

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

Colegio de Jurisprudencia

Los Solicitantes de Refugio tienen Derecho al Trabajo y el Estado Ecuatoriano
el Deber de Garantizarlo

Carolina Escudero Calle

Tesis de grado presentada como requisito para la obtención del título de Abogada

Director: Alejandro Ponce Villacís

Quito, noviembre de 2010

© Derechos de Autor
Carolina Escudero Calle
Noviembre 2010

*A aquellas personas que creyeron y,
confiaron en mí,
en mis ideales.*

*A quienes me extendieron sus manos y,
me impulsaron para realizarme como ser humano.*

A aquellas personas,

Muchas gracias.

RESUMEN

Los solicitantes de refugio ostentan el pleno goce y ejercicio efectivo de su derecho al trabajo en el Ecuador y en cualquier país receptor que se encuentren, por el mero hecho de pertenecer a la especie humana, ya que todos los seres humanos somos iguales en dignidad y derechos, sin discriminación alguna.

Además, la condición de refugiado es declarativa y no constitutiva. Por ende, toda persona que presenta una solicitud de refugio es verdaderamente un refugiado, aunque su estatus legal sea de solicitante, hasta que el Estado ante el cual lo solicita resuelva su petición definitivamente.

Por ello, conforme a los principios de no discriminación e igualdad ante la Ley, los solicitantes de refugio poseen los mismos derechos que los refugiados reconocidos, los que incluyen el derecho al goce y ejercicio al trabajo.

De igual manera, el derecho al trabajo de las personas constituye una obligación fundamental de los Estados frente a la Comunidad Internacional y la Sociedad. Pues, tanto instrumentos internacionales como regionales de Derechos Humanos garantizan el derecho al mismo de todo ser humano, sin distinción ni discriminación, por ser parte de su naturaleza.

Por consiguiente, el Estado ecuatoriano debe proteger, garantizar y respetar el derecho al trabajo de los solicitantes de refugio.

ABSTRACT

Asylum seekers are entitled to full enjoyment and effective exercise of their right to work in Ecuador and in any other receiver countries where they are living; by the fact that they belong to the human race. Since all human beings are equal in dignity and rights, without discrimination.

Moreover, refugee status is declaratory and not constituent. Therefore, any person who ask for refugee considered like that, although his/her legal status as an asylum seeker, until the State in which they requested asylum takes a final decision.

Therefore, according to the principles of nondiscrimination and equality, asylum seekers have the same rights as recognized refugees, which includes the right to work.

The right to work is also a fundamental obligation of States towards the international community and society, because international and regional instruments of Human Rights protect the right to work of every human being without distinction or discrimination, as a part of his/her nature.

Consequently, the Ecuadorian State has the duty to protect, ensure and respect the right to work of asylum seekers.

Tabla de contenido

INTRODUCCIÓN	8
CAPITULO I	
DERECHO DE REFUGIO	9
1. Antecedentes, Historia, Evolución, Principios, Definiciones y Conceptos... 9	
1.1. Antecedentes.....	9
1.2. Historia del Derecho Internacional de los Refugiados.	11
1.3. Evolución del Derecho Internacional de los Refugiados.....	13
1.3.1. Evolución del Derecho Internacional de los Refugiados con respecto a la Convención de 1951.....	13
1.3.2. Evolución del Derecho Internacional de los Refugiados en Latinoamérica.....	15
1.4. Principios del Derecho Internacional de los Refugiados.....	19
1.4.1. Principio de no devolución.....	19
1.4.2. Detención ilegal y arbitraria / No Prohibición por ingreso ilegal....	24
1.4.3. No Discriminación.	26
1.4.4. Principio de unidad familiar / reunificación familiar.	29
1.5. Definiciones y Conceptos.	31
CAPITULO II	
EL DERECHO AL TRABAJO Y LOS SOLICITANTES DE REFUGIO.....	38
2. Derecho al Trabajo.	38
2.1. Ubicación clásica del Derecho al Trabajo.....	38
2.2. Derecho al Trabajo como Derecho Humano.	40
2.3. Principios.	46
2.3.1. Principio de Indivisibilidad e Interdependencia de los Derechos. ..	46
2.3.2. Principio de Integralidad y Progresividad de los Derechos.	50
2.3.2.1. Principio de Integralidad de los Derechos.....	50
2.3.2.2. Principio de Progresividad de los Derechos.....	51
2.3.3. Principio de Universalidad de los Derechos.	55
2.4. El derecho al trabajo es independiente del estatus migratorio.....	57
2.5. Restricciones al ejercicio del derecho al trabajo de los solicitantes de refugio.....	61
2.5.1. Violaciones al derecho internacional comunitario y al ejercicio del derecho al trabajo de los solicitantes de refugio andinos.....	61
Propuesta de Acción de incumplimiento ante la CAN.	66
2.5.2. Restricciones al ejercicio al Derecho al Trabajo de los solicitantes de refugio por parte del ordenamiento jurídico nacional y las políticas estatales.....	68
2.6. La Constitución del Ecuador no distingue entre los Derechos de los extranjeros y los nacionales, a excepción de los derechos políticos.....	73
Propuesta de Acción de Incumplimiento ante la Corte Constitucional.	77

CAPITULO III	
RELACION ENTRE SOLICITANTES DE REFUGIO Y REFUGIADOS RECONOCIDOS	79
3. El estatus de refugiado es declarativo y no constitutivo.	79
3.1. Los solicitantes de refugio son refugiados no declarados.	81
3.2. Principios de igualdad y no discriminación.	86
3.2.1. Principio de igualdad.	86
3.2.2. Principio de no discriminación.	91
3.3. Los solicitantes de refugio tienen los mismos derechos que los refugiados reconocidos.	97
3.4. Propuesta de Inconstitucionalidad y Reforma legal.	106
 CAPITULO IV	
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	108

INTRODUCCIÓN

La presentación que a continuación se desarrollará, gira en torno a los solicitantes de refugio y el derecho al pleno goce y ejercicio al trabajo que estos ostentan, en el Ecuador o en cualquier país receptor que se encuentren, mientras dura dicho estatus. Esto independientemente de su calidad migratoria indefinida. Por ello, he basado mi investigación en el Derecho Internacional de los Refugiados, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, los Principios del Derecho Internacional y el *soft law*.

