. Así, la Corte IDH ha aclarado que “el principio de no devolución busca, de manera

⁶⁴ Corte IDH. Caso Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones, y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C No. 272, párr. 153.

⁶⁵ En este mismo sentido, véase, CIDH, [Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos](#). OEA/Ser.L/V/II.116 Doc 5 rev. 1 corr. (2002), párr. 394.

⁶⁶ CIDH, [Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos](#), OEA/Ser.L/V/II.116, 22 octubre 2002, para.391.

⁶⁷ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-25/18: La Institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de Protección, 30 de mayo de 2018, párr. 122; Opinión Consultiva OC-21/14 párr. 226, Caso Wong Ho Wing vs. Perú, párr. 127.

⁶⁸ Corte IDH. Caso Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones, y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C No. 272, párr. 122.

⁶⁹ CIDH, [Resolución 2/18 Migración Forzada de Personas Venezolanas](#), 2 de marzo de 2018.

⁷⁰ A nivel internacional la protección del principio de non-refoulement se encuentra consagrada en el artículo 33 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados y del artículo 3 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas y Degradantes (por sus siglas en inglés “el CAT”). El artículo 3 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas y Degradantes contiene una prohibición absoluta en contra de la expulsión, devolución o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de

primordial, asegurar la efectividad de la prohibición de la tortura en toda circunstancia y respecto de toda persona, sin discriminación alguna⁷¹”.

b) Reconocimiento de la condición de refugiado *prima facie*

Cada refugiado reconocido *prima facie* se beneficia de la condición de refugiado en el país donde se hace este reconocimiento, y disfruta los derechos contenidos en la convención/instrumento aplicable. El reconocimiento *prima facie* de la condición de refugiado no debe confundirse con una condición interina o provisional, en espera de una confirmación posterior. Es más, una vez que un individuo es reconocido como refugiado *prima facie*, esta condición debe mantenerse a menos que se encuentre dentro de los términos de las cláusulas de cesación, o su condición sea cancelada o revocada.⁷²

Los refugiados reconocidos por este medio deben ser informados en consecuencia y se les debe expedir el documento que certifique tal condición.

El enfoque *prima facie*, una vez puesto en práctica, se aplica a todas las personas que pertenecen a la clase beneficiaria, a menos que exista prueba en contrario en el caso individual. La prueba en contrario es la información relacionada con un individuo que sugiere que no debe ser considerado como refugiado –ya sea porque no es un miembro del grupo designado o, a pesar de ser miembro, no debe ser determinado como un refugiado por otras razones (por ejemplo, la exclusión).

Los ejemplos de prueba en contrario incluyen, entre otros, que el solicitante:

- No sea del designado país de origen o de anterior residencia habitual o que no posea la característica común que subyace en la constitución del grupo designado;
- No haya huido durante el período de tiempo designado;
- Haya salido por razones ajenas a la protección y no relacionadas con la situación/evento en cuestión y no tiene una solicitud *sur place*;
- Haya fijado su residencia en el país de asilo y las autoridades competentes reconozcan los derechos y obligaciones inherentes a la posesión de la nacionalidad de tal país (artículo 1E, Convención de 1951)
- Pueda estar incluido en las cláusulas de exclusión del artículo 1F de la Convención de 1951 o de los instrumentos regionales pertinentes

c) Aplicación de cláusulas de exclusión a la condición de refugiado

En el ámbito internacional, las llamadas cláusulas de exclusión se encuentran reguladas en el artículo

ser sometida a tortura. Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su caso de *Soering vs. Reino Unido*, estableció que de acuerdo con el artículo 3 [Prohibición de la Tortura] hay una prohibición absoluta de *refoulement* de una persona a un Estado cuando haya un riesgo real de que puede sufrir tal trato.

⁷¹ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-25/18: La Institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de Protección, 30 de mayo de 2018, párr. 122; Opinión Consultiva OC-21/14 párr. 226, Caso *Wong Ho Wing vs. Perú*, párr. 127.

⁷² ACNUR. Directrices sobre protección internacional no. 11 "Reconocimiento *prima facie* de la condición de refugiado", 24 de junio de 2015, párrafo 7.

1F de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (1951), cuyo texto se cita a continuación:

“Las disposiciones de esta Convención no serán aplicables a persona alguna respecto de la cual existan motivos fundados para considerar:

- a) Que ha cometido un delito contra la paz, un delito de guerra o un delito contra la humanidad, de los definidos en los instrumentos internacionales elaborados para adoptar disposiciones respecto de tales delitos;*
- b) Que ha cometido un grave delito común, fuera del país de refugio, antes de ser admitida en él como refugiada;*
- c) Que se ha hecho culpable de actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas.”*

La lógica de estas cláusulas se fundamenta en que determinados crímenes son tan graves que vuelven a sus autores indignos de recibir protección internacional como refugiados, a pesar de que cumplan con los elementos de la definición de refugiado contenidos en el artículo 1(A) de la Convención de 1951.⁷³ Su propósito es privar a los culpables de atrocidades y delitos graves de la protección internacional que les es reconocida a los refugiados, impidiendo con ello que tales personas abusen de la institución del asilo para evadir la justicia y sumir a las víctimas de éstos delitos en la impunidad.

A diferencia de los incisos a) y c) del artículo antes citado, el ámbito de temporalidad de la cláusula de exclusión contenida en el inciso b) es limitada. Es decir, es necesario que el delito de que se trate haya sido cometido antes de la admisión a ese país como refugiado.

La competencia para determinar si es aplicable alguna de estas cláusulas corresponde al Estado que concederá o no la condición de refugiado, quien únicamente deberá contar con motivos fundados para considerar que la persona ha cometido alguno de los actos descritos en dicho artículo. Sin embargo, a pesar de la presunción de la existencia de dichos motivos, las cláusulas de exclusión deben aplicarse de manera restrictiva pues los efectos que podría acarrear para la persona solicitante o refugiada podrían resultar graves para alguno o varios de sus derechos fundamentales.⁷⁴

Para realizar la valoración de la aplicación de una cláusula de exclusión, la autoridad debería tomar en cuenta algunos elementos como el factor común del delito cometido, la gravedad del mismo, la pena que podría imponerse por la comisión de dicha conducta y la responsabilidad individual del solicitante por los actos que se le atribuyen.

Esta última supone que la persona evaluada haya cometido o contribuido sustancialmente a la comisión del acto delictivo, con el conocimiento de que su acción u omisión facilitaría la conducta criminal.

Al respecto, conviene recordar que el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados ha emitido directrices que buscan guiar a los Estados en la aplicación de estas disposiciones, mismas que

⁷³ Directrices sobre Protección Internacional. La aplicación de las cláusulas de exclusión: el artículo 1F de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de Refugiados. Pág. 2.

⁷⁴ ACNUR. Manual y Directrices Sobre Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de Refugiados. Párr.149.

se han referido de manera particular a la acreditación de la **responsabilidad individual**,⁷⁵ en el sentido de que deben ser tomados en consideración tres aspectos fundamentales:⁷⁶

- **El conocimiento de las circunstancias y consecuencias de los hechos que se están cometiendo.** En lo referente a este elemento, el ACNUR considera que, tratándose de hechos cometidos por menores de edad, se deben tomar en cuenta dos factores: la edad mínima para ser considerado responsable penalmente y la evaluación de la madurez del menor; con el fin de determinar si goza de la capacidad mental necesaria para atribuirle responsabilidad.

En el caso de las personas a las que se les imputan actos cometidos en el marco de su participación dentro de pandillas el ACNUR considera que, para la realización de este examen, es necesario tener en consideración los factores que concurren al momento de los hechos como, por ejemplo:

- *“La edad del solicitante cuando se involucró con el grupo armado;*
 - *Las razones para unirse (¿fue voluntario, forzado, o en defensa de sí mismo o terceros?);*
 - *Las consecuencias de rehusarse a la afiliación;*
 - *El tiempo que permaneció como miembro;*
 - *Las posibilidades de no participar en tales actos, o de escapar;*
 - *El uso obligado de drogas, alcohol o medicamentos (intoxicación involuntaria);*
 - *La promoción dentro del grupo con base en los actos realizados;*
 - *El nivel de educación y comprensión de los eventos pertinentes; y*
 - *El trauma, los abusos o el maltrato que haya sufrido el menor o la menor como resultado de su participación.* ⁷⁷
- **La intencionalidad con la que se lleva a cabo la conducta o se buscan sus consecuencias.** Para analizar este elemento es necesario considerar la existencia de alguno de los factores excluyentes de la responsabilidad penal, tales como la defensa propia o la coacción. Sobre la procedencia de esta última, el ACNUR ha considerado que deben cumplirse condiciones muy estrictas, es decir, el acto debe ser resultado de amenazas sumamente graves como aquellas relacionadas con la muerte o lesiones continuadas o inminentes hacia sí u otras

⁷⁵ ACNUR. Documento sobre la aplicación de las cláusulas de exclusión: El artículo 1F de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, HCR/GIP/03/05, 4 de septiembre de 2003. Disponible en: <http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=50ac92922>

⁷⁶ ACNUR. Nota de orientación sobre las solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con las víctimas de pandillas organizadas, marzo de 2010, párrafo 59 y ss. Disponible en: <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2010/7786.pdf>

⁷⁷ ACNUR. Documento sobre la aplicación de las cláusulas de exclusión: El artículo 1F de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, HCR/GIP/03/05, 4 de septiembre de 2003, página 47. Disponible en: <http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=50ac92922>

personas.⁷⁸

- **La proporcionalidad entre la gravedad del delito atribuido y el temor de persecución.** El examen de proporcionalidad en su aplicación debe “*sopesar la gravedad de la infracción supuestamente cometida por el individuo en contraposición a las posibles consecuencias para esa persona de ser excluida, notablemente el grado en que teme ser perseguida. Si es probable que el solicitante vaya a sufrir persecución, el delito en cuestión ha de ser sumamente grave para que se excluya al solicitante.*”⁷⁹

En razón de todo lo anterior, y a la luz de los hechos del caso, se espera que los equipos participantes analicen y presenten argumentos sobre los siguientes puntos:

- Si la existencia de antecedentes penales constituye una “prueba en contrario” suficiente para no conceder el reconocimiento de la condición de refugiado *prima facie* a una persona.
- La procedencia de alguna de las cláusulas de exclusión previstas en el artículo 1F de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, particularmente la contenida en el inciso b), además de analizar si el procedimiento de exclusión fue llevado a cabo conforme a normas internacionales de derechos humanos y derecho internacional de los refugiados.

De forma especial, se espera que los equipos presenten consideraciones relacionadas con la acreditación de la responsabilidad individual de Gonzalo Belano en la comisión de los delitos por los que fue excluido el grupo de 808 personas wairenses. En este punto es relevante tomar en consideración los siguientes aspectos: i) que Gonzalo Belano era menor de edad en el momento de su participación en la pandilla; ii) que fue reclutado de manera forzada por la misma; iii) que fue sentenciado por el delito de extorsión; iv) el análisis de proporcionalidad entre el delito cometido y las consecuencias de la exclusión las cuales, conforme al párrafo 30 de los hechos del caso, consistieron en su asesinato frente a la casa de su familia.

- La posible vulneración al principio de no devolución por parte de Arcadia en tanto que, además de no reconocerlos como refugiados, tampoco ofreció protección complementaria a las personas wairenses con antecedentes penales (a pesar de haberse identificado que tenían riesgos altos y razonables de sufrir tortura o ser privados de la vida), lo que tuvo como consecuencia el asesinato de 29 de ellas y la desaparición de otras 7.

Sobre este punto puede analizarse la existencia o no de límites al principio de no devolución, es decir, cuestionar su carácter como norma *jus cogens*. Esto se traduciría en la necesidad de determinar si existía una prohibición absoluta para que el Estado los deportara o expulsara de su territorio o si, por el contrario, dicha medida está justificada en razón de los antecedentes penales de las personas.