A pesar que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional de los Refugiados, garantizan el derecho y pleno ejercicio al trabajo de todos los seres humanos, sin discriminación alguna y el derecho al trabajo de los refugiados, como los peticionarios de refugio, respectivamente; la Ley de Extranjería, Migración y sus respectivos Reglamentos restringen y por ende, menoscaban el ejercicio al derecho al trabajo de los solicitantes de refugio. Es por esta situación, que me pregunto: ¿Es justificable jurídicamente las restricciones que mantienen los solicitantes de refugio con respecto al derecho al trabajo en el Ecuador?

CAPITULO I

DERECHO DE REFUGIO

1. Antecedentes, Historia, Evolución, Principios, Definiciones y Conceptos.

1.1. Antecedentes.

El Derecho Internacional de los Refugiados se origina con el fin de proteger y garantizar la vida, integridad y la libertad física de aquellas personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad, debido a que el contexto actual en su país de origen o residencia habitual es intolerable, por la situación de violencia; la persecución ocasionada por la violación grave a los derechos humanos; los conflictos armados internos e internacionales y las violaciones al derecho internacional humanitario. Estas circunstancias se detallan en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, la Declaración de Cartagena de 1984; y demás instrumentos internacionales o regionales en la materia y que serán analizados más adelante con detenimiento.

Cabe mencionar, que las instituciones gubernamentales de su país de origen o residencia habitual, no pueden o no quieren brindarles una efectiva

protección que contrarreste el real e inminente riesgo en que se encuentran, por lo que se han visto en la imperiosa necesidad de huir, convirtiéndose así en Desplazados Internos o Refugiados en el caso de traspasar fronteras internacionales.

Por ello, como explica HATHAWAY¹: el estatus de refugiado es una designación categórica que debe ser tomada en cuenta por la comunidad internacional, al ser consecuencia de la huida por el riesgo de serios abusos a los derechos humanos en su habitual residencia (cfr. Hathaway, p. 3). Como menciona el autor, es preciso considerar que los refugiados se distinguen de otros migrantes forzados en dos aspectos:

Primero, una persona es un refugiado sólo si puede demostrar que el riesgo de persecución subyacente de la huida se acumula debido a la falta de protección estatal. La segunda consideración fundamental (...), está ligada a la capacidad de la comunidad internacional de garantizar una solución.²

Como menciona MALGESINI y GIMÉNEZ³, los solicitantes de refugio son personas que buscan escapar de la muerte segura e inmediata, originada por la persecución por razones de intolerancia política, religiosa, entre otras circunstancias; o por catástrofes humanitarias como los conflictos armados internos o internacionales. Por tal razón, lo que los distingue de otros migrantes forzados, es que merecen una protección y asistencia especiales, hasta que se resuelva o cese la situación de violencia que originó la huida, y decidan retornar a su residencia habitual voluntariamente (cfr. Malgesini y Giménez, p. 359).

La protección internacional de los refugiados se desarrolla para defender los derechos humanos violados o que corren un riesgo inminente de ser violados, de aquellas personas que en su país de origen o residencia habitual no pueden confiar su cuidado a la policía, no tienen acceso a un juicio justo, no cuentan con la penalización de aquellos que violan sus derechos; y en

¹ J. HATHAWAY, "Force Migration Studies: Could We Agree Just to Date?" en *Journal of Refugee Studies*, Oxford, Estados Unidos, 2007, p. 351.

² *Ibidem*, pp.351-352.

³ G. MALGESINI Y C. GIMÉNEZ, *Guía de Conceptos sobre Migraciones, Racismo e Interculturalidad*, e.d. Catarata, Madrid, 2000.

general, no cuentan con la protección estatal que necesitan (cfr. Malgesini y Giménez, p. 359).

Es preciso considerar, que el estatuto de refugiado evita las normas habituales de control de la migración, ya que se basa en el reconocimiento inherente de circunstancias en donde huir es ética y pragmáticamente más importante que las usuales normas del control migratorio.

HATHAWAY⁴ especifica que: “la exclusión de los refugiados del usual derecho de los gobiernos para imponer sanciones al arribo o presencia irregular de estos seres humanos, se debe a que el sistema de protección del refugio es fundamentalmente un mecanismo autónomo de protección de los derechos humanos.”

1.2. Historia del Derecho Internacional de los Refugiados.

El presente acápite tiene como referente lo recopilado por MALGESINI y GIMÉNEZ⁵, quienes mencionan que:

La primera relación escrita del concepto de asilo es de carácter religioso. Surge en el siglo XIV de la palabra latina *Asylum* y de la griega *Asylon*, que significa “lugar sagrado inviolable.” Una combinación de ambos términos llevó a su acepción actual, en la que se entiende por asilo “la protección que una persona perseguida encuentra en un lugar, en el que está segura de no ser víctima de coerción”.

Siguiendo con el concepto definido por los autores citados:

Antiguamente el asilo era sinónimo de santuario, un territorio, (no un derecho) en el que se disfrutaba de inmunidad. Fue una institución muy conocida en Egipto y Grecia, donde los deudores, los esclavos fugitivos, los criminales, los perseguidos políticos podían beneficiarse de ella⁶

Por su parte, el cristianismo prolongó la noción de asilo citada. Al haberse construido la iglesia católica sobre la exaltación de principios de la

⁴ Op. Cit., nota 1, p.353.

⁵ Op. Cit., nota 3, pp. 43-45.

⁶ Op. Cit., nota 3, p. 43.

caridad; las personas que habían cometido actos criminales eran acogidos por ella, debido a que la obra de caridad permitía, también, satisfacer otras exigencias espirituales como el perdón de los pecadores. Sin embargo, en la actualidad, la iglesia católica se ha adaptado normativamente a la evolución del Derecho Internacional de los Refugiados, por lo que abolió la defensa del asilo religioso del derecho canónico en 1983. (cfr. Malgesini y Giménez, p. 44).

Por otro lado, para conocer la historia del Derecho Internacional de los Refugiados, es preciso tomar en consideración lo recopilado por ACUÑA, BENALCÁZAR, LÓPEZ Y SAAVEDRA⁷ en su obra *El Refugio en el Ecuador*.

Esta institución, tiene como referente histórico a la Primera Guerra Mundial y, de manera particular, la firma del Tratado de Paz de Versalles en París en 1919. Este tratado, analizó y normó la situación de cientos de miles de personas deportadas, perseguidas, sin hogar y víctimas del hambre y de las enfermedades. (cfr. ACUÑA, BENALCÁZAR, LÓPEZ Y SAAVEDRA, p.105).

La Sociedad de Naciones recientemente constituida, y en especial el gobierno Noruego representado por el señor Fridtjof Nansen, plantearon la necesidad internacional de dar atención prioritaria a los efectos de la guerra y la situación de los refugiados. Nansen por encargo de la Conferencia Internacional de la Sociedad de Naciones, asumió el programa de apoyo a los refugiados, que consistía en: brindar asistencia humanitaria a las víctimas del desarraigo; regularizar la situación de los refugiados usando como documento de identidad el pasaporte Nansen; impulsar una política de repatriación de las víctimas de la guerra y sus familias a su país de origen o ubicarlos en el país de acogida.

A inicios de los años 30 (...), el triunfo del nacional socialismo en Alemania, abrió una etapa de especial tensión con otras potencias que formaban parte de la Comunidad Internacional (...). Estados Unidos en 1938 planteó la emigración de cuantos quisieran abandonar los territorios ocupados por Alemania. Nace así el Comité Intergubernamental para los Refugiados, (...) cuyo principal mandato era dar alternativas de reasentamiento.⁸

⁷ W. ACUÑA, BENALCÁZAR, LÓPEZ Y SAAVEDRA, *El Refugio en el Ecuador*, e.d. Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos, INREDH, Cotopaxi, 2004, pp.105-117.

⁸ *Ibidem*, pp. 105-106.

En 1943, la Sociedad de las Naciones firmó en Washington la Constitución de la Administración, Socorro y Reconstrucción UNRRA dedicada a asistir a las víctimas de la guerra en los territorios ocupados por Alemania. Sin embargo, en 1946 se creó la Organización Internacional de los Refugiados (OIR), como un organismo especializado de las Naciones Unidas, destinado a proteger a los grupos de personas desvalidas a consecuencia de la Segunda Guerra Mundial. (cfr. ACUÑA, BENALCÁZAR, LÓPEZ Y SAAVEDRA, p.106).

La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 en su artículo 14 dispone que cada persona tiene derecho a buscar y gozar de asilo en otros países si sufre persecución; lo que incentiva a que en 1951 la Asamblea General de la ONU cree el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) mediante Estatuto. Este instrumento permite la creación de la Convención de Ginebra de 1951 y posteriormente, su Protocolo de 1967, lo que refleja la estrecha relación que tiene el Derecho Internacional de los Refugiados con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. (cfr. ACUÑA, BENALCÁZAR, LÓPEZ Y SAAVEDRA, p.107).

El ACNUR actúa bajo la autoridad de la Asamblea General del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas y asume la función de proporcionar protección internacional a los refugiados, buscar soluciones a los problemas de los refugiados (soluciones duraderas), ayudar a los gobiernos a facilitar la repatriación voluntaria o asimilación en nuevas comunidades nacionales (...).⁹

1.3. Evolución del Derecho Internacional de los Refugiados.

1.3.1. Evolución del Derecho Internacional de los Refugiados con respecto a la Convención de 1951.

Como lo ratifican los citados autores, el fin del Protocolo Adicional de 1967 fue abolir las restricciones geográficas y temporales que establece la

⁹ Op. Cit., nota 7, pp. 107.

Convención de 1951 para el reconocimiento del estatuto de refugiado, puesto que, éste último instrumento en su artículo 1 menciona que:

A los efectos de la presente Convención, el término "refugiado" se aplicará a toda persona: Que, como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1.º de enero de 1951 (...) las palabras "acontecimientos ocurridos antes del 1.º de enero de 1951", (...) podrán entenderse como:

- a) "Acontecimientos ocurridos antes del 1.º de enero de 1951, en Europa" o como
- b) "Acontecimientos ocurridos antes del 1.º de enero de 1951, en Europa o en otro lugar".

La Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra en 1951, da lugar a que los Estados Miembros la interpreten en el sentido que sólo puede ser aplicada a los refugiados que han pasado a tener tal condición como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1.º de enero de 1951. Por consiguiente, los refugiados y solicitantes de refugio, fuera de esa temporalidad (después de 1951), no estarían amparados por la Convención, lo que es sería limitante y discriminatorio. Por ello, el artículo 1 del Protocolo de 1967 establece que se darán por omitidas las palabras "como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1.º de enero de 1951 y ..." y las palabras "... a consecuencia de tales acontecimientos", que figuran en el párrafo 2 de la sección A del artículo 1 de la Convención. (cfr. ACUÑA, BENALCÁZAR, LÓPEZ Y SAAVEDRA, p. 107).