- Finalmente, podría analizarse si el acuerdo de Arcadia con Tlaxcochitlán constituye un

⁷⁸ ACNUR. Documento sobre la aplicación de las cláusulas de exclusión: El artículo 1F de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, HCR/GIP/03/05, 4 de septiembre de 2003, página 36. Disponible en: <http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=50ac92922>

⁷⁹ ACNUR. Documento sobre la aplicación de las cláusulas de exclusión: El artículo 1F de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, HCR/GIP/03/05, 4 de septiembre de 2003, página 40. Disponible en: <http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=50ac92922>

mecanismo de devolución indirecta.

4. *Derecho a la libertad personal y prohibición de detención arbitraria*

En el párrafo 22 de los hechos del caso se aborda el tema de la detención a la que fueron sujetas las personas wairenses que contaban con antecedentes penales. Así, se establece que las mismas fueron privadas de su libertad con la finalidad de garantizar la seguridad nacional y preservar el orden público.

En ese sentido, 490 de ellas fueron alojadas en un centro de detención migratoria y otras 318 en pabellones separados de centros penitenciarios de la localidad de Pima debido a la falta de capacidad de la estación migratoria.⁸⁰

De acuerdo con lo establecido a lo largo de todo el documento de hechos, estas personas estuvieron en detención de 7 a 9 meses, dependiendo de si interpusieron un recurso judicial en contra de la deportación o no.

a) Legalidad, excepcionalidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad

Sobre este punto, la primera consideración que debe realizarse es que “los migrantes en situación irregular no son criminales” pues la condición de irregularidad de una persona “no lesiona bien jurídico fundamental alguno que requiera ser protegido a través del poder punitivo del Estado”.⁸¹

Lo anterior es consecuente con lo establecido por la Corte IDH, en el sentido de que “en una sociedad democrática el poder punitivo sólo se ejerce en la medida estrictamente necesaria para proteger los bienes jurídicos fundamentales de los ataques más graves que los dañen o pongan en peligro.”⁸² En este sentido, “la detención de personas por incumplimiento de las leyes migratorias nunca debe ser con fines punitivos”,⁸³ y además, en consonancia con el principio de **excepcionalidad** de la detención⁸⁴ debe considerarse como una medida de *ultima ratio*.⁸⁵

Además del principio de excepcionalidad, la Corte IDH ha considerado que las medidas privativas de libertad en general, y respecto a las personas migrantes en particular “sólo deberán ser utilizadas cuando fuere **necesario y proporcionado** en el caso en concreto” y durante el menor tiempo

⁸⁰ Para más información sobre las personas privadas de la libertad, las condiciones de detención, así como de la determinación del lugar de su alojamiento, ver las respuestas aclaratorias números 3, 17 y 18.

⁸¹ CIDH. Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: Normas y estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II.Doc.46/15, 31 de diciembre de 2015, párr. 381.

⁸² Corte IDH. Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C No. 218, párrafo 170.

⁸³ Corte IDH. Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C No. 218, párrafo 171.

⁸⁴ CIDH. Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas, OEA/Ser.L/V/II.Doc.46/13, 30 de diciembre de 2013, párr. 20 y 21.

⁸⁵ CIDH. Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: Normas y estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II.Doc.46/15, 31 de diciembre de 2015, párr. 383.

posible.⁸⁶ Además, resalta la necesidad de que los Estados cuenten con catálogos de medidas alternativas y concluye que “serán arbitrarias las políticas migratorias cuyo eje central es la detención obligatoria de los migrantes irregulares, sin que las autoridades competentes verifiquen en cada caso en particular, y mediante una evaluación individualizada, la posibilidad de utilizar medidas menos restrictivas que sean efectivas para alcanzar aquellos fines.”⁸⁷

De lo anterior resulta que pueda considerarse que, en algunos casos “la utilización de detenciones preventivas puede ser idónea para regular y controlar la migración irregular a los fines de asegurar la comparecencia de la persona al proceso migratorio o para garantizar la aplicación de una orden de deportación.”⁸⁸

Una vez que se presenta una detención, corresponde que la persona sea presentada ante una autoridad judicial, con el fin de que ésta examine la **legalidad** de la privación de la libertad.⁸⁹

b) Asesoría jurídica

Adicionalmente, la Corte Interamericana ha determinado que a lo largo de los procesos que se relacionen con el estatus migratorio de las personas, o se analice la aplicación de una medida privativa de libertad, la persona deberá tener la posibilidad de presentar argumentos en su defensa, además de contar con asesoría jurídica gratuita en caso de requerirlo.

Respecto a esta última, la Corte señaló “la asistencia debe ser ejercida por un profesional del Derecho para poder satisfacer los requisitos de una defensa técnica a través de la cual se asesore a la persona sometida a proceso, inter alia, sobre la posibilidad de ejercer recursos contra actos que afecten derechos. Si el derecho a la defensa surge desde el momento en que se ordena investigar a una persona o la autoridad dispone o ejecuta actos que implican afectación de derechos, la persona sometida a un proceso administrativo sancionatorio debe tener acceso a la defensa técnica desde ese mismo momento. Impedir a éste contar con la asistencia de su abogado defensor es limitar severamente el derecho a la defensa, lo que ocasiona desequilibrio procesal y deja al individuo sin tutela frente al ejercicio del poder punitivo”.⁹⁰

La falta de asistencia letrada durante los procedimientos suele impactar a lo largo de todo el proceso,⁹¹ razón por la cual “la prestación de un servicio público gratuito de defensa legal a favor de éstas es necesaria para evitar la vulneración del derecho a las garantías del debido proceso”.⁹²

⁸⁶ Corte IDH. Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C No. 218, párrafo 171.

⁸⁷ Corte IDH. Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C No. 218, párrafo 171.

⁸⁸ Corte IDH. Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C No. 218, párrafo 169.

⁸⁹ Corte IDH. Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C No. 218, párrafo 124 y 126.

⁹⁰ Corte IDH. Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C No. 218, párrafo 132.

⁹¹ Corte IDH. Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C No. 218, párrafo 147.