Este avance en el Derecho Internacional de los Refugiados permite y obliga éticamente a los Estados firmantes de la Convención de 1951, a que acojan, protejan y garanticen los derechos de los refugiados y solicitantes de refugio; sin que tengan como pretexto la limitación geográfica y temporal de este instrumento internacional.

1.3.2. Evolución del Derecho Internacional de los Refugiados en Latinoamérica.

Según ACUÑA, BENALCÁZAR, LÓPEZ Y SAAVEDRA: “la evolución del Derecho Internacional de los Refugiados en América Latina tuvo como matriz central un conjunto de instrumentos jurídicos que regulaban el derecho de asilo, figura que se aproximaba al concepto de refugio”.¹⁰

En la década de los años 30 del siglo XX, los tratados latinoamericanos como: el Tratado sobre Asilo y Refugio Político de Montevideo de 1939, los Tratados sobre Derecho Penal Internacional de Montevideo de 1889, la Convención sobre Asilo de la Habana de 1928, la Convención sobre Extradición de Montevideo de 1933, la Convención sobre Asilo Político de Montevideo de 1933, el Tratado sobre Asilo y Refugio Político de Montevideo de 1939, la Convención sobre Asilo Territorial de Caracas de 1954, y la Convención sobre Asilo Diplomático de 1954; dan protección a las personas que por motivos de persecución, fundamentalmente política, huyen de sus países en busca de salvaguardar su vida, libertad, seguridad e integridad. (cfr. ACUÑA, BENALCÁZAR, LÓPEZ Y SAAVEDRA, p.p. 112-113).

América Latina es la región (...) pionera en el establecimiento de un marco normativo de protección en materia de asilo, cuyo ámbito material estaba destinado a garantizar y proteger a las personas que aducían persecución política, o involucradas en lo que reiteradamente se denominaban delitos políticos o delitos comunes con nexos a los delitos políticos.

De la revisión de los Tratados en América Latina se puede decir que desde el siglo XIX existe la preocupación central por asilo, mas no por el refugio. El asilo estaba dirigido a proteger a aquellos personajes cuya vida política estaba vinculada al poder.¹¹

Entre 1950 y 1970 América Latina recibió una significativa presencia de refugiados provenientes de la postguerra europea, lo que hizo que se preste enorme interés a la temática del refugio; y en consecuencia, se mire con mayor

¹⁰ Op. Cit., nota 7, p. 112.

¹¹ Ibídem, p. 113.

interés a los instrumentos que regulaban o regulan la protección de los refugiados: (cfr. ACUÑA, BENALCÁZAR, LÓPEZ Y SAAVEDRA, p. 113).

En los años sesenta América Latina vivió un profundo proceso de transformación social, donde algunos gobiernos de la región, brindaron apoyo a refugiados que huyeron de regímenes autoritarios europeos (...). A esto se sumó que las Naciones Unidas aprobaran en 1966 el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos Sociales y Culturales, el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados en 1967 y la suscripción, en 1969 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.¹²

Lo que refleja nuevamente, el estrecho vínculo que existe entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional de los Refugiados.

En la década de los 70, Latinoamérica inicia una fase histórica muy crítica, puesto que las dictaduras militares en el Cono Sur: Chile y Argentina, por ser regímenes autoritarios, generaron miles de exiliados, dígase asilados. ACNUR, además, de preocuparse por las víctimas de estos hechos (unos 5.000 refugiados latinoamericanos dejaron Chile con destino a unos 10 países diferentes), debió hacer frente al reasentamiento de miles de europeos que habían llegado principalmente a Argentina, Uruguay y Chile.

A finales de la década de los 70, nuevos conflictos políticos y sociales, esta vez en Centroamérica, particularmente en Nicaragua, Guatemala y El Salvador, por razones de guerras civiles internas, generaron flujos masivos de refugiados que caracterizaban nuevas situaciones. Lo que conlleva a que se dé una respuesta y política normativa por parte de los países receptores; orientada a regular las causas y efectos de los desplazamientos masivos de personas; la cual posteriormente se consolidó en la Declaración de Cartagena de 1984, inspirada por la Convención de la Organización de la Unidad Africana de 1974. En el coloquio sobre el Asilo y la protección internacional de refugiados en América Latina, realizado en Tlatelolco, México en 1981, se planteó la necesidad de extender la protección para los refugiados a todas aquellas personas que huyen de su país a causa de agresión, ocupación o dominación extranjeras, violación masiva de los Derechos Humanos, o acontecimientos que alteren seriamente el orden público (...).¹³

¹² Op. Cit., nota 7, p. 113.

¹³ *Ibidem*, p. 114.

Estos avances normativos que amplían la definición de refugio a la luz de nuevas situaciones históricas y sociales, fueron promovidas por el ACNUR y el replanteamiento del concepto de refugiado alentado por la Organización de la Unidad Africana (OUA)¹⁴, la cual considera 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. (cfr. ACUÑA, BENALCÁZAR, LÓPEZ Y SAAVEDRA, p. 115).

Esta definición ampliada de refugiado, fue acogida íntegramente por la Declaración de Cartagena de 1984¹⁵, a pesar de que no es vinculante jurídicamente para los Estados de manera formal, es a la luz de la práctica internacional, una definición que podría estar integrada plenamente al derecho consuetudinario internacional, pues la práctica de los Estados de la Región ha sido permanente y reiterada al recibir, atender y proteger a la población refugiada bajo las características planteadas por la Declaración de Cartagena. (cfr. ACUÑA, BENALCÁZAR, LÓPEZ Y SAAVEDRA, p. 115).

En todo caso, cabe mencionar, que la definición de refugiado desarrollada en este instrumento es de obligatorio y vinculante cumplimiento para el Ecuador, puesto que está recogida en el artículo 2 del Decreto Ejecutivo 3301 de 1992.

Además, el artículo 11 numeral 3 de la Constitución de la República dispone que: *Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos de Derechos Humanos serán de directa e inmediata aplicación.* Consecuentemente, la Declaración de Cartagena de 1984 al recoger derechos humanos se convierte en un instrumento jurídico de directa e inmediata aplicación en el país.

La Declaración de Cartagena de 1984 no es un instrumento de Derechos Humanos, al estar dentro del Derecho Internacional de los Refugiados, rama

¹⁴ Convención de la Organización para la Unión Africana por la que se regulan los Aspectos Específicos de Problemas de los Refugiados en África, suscrita el 20 de junio de 1974, Art. 1, numeral 2, en <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/1270.pdf>.

¹⁵ Declaración de Cartagena sobre Refugiados, suscrita en Cartagena de Indias el 22 de noviembre de 1984, Conclusión No. 3, en <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/0008.pdf>.

independiente del derecho. Sin embargo, recoge derechos humanos; y como se mencionó, las dos ramas del derecho están íntimamente relacionadas:

(...) tres grandes vertientes de protección internacional de la persona humana-Derechos Humanos, Derecho de los Refugiados, Derecho Humanitario- (...). Pero esto no excluye la posibilidad, ya concretada en la práctica, de la aplicación simultánea de las tres vertientes de protección, o de dos de ellas, precisamente porque son complementarias. Y aún más, se dejan guiar por una identidad de propósito básico: la protección de la persona humana en todas y cualquier circunstancia.¹⁶

Por ello, al compartir en el plano normativo, principios y derechos el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional de los Refugiados, no cabe excluir del artículo 11 numeral 3 a los instrumentos internacionales del derecho de los refugiados, pese a que son vertientes o ramas del derecho totalmente independientes la una con la otra. Además, el fin último del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, así como, del Derecho Internacional de los Refugiados es la protección de la persona humana, como se mencionó.

En 1995 a través de la resolución No. 1336 de 9 de junio de 1995; la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos resuelve promover un proceso de armonización legal en materia de refugiados, tomando en cuenta los principios contenidos en instrumentos tales como la Convención de Ginebra de 1951, su Protocolo de 1967, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Declaración de Cartagena de 1984 y la Declaración de San José de 1994. (cfr. ACUÑA, BENALCÁZAR, LÓPEZ Y SAAVEDRA, p. 116).

En mayo de 1999, se celebra en México el Seminario Regional sobre Acciones Prácticas en el Derecho de los Refugiados, que concluye con la Declaración de Tlatelolco sobre acciones prácticas en el Derecho de los refugiados en América Latina y el Caribe que afirma, que la definición del

¹⁶ A. Cancado Trinidad, "Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Internacional de los Refugiados y Derecho Internacional Humanitario: Aproximaciones y Convergencias", recopilado por A. Cancado Trinidad, G. Peytrignet y J. Ruiz de Santiago, *Las Tres Vertientes de la Protección Internacional de los Derechos de la Persona Humana*, Ed. Porrúa, México, 2003, p. 106.

término refugiado de la Declaración de Cartagena, constituye en la actualidad una realidad jurídica en la región y ha permitido asegurar la protección de personas necesitadas de la misma. (cfr. ACUÑA, BENALCÁZAR, LÓPEZ Y SAAVEDRA, p. 116-117).

Lo que se evidencia en el caso ecuatoriano, puesto que muchos refugiados colombianos, sobre todo, han sido declarados como tales por el Estado conforme lo dispuesto en la Declaración de Cartagena de 1984.

1.4. Principios del Derecho Internacional de los Refugiados.

1.4.1. Principio de no devolución.

En mi criterio, el principio rector en el Derecho de Refugio es la No Devolución¹⁷ (*Non-refoulement*)¹⁸. Principio por el cual ninguna persona puede ser repatriada en contra de su voluntad, a un territorio en el cual pudiera quedar expuesta a la persecución o su vida, seguridad o libertad estuvieran amenazadas por situaciones adversas en su país de origen o residencia habitual. Así lo manifiesta el artículo 33 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 al disponer que 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 religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social o de sus opiniones políticas.”

Este principio imperativo, es también recogido por la Declaración de Cartagena de 1984 y el Estado ecuatoriano lo incorpora en el Decreto Ejecutivo 3301 de 1992 en su artículo 13, al establecer que: “ninguna persona será rechazada en la frontera, devuelta, expulsada, extraditada o sujeta a medida

¹⁷ Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008, Art. 66 numeral 14: (...) las personas extranjeras no podrán ser devueltas o expulsadas a un país donde su vida, libertad, seguridad o integridad o la de sus familiares peligren por causa de su etnia, religión, nacionalidad, ideología, pertenencia a determinado grupo social, o por sus opiniones políticas.

¹⁸ ACNUR, *Manual de 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 los Refugiados*, párrafo 192 literal i), *Interpretación del artículo 1 de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados*, 2001, párrafo 5 y, *Convención sobre el Estatuto de los Refugiados*, 1951 artículo 33, en http://www.acnur.org/paginas/index.php?id_pag=4719

alguna que obligue a retornar al territorio donde su integridad física o libertad personal esté en riesgo (...)"

El principio a la No Devolución se dice fue ampliado por la Convención de Naciones Unidas Contra la Tortura¹⁹, ya que ésta prohíbe que una persona sea retornada a un país en donde pueda sufrir actos de tortura.

Cabe recalcar, que este principio es considerado como norma *Jus Cogens*²⁰, porque:

(...) es una 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.²¹

De igual manera, lo considera la doctrina:

El principio de *non refoulement* conforma en la actualidad una norma imperativa de Derecho Internacional general (*jus cogens*) y todo acto internacional que contravenga, particularmente todo tratado internacional, es nulo de pleno derecho. Tal principio impone a todos los Estados una obligación *erga omnes*, de cumplimiento universalmente exigible, cuya violación grave,

¹⁹ Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, suscrita el 10 de diciembre de 1984, artículo 3 en <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/0020.pdf>.