⁹² Corte IDH. Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C No. 218, párrafo 146.

c) Asistencia consular

De manera complementaria a las disposiciones sobre asistencia jurídica, la Corte Interamericana ha desarrollado las obligaciones de los Estados en torno al derecho de notificación y asistencia consular.

Al respecto, en su Opinión Consultiva No. 16, el Tribunal interamericano ha reconocido que el derecho de una persona detenida a la asistencia consular es un derecho individual y una garantía mínima dentro del SIDH.⁹³ Además, con la finalidad de hacer efectivo este derecho, se estableció que el mismo se compone de tres elementos esenciales: “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.”⁹⁴

El segundo de los elementos ha sido desarrollado hasta considerar que al detenido se le debe permitir “1) comunicarse libremente con los funcionarios consulares; y 2) recibir visitas de ellos. Según este instrumento, —los funcionarios consulares tendrán derecho a visitar al nacional del Estado [y] a organizar su defensa ante los tribunales. Es decir, el Estado receptor no debe obstruir la actuación del funcionario consular de brindar servicios legales al detenido.”⁹⁵

d) Condiciones de detención

Finalmente, en lo que toca a las condiciones de detención, los órganos del Sistema coinciden en que “toda persona privada de libertad tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal.”⁹⁶ En este sentido, el Estado asume una calidad de garante y es el encargado directo de velar por los derechos de las personas que se encuentran bajo su custodia.

En este sentido, una de las primeras consideraciones que los Estados deben tomar en cuenta es que “los migrantes deben ser detenidos en establecimientos específicamente destinados a tal fin que sean acordes a su situación legal y no en prisiones comunes, cuya finalidad es incompatible con la naturaleza de una posible detención de una persona por su situación migratoria”.⁹⁷

En lo que concierne a la garantía de derechos, y en específico al derecho a la integridad personal, los Estados tienen la obligación “de salvaguardar la salud y el bienestar de los reclusos, brindándoles, entre otras cosas, la asistencia médica requerida, y de garantizar que la manera y el método de privación de libertad no excedan el nivel inevitable de sufrimiento inherente a la detención. Su falta de cumplimiento puede resultar en una violación de la prohibición absoluta de aplicar tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.”⁹⁸

⁹³ Corte IDH. 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. Serie A No. 16, párr. 84 y 124.

⁹⁴ Corte IDH. Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C No. 218, párrafo 153.

⁹⁵ Corte IDH. Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C No. 218, párrafo 158.

⁹⁶ Corte IDH. Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C No. 218, párrafo 198.

⁹⁷ Corte IDH. Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C No. 218, párrafo 208.

⁹⁸ Corte IDH. Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C No. 218, párrafo 198.

Sobre este tema, se espera que los equipos formulen argumentos respecto a los siguientes puntos:

- El análisis de la legalidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la privación de la libertad en el caso de las personas wairenses con antecedentes penales, así como una consideración sobre la extensión de la misma.
- Determinar si las condiciones de detención descritas en la respuesta aclaratoria número 18 son acordes con estándares de derechos humanos.
- Determinar si las personas detenidas vieron garantizados sus derechos a la representación jurídica y asistencia consular de acuerdo con lo establecido en la respuesta aclaratoria número 9.

5. Garantías judiciales en procedimientos migratorios y/o de expulsión

Este aspecto es desarrollado en el párrafo 28 de los hechos del caso y en las respuestas a las preguntas aclaratorias números 24 y 50. Para el análisis de estas situaciones debe tenerse en cuenta que la Corte Interamericana entiende a “la expulsión como cualquier decisión, orden, acto o procedimiento ante el órgano administrativo o judicial competente, independientemente de la denominación que reciba en la legislación nacional, relacionado con la salida obligatoria de una persona del Estado receptor que tiene como consecuencia que ésta efectivamente abandone el territorio de dicho Estado o sea trasladada fuera de las fronteras del mismo. De este modo, al referirse a la expulsión, se abarca también lo que en términos específicos o estatales internos pudiera consistir en una deportación”⁹⁹

Respecto a los procedimientos de expulsión o deportación, el Sistema Interamericano también ha establecido estándares que buscan proteger los derechos de las personas migrantes.

Respecto a la aplicación de las garantías de debido proceso, la Corte Interamericana ha determinado que “dichas características no solo deben corresponder a los órganos estrictamente jurisdiccionales, sino que las disposiciones del artículo 8.1 de la Convención se aplican también a las decisiones de órganos administrativos,”¹⁰⁰ como lo serían las autoridades y procedimientos de relacionados con la migración.

En ese sentido “se exige que cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, cuyas decisiones puedan afectar los derechos de las personas, adopte tales decisiones con pleno respeto de las garantías del debido proceso legal.”¹⁰¹ Además, el debido proceso legal debe ser garantizado a todas las personas sin perjuicio de su estatus migratorio¹⁰², pues “esto implica que el Estado debe garantizar que toda persona extranjera, aun cuando fuere un migrante en situación irregular, tenga la posibilidad

⁹⁹ Corte IDH. 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. Serie A No. 21, párr. 269.

¹⁰⁰ Corte IDH. Caso Vélez Lóor Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C No. 218, párrafo 108.

¹⁰¹ Corte IDH. Caso Vélez Lóor Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C No. 218, párrafo 142.

¹⁰² Corte IDH. Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 251, párr. 159.

de hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables.”¹⁰³

Al detallar las garantías que componen este derecho, la Comisión Interamericana ha señalado los siguientes como elementos generales:¹⁰⁴

- Derecho a recibir una comunicación previa y detallada de las razones o cargos relacionados con el proceso en el que se encuentra.
- Derecho a ser presentado sin demora ante un juez o funcionario que revise la legalidad de la detención.¹⁰⁵
- Derecho de la persona a ser oída, con las debidas garantías, dentro de un plazo razonable por juez o tribunal competente, independiente e imparcial.
- Derecho a ser asistido por traductor o intérprete en caso de no hablar el idioma del Estado en que se encuentra.
- Concesión de tiempo y medios para la preparación de su defensa.
- Posibilidad de contar con defensor proporcionado por el Estado en caso de que no pueda defenderse ni nombra uno por cuenta propia.¹⁰⁶
- Derecho a interrogar a los testigos presentes en el tribunal y ofrecer comparecencia de otras personas o peritos.
- Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo.
- Derecho a que la decisión adoptada se encuentre debidamente fundada y motivada.¹⁰⁷
- Derecho a ser notificado de la decisión adoptada.
- Derecho a recurrir el fallo ante juez o tribunal superior.¹⁰⁸

Además, la Corte ha abordado la prohibición de expulsiones colectivas al recordar que “el carácter ‘colectivo’ de una expulsión implica una decisión que no desarrolla un análisis objetivo de las circunstancias individuales de cada extranjero, y por ende recae en arbitrariedad.”¹⁰⁹ Por lo que

¹⁰³ Corte IDH. Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C No. 218, párrafo 143.

¹⁰⁴ CIDH. Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: Normas y estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II.Doc.46/15, 31 de diciembre de 2015, párr. 287.

¹⁰⁵ Corte IDH. Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C No. 218, párrafo 124 y 126.

¹⁰⁶ Corte IDH. Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C No. 218, párrafo 132 a 136 y 146.

¹⁰⁷ Corte IDH. Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C No. 218, párrafo 116.

¹⁰⁸ Corte IDH. Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C No. 218, párrafo 179 y 183.

¹⁰⁹ Corte IDH. Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 251, párr. 159, párr. 171

cualquier decisión adoptada que tenga por efecto deportar o expulsar a una persona deberá evaluar las circunstancias de manera individualizada.”

Así, se espera que los participantes presenten argumentos sobre los siguientes puntos:

- Constatar si la actuación del Estado respetó las garantías del debido proceso, particularmente en lo que se refiere a que las personas fueran notificadas de los motivos de su detención, la posibilidad de contar con defensores proporcionados por el Estado, si la legalidad de la detención fue revisada por un juez competente, si se garantizaron a las personas el tiempo y medios para armar su defensa, y si se les garantizó el derecho a recurrir el fallo desfavorable ante un juez o tribunal superior.

6. Derecho a la unidad familiar y principio de interés superior de niños, niñas y adolescentes

Estas dos consideraciones fueron desarrolladas en la respuesta aclaratoria número 21, en la que se explicó que ningún niño, niña o adolescente fue excluido de la protección internacional, detenido ni expulsado de Arcadia. Sin embargo, sí existió separación de familias, pues los hijos de las personas deportadas permanecieron en Arcadia en calidad de refugiados.

En este sentido, debe considerarse que un aspecto fundamental que debe ser tomado en cuenta respecto a los procedimientos de deportación o expulsión, es el que se refiere al derecho a la unidad familiar y el principio de interés superior de la infancia. En este sentido, la Corte Interamericana ha establecido que “el Estado tiene la obligación de determinar en cada caso la constitución del núcleo familiar de la niña o del niño.”¹¹⁰ Al respecto el Comité de Trabajadores Migrantes de Naciones Unidas ha sostenido que esta determinación debe realizarse de forma amplia e incluir a los padres biológicos, adoptivos o de acogida y, en su caso, miembros de la familia ampliada o la comunidad, según establezcan las costumbres locales del lugar de origen del niño.¹¹¹

Así, la Corte IDH, además de considerar que “cualquier órgano administrativo o judicial que deba decidir acerca de la separación familiar por expulsión motivada por la condición migratoria de uno o ambos progenitores debe, al emplear el análisis de ponderación, contemplar las circunstancias particulares del caso concreto y garantizar, del mismo modo, una decisión individual, evaluando y determinando el interés superior de la niña o del niño”¹¹² y explorar vías que permitan evitar la separación familiar como la facilitación de vías para la regularización de los migrantes irregulares que residan con sus hijos, particularmente cuando éstos han nacido o vivido en el país de destino durante

¹¹⁰ Corte IDH. 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. Serie A No. 21, párr. 272

¹¹¹ CMW. Observación General 4. Sobre las obligaciones de los Estados relativas a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno, CMW/C/GC/4, 16 de noviembre de 2017.

¹¹² Corte IDH. 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. Serie A No. 21, párr. 281.

un largo periodo.¹¹³

Respecto a este tópico, se espera que la argumentación presentada por los equipos participantes incluya los siguientes puntos:

- Análisis de la vulneración al principio de unidad familiar. En particular debe explicarse si procedía o no la facilitación de la regularización de los padres o madres de menores de edad, a pesar de contar con antecedentes penales. Para ello debe tomarse en consideración el interés superior de niños, niñas y adolescentes.
- Pueden presentarse argumentos relacionados con la protección ofrecida a los menores de edad separados de sus familias, a fin de determinar su idoneidad.

7. Derecho de acceso a la justicia

La información fáctica sobre este aspecto está contenida en el párrafo 28 de los hechos del caso, así como en la respuesta aclaratoria número 10, en los que se detallan los recursos internos disponibles en el Estado y cuáles de ellos fueron agotados por las personas wairenses previo a su expulsión de Arcadia.

Otros párrafos de suma relevancia son el 32 y 33 de los hechos, donde se detalla el procedimiento intentado por la Clínica Jurídica para Desplazados, Migrantes y Refugiados de la Universidad Nacional de Puerto Waira, para obtener justicia transnacional a través del consulado de Arcadia en dicho país.

Sobre el derecho de acceso a la justicia es preciso sostener que la CIDH lo ha entendido como el acceso *de jure* y *de facto* a los organismos judiciales y a recursos judiciales de protección. Esto implicaría el derecho a un recurso judicial efectivo en el sentido de otorgar a toda persona la posibilidad de acceder a un tribunal cuando cualquiera de sus derechos ha sido violado, con miras a que se realice una investigación judicial por parte de un tribunal competente, imparcial e independiente que pueda establecer si se ha producido o no una violación y que ordene, cuando corresponda, una compensación adecuada.¹¹⁴

La noción de que el Estado se encuentra obligado a eliminar las barreras que *de jure* o *de facto* impidan a las personas ejercer sus derechos, es particularmente importante en el caso de migrantes y solicitantes de asilo. La situación de vulnerabilidad en la que se encuentran provoca que, para ellos, existan obstáculos particularmente graves en el acceso a sus derechos. La CIDH ha identificado descriptiva, pero no limitativamente como tales al desconocimiento de sus derechos, de los procedimientos, autoridades y organismos del país de tránsito o destino; la falta de tiempo para presentar sus quejas o denuncias; el temor de ser detenidos y deportados al acercarse a cualquier autoridad o sufrir represalias,

¹¹³ CMW. Observación General 4. Sobre las obligaciones de los Estados relativas a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno, CMW/C/GC/4, 16 de noviembre de 2017.