²⁰ Declaración y Plan de Acción de México para fortalecer la protección internacional de los refugiados en América Latina, 2004, párrafo preliminar 7, en <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/3017.pdf>: Reconociendo el carácter de *jus cogens* del principio de la no-devolución (*non-refoulement*), incluyendo el no rechazo en frontera, piedra angular del derecho internacional de los refugiados, recogido en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967 en <http://www.acnur.org/secciones/index.php?viewCat=16>, y afirmado asimismo en el artículo 22 (8) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en <http://www.oas.org/Juridico/spanish/tratados/b-32.html>, y el artículo 3 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Véase también la Sección III (5) de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados, 1984, nota 26 supra: Este principio imperativo [de no devolución] en cuanto a los refugiados, debe reconocerse y respetarse en el estado actual del derecho internacional, como un principio de *jus cogens*. Véase la 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, en <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/7123.pdf>, párrafo 21: La prohibición de tortura (...) ha alcanzado el rango de norma perentoria del derecho internacional, o *jus cogens*. Incluye, como un componente fundamental e inherente, la prohibición de devolución al peligro de tortura, y de esta forma impone una prohibición absoluta a cualquier forma de regreso forzado al peligro de tortura que es vinculante para todos los Estados, incluyendo aquellos que no son parte de los instrumentos pertinentes.

²¹ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, suscrita el 23 de mayo de 1969, artículo 53, en <http://www.ajol.us.es/eulalia/derecho%20internacional/materiales%20dpto/cv1969.htm>.

perpetrada de modo continuado y sistemático, podría constituir un crimen internacional del Estado responsable.²²

El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos²³, refiriéndose al derecho a buscar asilo y a disfrutar de él, reconoce que:

(...) el principio de no devolución enunciado en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados y su Protocolo, (...) no implica ninguna limitación geográfica y que por consiguiente, el traslado de un refugiado desde un país a un tercer país que posteriormente enviará al refugiado hacia el lugar donde se teme sea objeto de persecución, constituye una devolución indirecta en violación de los instrumentos internacionales de derechos humanos mencionados.

Por todo lo mencionado, los Estados que no son Parte de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados o de otro documento Internacional que lo recoja, están en la obligación de cumplir con él.

La diferencia entre la devolución y la expulsión es sutil pero clara; el principio de no devolución o *non refoulement* consiste en la prohibición para el Estado receptor de poner a la persona de vuelta en el país del que salió y en el que alberga fundados temores de persecución por los motivos establecidos por la Convención. La expulsión consiste en sacar a la persona del territorio del país receptor para enviarlo a cualquier otro territorio en el que pueda sufrir persecución en los términos establecidos por la misma Convención. Ambas disposiciones abarcan además las situaciones de hecho que puedan tener directa o indirectamente el mismo resultado, es decir, colocar al solicitante o refugiado declarado en una posición de indefensión o dificultad tal en el país en el que está buscando asilo, que su única alternativa sea la de retornar a su país o trasladarse a otro en el que pueda verse perseguido; convirtiéndose así, en una devolución o expulsión de facto.

Un punto que, sin duda, llama la atención, es que estas disposiciones carecen del carácter de absolutas, únicamente por lo establecido en la misma

²² X. PONS RAFOLS, *La declaración Universal de los Derechos Humanos*, e.d. Icaria, Barcelona, España, 1998, p. 259.

²³ Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Resolución de la Subcomisión de Derechos Humanos*, Sesión 27, 2000.

Convención, en ambos casos, tanto en lo referente al principio de no devolución como en el caso de la prohibición de expulsión, dentro de los mismos artículos - 32 y 33 - que los definen, se encuentran las excepciones a su aplicación.

Artículo 32. -- Expulsión

1. Los Estados Contratantes no expulsarán a refugiado alguno que se halle legalmente en el territorio de tales Estados, a no ser por razones de seguridad nacional o de orden público.

2. La expulsión del refugiado únicamente se efectuará, en tal caso, en virtud de una decisión tomada conforme a los procedimientos legales vigentes. A no ser que se opongan a ello razones imperiosas de seguridad nacional, se deberá permitir al refugiado presentar pruebas exculpatorias, formular recurso de apelación y hacerse representar a este efecto ante la autoridad competente o ante una o varias personas especialmente designadas por la autoridad competente.

3. Los Estados Contratantes concederán, en tal caso, al refugiado un plazo razonable dentro del cual pueda gestionar su admisión legal en otro país. Los Estados Contratantes se reservan el derecho a aplicar durante ese plazo las medidas de orden interior que estimen necesarias.

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.

Resulta particularmente interesante el análisis que se debe realizar al momento de exceptuar a una persona del beneficio del principio de no devolución, ya que existen matices que no se pueden ignorar al momento de sopesar los bienes jurídicos que se encuentran en juego, así, si bien es cierto, la misma Convención expresa supuestos en los cuales, a pesar de la condición de refugiado de una persona, de cualquier modo se puede llevar a cabo su devolución, existen otros instrumentos de derecho internacional en materia de derechos humanos que prohíben a los Estados exponer a una persona a que sea víctima de tortura, de este modo, si se tienen razones fundadas para

considerar que en caso de devolver a una persona a su país de origen va a ser torturado, la devolución no se puede llevar a cabo. Por ello, se debe hacer un “análisis de proporcionalidad”, que consiste en evaluar y sopesar si los bienes jurídicos que se pretenden proteger con la devolución de la persona en el país de asilo, son de mayor importancia que la posibilidad razonable de que la misma se vea expuesta a ser torturado en los términos de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura²⁴.