¹¹⁴ CIDH. Violencia contra personas LGBTI, OEA/Ser.L/V/II.Rev.2.Doc.36, 12 de noviembre de 2015, párr. 458.

entre otros.¹¹⁵

Estas barreras se originan a partir de lo que la Corte IDH ha denominado factores reales de desigualdad, mismos que implican el reconocimiento de diferencias materiales derivadas del contexto personal y social de un individuo para acceder a sus derechos en igualdad de circunstancias que otras personas o grupos.

En este sentido, en su Opinión Consultiva número 18, titulada “Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados”, el Tribunal Interamericano determinó que:

“La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas.”

De esta forma, queda claro que la obligación de las autoridades se centra en evitar contribuir a la repetición, perpetuación o profundización de estos factores de desigualdad, así como combatirlos a través de la adopción de medidas legislativas, normativas y de otros tipos necesarios para garantizar el goce efectivo de los derechos.

a) El papel de los consulados y el acceso a la justicia transnacional.

Es importante tener en cuenta que el tema migratorio involucra al menos a dos Estados. Cuando una persona decide salir de su país de origen, pueden ocurrir diversas violaciones a sus derechos humanos en los países de origen, tránsito y destino. Debido a lo anterior, el derecho al acceso a la justicia debe garantizarse independientemente de las dificultades que implica el carácter regional de la migración y las violaciones a derechos humanos que pueden ocurrir en distintos Estados. En este sentido, para garantizar el acceso igualitario a la justicia, se debe garantizar la “justicia transnacional o transfronteriza” para violaciones a derechos humanos en condiciones justas, efectivas y accesibles¹¹⁶.

En este sentido, la Corte Interamericana ha establecido la necesidad de que el derecho a la justicia sea no solo formal, sino real. Así, ha entendido que la presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a eliminar obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan una defensa eficaz. De no existir dichos medios, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas¹¹⁷.

El acceso a la justicia transnacional se vuelve fundamental en casos de migración, en especial en lo

¹¹⁵ CIDH. Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México, OEA/Ser.L/V/II. Doc.48/13, 30 de diciembre de 2013, párr. 236

¹¹⁶ CIDH, [Declaración conjunta de expertas y expertos de las Naciones Unidas y regionales de cara al Pacto Mundial para una Migración Segura, Ordenada y Legal a la luz de la Cumbre de Puerto Vallarta](#), 6 de diciembre de 2017.

¹¹⁷ CoIDH, Opinión consultiva OC-16/99: El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal, 1 de octubre de 1999, párr. 117, 119

relativo a desapariciones, casos de muertes, restos de personas en fosas comunes y trata de personas. En este sentido, los Estados están obligados a prevenir acciones que violen derechos humanos y asegurar que puedan acceder al sistema formal de justicia sin miedo a la detección, detención y deportación, realizar investigaciones efectivas, enjuiciar y, según corresponda, sancionar a los autores de tales violaciones. Adicionalmente, los Estados deben responder de manera efectiva a las situaciones de muertes masivas de personas migrantes en tránsito y en las zonas fronterizas, incluyendo las siguientes acciones: investigaciones de todos los casos de muertes y desapariciones, así como de personas migrantes en fosas comunes, con la cooperación de las autoridades de todos los Estados involucrados. Del mismo modo, las personas migrantes deben recibir justicia y reparación integral por cualquier daño causado¹¹⁸.

En muchas ocasiones, las pruebas o los testigos de violaciones a derechos humanos se encuentran en diferentes Estados, por lo que es fundamental lograr una cooperación en el lugar en donde se encuentran las pruebas a través de medidas como una solicitud judicial de asistencia jurídica, o bien la solicitud de apoyo en vía diplomática, lo que podría realizarse a través de los consulados.

En relación a la trata de personas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha establecido que “además de la obligación de investigar sobre hechos que ocurren en sus territorios, los Estados se encuentran también obligados en casos de trata de personas transfronterizas a cooperar efectivamente con las autoridades relevantes de otros Estados en la investigación de hechos que ocurrieron fuera de su territorio. Dicha obligación se encuentra en conformidad con lo establecido en Protocolo de Palermo relativo a adoptar un enfoque internacional integral de la trata de personas en los países de origen, tránsito y destino”¹¹⁹.

La Comisión Interamericana ha recomendado la creación de mecanismos nacionales y regionales que faciliten el intercambio de información sobre restos no identificados y personas desaparecidas en otros países, este mecanismo debe contar con la participación de organismos de la sociedad civil¹²⁰. Un ejemplo interesante relativo a la justicia transnacional es el Mecanismo de Apoyo Exterior, que se creó con la finalidad de “facilitar el acceso a la justicia a las personas migrantes y a sus familias, realizar la búsqueda de personas migrantes desaparecidas, investigar y perseguir los delitos cometidos por o en contra de personas migrantes, con estricto apego a las leyes y demás disposiciones aplicables, además de dirigir, coordinar y supervisar la aplicación de acciones idóneas para que se repare el daño a las víctimas”¹²¹. Para lo anterior, se permite que, a través de los Agregados de la Procuraduría General de la República, las familias y víctimas migrantes puedan acceder desde el país donde se encuentren a las instituciones del Estado mexicano relacionadas con la investigación de delitos que se cometen en

¹¹⁸ CIDH, [Declaración conjunta de expertas y expertos de las Naciones Unidas y regionales de cara al Pacto Mundial para una Migración Segura, Ordenada y Legal a la luz de la Cumbre de Puerto Vallarta](#), 6 de diciembre de 2017.