Sin embargo, el análisis no cesa ahí, pues además existe otra consideración que realizar respecto de este tema. La Convención establece, en su artículo 1 literal F, las circunstancias en las que se debe considerar que una persona, a pesar de reunir los elementos que requiere la definición para ser considerado como refugiado, no merece la protección internacional - subsidiaria - por los actos que en sus supuestos se describe:

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.

Esto está directamente relacionado con lo mencionado acerca de las excepciones al beneficio del principio de no devolución; de la redacción de la Convención se puede ver claramente que el Art. 1 lit. F, letra b) se refiere a la generalidad de delitos comunes; en concordancia con lo antes mencionado sobre la prohibición establecida por la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, no se debería exceptuar a una persona de la protección internacional si de graves delitos comunes se trata, no obstante, en los otros dos literales, a) y c), por la misma naturaleza de los actos a los que se refieren, ni siquiera las disposiciones de dicha Convención le serán aplicables a

²⁴ Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar La Tortura, suscrita en Cartagena de Indias el 12 de septiembre de 1985.

la persona, por tratarse de delitos no amnistiabiles e imprescriptibles conforme a lo establecido en los considerandos citados a continuaci3n, as3 como por el art3culo 29 del Estatuto de la Corte Penal Internacional²⁵:

- Teniendo presente que, en este siglo, millones de ni1os, mujeres y hombres han sido v3ctimas de atrocidades que desaf3an la imaginaci3n y conmueven profundamente la conciencia de la humanidad [...]
 - Afirmando que los cr3menes m3s graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperaci3n internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acci3n de la justicia [...]
 - Decididos a poner fin a la impunidad de los autores de esos cr3menes y a contribuir as3 a la prevenci3n de nuevos cr3menes [...]"
- Los cr3menes de la competencia de la Corte no prescribir3n.

De este modo se busca que el reconocimiento del estatuto de refugiado no sirva como una v3a para incentivar la impunidad, particularmente cuando se trata de delitos tan graves como los que entran dentro del 3mbito de aplicaci3n del Estatuto de Roma.

1.4.2. Detenci3n ilegal y arbitraria / No Prohibici3n por ingreso ilegal.

A diferencia de lo que ocurre con el derecho a ser documentado, la Convenci3n de 1951 establece reglas claras en cuanto a la prohibici3n de detener arbitraria o ilegalmente a los solicitantes de refugio mientras se encuentran en el pa3s de acogida y a la espera de una respuesta definitiva por parte de las autoridades, en el Ecuador esta disposici3n es perfectamente aplicable, pues no se ha seguido la l3nea de los "campamentos" de refugiados que se sigue en otros pa3ses, por ejemplo Kenia o Argelia; los solicitantes de refugio, deben gozar de su libertad personal, de la cual podr3n ser privados 3nicamente si, conforme a derecho, y siguiendo los principios del debido proceso, as3 se determina; mas no por su situaci3n migratoria indefinida.

²⁵ Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Roma, 1998, en <http://www.derechos.net/doc/tpi.html>

En el Ecuador se prohíbe la detención (aún legal) de las personas que hayan ingresado irregularmente al territorio ecuatoriano, siempre y cuando se trate de personas en situación de refugio y así lo aleguen, pero sujetos a la condición de que se presenten inmediatamente ante las autoridades y expliquen el motivo para su ingreso bajo esas circunstancias. Así lo dispone el artículo 31 de la Convención de Ginebra de 1951:

Artículo 31. -- Refugiados que se encuentren ilegalmente en el país de refugio

1. Los Estados Contratantes no impondrán sanciones penales, por causa de su entrada o presencia ilegales, a los refugiados que, llegando directamente del territorio donde su vida o su libertad estuviera amenazada en el sentido previsto por el artículo 1, hayan entrado o se encuentren en el territorio de tales Estados sin autorización, a condición de que se presenten sin demora a las autoridades y aleguen causa justificada de su entrada o presencia ilegales.

2. Los Estados Contratantes no aplicarán a tales refugiados otras restricciones de circulación que las necesarias; y tales restricciones se aplicarán únicamente hasta que se haya regularizado su situación en el país o hasta que el refugiado obtenga su admisión en otro país. Los Estados Contratantes concederán a tal refugiado un plazo razonable y todas las facilidades necesarias para obtener su admisión en otro país.

La Constitución a través de su artículo 41 refuerza lo mencionado anteriormente, cuando menciona que no se aplicará a las personas solicitantes de asilo o refugio sanciones penales por el hecho de su ingreso o de su permanencia en situación de irregular. Por su parte, el Decreto Ejecutivo 3301 de 1992 en su artículo 3 establece de modo categórico la obligación de permitir el ingreso de toda persona que alegue encontrarse en situación de refugio, eliminando toda posibilidad de llevar a cabo procedimientos de rechazo en frontera, puesto que como se mencionó, esto implicaría una violación al principio de no devolución y al derecho de asilo²⁶, puesto que se le pondría a la persona en una situación, en la cual, está obligada a regresar a su país de origen o residencia habitual, en donde su vida, libertad y seguridad corren peligro.

²⁶ El derecho al asilo, que es la base del refugio, inicia con el acceso al territorio y su posterior permanencia en él.

No obstante de lo expuesto, si bien la disposición del artículo 7 del Decreto 3301 de 1992, establece limitaciones por el ingreso ilegal de la persona al territorio ecuatoriano, a la par que fija un tiempo límite para su comparecencia a solicitar refugio, estas no son tomadas en cuenta mas que excepcionalmente por la Comisión para la determinación del estatuto de refugiado de la Dirección General de Refugiados, ya que la misma Constitución, en su artículo 75 establece una máxima elemental para la realización plena de muchos de los Derechos Humanos que asisten a los solicitantes de refugio, refugiados en general, porque no se puede sacrificar la justicia por meras formalidades:

Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con la sujeción a los principios de inmediación y celeridad, **en ningún caso quedará en indefensión.** (el resaltado me pertenece).