¹¹⁹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), [Caso de Ranstev v. Cyprus and Russia](#), 7 de enero de 2010, párr. 289.

¹²⁰ CIDH, [Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México](#), 30 de diciembre, de 2013, párr. 208.

¹²¹ Estados Unidos Mexicanos, Diario Oficial de la Federación, [ACUERDO A/012/18 por el que se reforma el diverso A/117/15, por el que se crea la Unidad de Investigación de Delitos para Personas Migrantes y el Mecanismo de Apoyo Exterior de Búsqueda e Investigación y se establecen sus facultades](#), 16 de febrero de 2018.

territorio mexicano contra la población migrante, se permite presentar denuncias, ofrecer pruebas y acceder a la reparación del daño¹²².

Sobre este tema, los equipos podrían ofrecer los siguientes análisis o argumentos:

- La pertinencia de la creación de mecanismos de justicia transnacional para abonar a la garantía del derecho de acceso a la justicia para las personas migrantes. En particular, determinar si el Estado de Arcadia se encontraba obligado a dar trámite a la demanda presentada por la representación de las víctimas.

8. Reglas de admisibilidad en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

El procedimiento ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos en el cas hipotético se detalla a partir del párrafo 34 de lo hechos. Particularmente se explica que el Estado de Arcadia interpuso una excepción preliminar respecto a la falta de agotamiento de los recursos internos, debido a que 591 de las personas deportados no activaron ningún mecanismo judicial en contra de la decisión que ordenaba su expulsión desde Arcadia.

Asimismo, el Estado sostuvo que 771 presuntas víctimas señaladas por los representantes se encontraban indeterminadas, por lo cual debían ser excluidas del caso.

Al respecto y en lo concerniente a la admisibilidad de las peticiones, la Convención Americana sobre Derechos Humanos es clara en designar la función sobre su estudio y procesamiento a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a través de su artículo 41. Inciso f. Dicha responsabilidad también se encuentra consagrada en los artículos 26 y 27 del Reglamento de la Comisión Interamericana. En el mismo sentido, el Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en sus artículos 19, 23 y 24 mandata a la Comisión tanto a establecer el procedimiento a seguir para el ejercicio de esta función en el Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, con base en lo dispuesto en la Convención Americana.

Al efecto, la Convención Americana establece en sus artículos 44 a 51 las condiciones para la competencia y procesamiento de las peticiones. Entre ello, la Convención es clara en su artículo 46 en establecer los requisitos para la admisibilidad de una petición ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos:

- El agotamiento de los recursos en la jurisdicción interna;
- La presentación de la petición dentro del plazo de 6 meses contados a partir de la fecha de notificación de la última decisión definitiva;
- La no duplicidad de la materia objeto de la petición en otro procedimiento internacional; y,
- Que la petición cuente con nombre, nacionalidad, profesión, domicilio y firma de la persona

¹²² Estados Unidos Mexicanos, Titular de la Unidad de Investigación de Delitos para Personas Migrantes, [Lineamientos de operación del Mecanismo de Apoyo Exterior Mexicano de Búsqueda e Investigación](#), 13 de septiembre de 2016.

o grupo de personas, o del representante legal de la entidad que presenta la petición.

Aunado a los requisitos anteriores, el artículo 28 del Reglamento de la CIDH agrega los siguientes:

- La mención expresa de reserva de identidad frente al Estado y las razones para ello, de ser deseado por la parte peticionaria;
- La dirección de correo electrónico o dirección postal y número de teléfono; una relación del hecho o situación denunciada con especificación de fecha y lugar;
- De ser posible, el nombre de la víctima y de cualquier autoridad que haya tomado conocimiento del caso; y,
- La indicación del Estado presuntamente responsable, ya sea por acción u omisión.

El propio artículo 46 establece los supuestos en los que el agotamiento de recursos en la esfera interna y el plazo de 6 meses pueden no ser considerados para la declaración de admisibilidad: que no exista el debido proceso para la protección del derecho o derechos presuntamente violados; que no se haya permitido el acceso a los recursos en la jurisdicción interna o que se haya impedido agotarlos; y, que haya retraso injustificado en la decisión sobre los referidos recursos. Estos mismos supuestos también se encuentran contemplados por el Reglamento de la CIDH en su artículo 31.

En todo caso, con base en el artículo 47 de la Convención la petición será inadmisibile siempre que: falte alguno de los requisitos indicados por el artículo 46 de la Convención Americana; cuando la petición no exponga hechos que caractericen una violación a los derechos consagrados por la Convención¹²³; cuando resultare manifiestamente infundada o evidentemente improcedente; y cuando sea sustancialmente la reproducción de una petición previamente presentada a la Comisión u otro organismo internacional. Lo anterior sin perjuicio de que la Comisión, en uso de la facultad conferida por los artículos 26 y 29 de su Reglamento, pueda solicitar a los peticionarios completar los requisitos exigidos para la tramitación de la petición.

Sobre lo anteriormente expuesto, es importante mencionar que el Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su artículo 24 también establece la facultad *motu proprio* de la Comisión para tramitar una petición que reúna los requisitos para ser tramitada.

Por último, debe subrayarse que los alegatos relativos a los requisitos de admisibilidad pueden plantearse hasta el momento procesal oportuno, mismo que ha sido reconocido por la Corte IDH

¹²³ Al efecto, resulta necesario precisar que con base en el artículo 23 del Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la petición deberá plantear la presunta violación de alguno de los derechos humanos reconocidos, según el caso, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, el Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belém do Pará”, conforme a sus respectivas disposiciones, el Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y el Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

como durante la etapa de admisibilidad del caso ante la Comisión¹²⁴. En el entendimiento de la Corte, los argumentos que den contenido a los alegatos de excepciones preliminares además deben corresponder a los que posteriormente se plantearán ante el Tribunal en el caso de que la petición llegue a ser de su conocimiento¹²⁵.

a) Regla del agotamiento previo de los recursos internos

Con base en el artículo 46 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para que una petición o comunicación sea admitida se requiere, entre otros, el agotamiento de los recursos en la jurisdicción interna.

La jurisprudencia del Sistema Interamericano ha entendido que una excepción preliminar que se base en el presunto incumplimiento del requisito de agotamiento de los recursos internos es una defensa disponible para el Estado. En tal sentido, el Estado puede renunciar a ella tácita o expresamente¹²⁶.

En todo caso, el planteamiento de argumentos sobre agotamiento de recursos internos debe hacerse en el momento procesal oportuno, sea invocada por la parte peticionaria o el Estado. Lo anterior en virtud de que, con base en el artículo 28 del Reglamento de la CIDH, la carga de la prueba sobre el agotamiento de los recursos en el procedimiento recae en el Estado, aun y cuando el alegato sea planteado por la parte peticionaria. Siendo así, el planteamiento de esta excepción preliminar en el momento procesal oportuno constituye la única forma de garantizar que el Estado pueda ejercer su derecho a la defensa. De optar por ejercer tal derecho, el Estado debe especificar los recursos internos que aún no han sido agotados y demostrar que los mismos son aplicables y efectivos¹²⁷.

Como ya fue mencionado, la Corte IDH ha entendido que el momento procesal oportuno es durante el proceso de admisibilidad ante la Comisión Interamericana. Asimismo, la Corte IDH ha establecido que el artículo 46 de la Convención debe ser interpretado en el sentido que exige el agotamiento de los recursos para el momento en que se decida sobre la admisibilidad de la petición y no para el momento de la presentación de la misma¹²⁸, por lo que basta con que la Comisión pueda contar con la información actualizada, necesaria y suficiente para llevar a cabo ese examen de admisibilidad¹²⁹, misma que debe ser enviada por las partes en el procedimiento a la CIDH.

b) Determinación de las víctimas del caso

La Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 44 refiere a la facultad que tiene

¹²⁴ Corte IDH, Caso Herzog y otros Vs. Brasil, párr. 51; Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador, párr. 28; y Caso Favela Nova Brasília Vs. Brasil, párr. 78.

¹²⁵ Corte IDH, Caso Herzog y otros Vs. Brasil, párr. 51; Caso Reverón Trujillo Vs. Venezuela, párr. 23; Caso Favela Nova Brasília Vs. Brasil, párr. 78; Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina, párr. 29; y Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus Miembros Vs. Panamá, párr. 21.

¹²⁶ Corte IDH, Caso Herzog y otros Vs. Brasil, párr. 49; Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Excepciones Preliminares, párr. 88; Caso Favela Nova Brasília Vs. Brasil, párr. 76; Caso Castañeda Gutman Vs. México, párr. 30; Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Suriname, párr. 43; y Caso Salvador Chiriboga Vs. Ecuador, párr. 40.

¹²⁷ Corte IDH, Caso Herzog y otros Vs. Brasil, párr. 49; Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Excepciones Preliminares, párr. 88; Caso Favela Nova Brasília Vs. Brasil, párr. 76; Caso Castañeda Gutman Vs. México, párr. 30; Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Suriname, párr. 43; y Caso Salvador Chiriboga Vs. Ecuador, párr. 40.

¹²⁸ Corte IDH, Amrhein y otros Vs. Costa Rica, párr. 41; Caso Wong Ho Wing Vs. Perú, párr. 25.

¹²⁹ Corte IDH, Amrhein y otros Vs. Costa Rica, párr. 41; Caso Duque Vs. Colombia, párr. 42.

cualquier persona, grupo de personas o entidad no gubernamental legalmente reconocida para presentar una petición que contenga denuncias o quejas de violación a la Convención por un Estado parte. Esta misma facultad también se encuentra consagrada en el artículo 23 del Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Posteriormente, en su artículo 46 la Convención establece el requisito de determinación de la persona o personas o del representante legal de la entidad que somete la petición.

La única excepción al requisito de determinación de las víctimas del caso se encuentra regulado en el artículo 35.2 del Reglamento de la Corte IDH que al efecto señala que, cuando se justifique la imposibilidad de identificar a alguna o algunas presuntas víctimas de los hechos del caso por tratarse de violaciones masivas o colectivas, la Corte podrá decidir en su oportunidad si las considera o no víctimas. Para hacer efectiva la aplicación de la presente excepción, la Corte IDH hace una evaluación con base en las características particulares de cada caso¹³⁰, considerando por ejemplo la complejidad de los casos masivos o colectivos, así como las dificultades que en ciertos casos plantea el acceso al área donde ocurrieron los hechos, la falta de registro de las personas y el uso de nombres y apellidos similares. Entre los casos en los que la Corte Interamericana ha aplicado el artículo 35.2 de su Reglamento se encuentra el caso de las Masacres de Río Negro Vs. Guatemala; el Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana; el Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador y el Caso de las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) Vs. Colombia.

En consonancia con lo anterior, también existen precedentes en la esfera de la CIDH sobre el reconocimiento de grupos colectivos de personas como presuntas víctimas determinables en un caso. Uno de ellos es el caso de Cuatro millones de ciudadanos estadounidenses en Puerto Rico Vs. Estados Unidos¹³¹, en el que la CIDH consideró que el universo de personas que no tuvieron derecho a votar, así como el de quienes tuvieron derecho a votar es determinable y procedió a admitir la petición considerando como presuntas víctimas a las personas que comprenden la población total residente en Puerto Rico.

Sobre este punto, se espera que los equipos participantes analicen los siguientes puntos:

- Determinar si existió alguna excepción al previo agotamiento de los recursos internos para las 591 personas que no activaron ningún mecanismo judicial para controvertir su expulsión desde Arcadia.
- Argumentar si es aplicable la excepción al requisito de determinación de víctimas para el caso de las 771 personas que no fueron individualizadas.

¹³⁰ Corte IDH, Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala, párr. 28.

¹³¹ CIDH, Caso Cuatro Millones de Ciudadanos Residentes en Puerto Rico respecto de Estados Unidos, Informe de Admisibilidad No. 60/17, Petición P 776-06., OEA/Ser.L/V/II.162 Doc. 71 25 de mayo de 2017.