La práctica ha permitido ver que en el Ecuador, a pesar de las disposiciones establecidas en los párrafos anteriores sobre la prohibición de realizar detenciones ilegales para con los solicitantes de refugio, todavía se priva de la libertad a personas que alegan la condición de solicitantes de refugio, e incluso se inician trámites de deportación mientras se verifica la autenticidad del documento de identificación, violando flagrantemente no solo este derecho, sino el principio de no devolución²⁷.

1.4.3. No Discriminación.

De acuerdo a un estudio realizado por Fundación Regional de Asesoría de Derechos Humanos (INREDH)²⁸ la realidad en el Ecuador para la población en situación de refugio no es muy alentadora en cuanto a la no-discriminación.

²⁷ G. BENAVIDES LLERENA, "Demanda Colombiana de Refugio: Contexto y Desarrollo", en Ponencia presentada en el Seminario: *Relaciones Ecuador – Colombia, Los/as Refugiados/as Colombianos/as en Ecuador*, en http://www.mmrree.gov.ec/mre/documentos/ministerio/planex/ponencia_benavides_ecu_col.pdf 7.

²⁸ S. RODAS LEÓN, *Refugiadas y trabajadoras, Las condiciones laborales de las mujeres en situación de refugio*, Quito, INREDH, 2006. pp. 67-68.

De acuerdo a dicho informe, este grupo se ve expuesto en cuatro campos: discriminación por ser de nacionalidad colombiana, por trabajo, por ser refugiado/a y por razones étnicas.

De igual manera, la no discriminación ampara a los solicitantes de refugio, no solo por la disposición de la Convención de 1951, sino también, por lo regulado en la amplia legislación internacional de derechos humanos, este principio de “no discriminación” es una de las bases, ya que atañe a todas las etapas del proceso, de este modo se vela porque no se dé un tratamiento diferenciado en el acceso al mismo, sino también en las actuaciones (entrevista, documentación, garantías, recursos) y la resolución final. Sin embargo, no es solo en la esfera de lo procedimental que este derecho cobra fundamental importancia, sino que su aplicación debe extenderse sin limitación a todos los demás derechos de los que gozan los solicitantes en el país.

También resulta importante hacer una distinción en cuanto a este derecho, puesto que en ocasiones, el tratamiento diferenciado por consideraciones especiales, como la vulnerabilidad, indefensión o fragilidad de un grupo de personas (en situación de refugio por ejemplo) no necesariamente representará discriminación, sino que se busca, con ese tratamiento diferenciado, que estas personas puedan acceder y ejercer derechos que de otro modo no podrían alcanzar.

La Convención de 1951 establece claramente la prohibición de que se aplique cualquier medida que pueda representar discriminación en contra de un solicitante de refugio o refugiado:

Artículo 3. -- Prohibición de la discriminación

Los Estados Contratantes aplicarán las disposiciones de esta Convención a los refugiados, sin discriminación por motivos de raza, religión o país de origen.

La Constitución dentro de la legislación nacional regula expresamente la igualdad y no-discriminación en el goce y ejercicio de los derechos de los extranjeros, naturalmente este es un grupo general en el que se hallan particularmente los solicitantes de refugio:

Art. 9.- Las personas extranjeras que se encuentren en el territorio ecuatoriano tendrán los mismos derechos y deberes que los ecuatorianos (...).

Existen otros artículos en la Constitución ecuatoriana que promueven la igualdad y la no discriminación, que se citarán y analizarán más a fondo posteriormente.

Por otro lado, aunque el Decreto Ejecutivo 3301 de 1992 no dispone nada al respecto del principio de no discriminación; por las normas expresas en la Constitución y los instrumentos internacionales, queda cubierto el tratamiento en igualdad de condiciones en y ante la ley al que tienen derecho los solicitantes de refugio. Este principio se extiende a todos los aspectos de la vida jurídica de los solicitantes de refugio, mientras subsista tal condición, es decir, no se refiere únicamente al tratamiento no discriminatorio dentro del proceso de determinación de la condición de refugiado (en cualquiera de las etapas), sino a la posibilidad de ejercicio o exigencia de cualquier otro derecho que le asista legalmente.

Conforme al análisis presentado por BENAVIDES en su documento *Demanda Colombiana de Refugio: Contexto y Desarrollo*²⁹ existe una marcada falencia del Estado ecuatoriano en la protección del ejercicio de derechos por parte de los solicitantes de refugio, esto tiene que ver en parte con el desconocimiento de la institución del refugio, pero principalmente con una incorrecta interpretación de la normativa vigente. Esta situación evidencia la necesidad de desarrollar propuestas de reformas, o al menos acuerdos ministeriales en la legislación pertinente con miras a contemplar de modo expreso la situación especial de la población en situación de refugio en el país. (cfr. Benavides).

²⁹ Op. Cit., nota 27.

1.4.4. Principio de unidad familiar / reunificación familiar.

No se puede dejar de lado el derecho de todo ser humano a tener una familia, y que el Estado en el que se encuentre proteja y procure el bienestar y unión de la misma.

Los solicitantes de refugio usualmente, aunque no siempre, procurarán que la seguridad que buscan para sí mismos se haga extensiva a su familia, el Estado no puede, menos que tomar todas las acciones necesarias para que se preserve en todo momento la unidad familiar de las personas que buscan ser reconocidas como refugiados. En ciertas ocasiones, los solicitantes de refugio no se encontraran en compañía de uno, varios o todos los miembros de su núcleo familiar, esto no impedirá que una vez que dichos miembros de la familia del solicitante ingresen al país y deseen unirse a su petición, el Estado les brinde las facilidades para que su propósito se cumpla.

Este derecho, conocido como principio de unidad familiar, o “reunificación familiar” tiene como efecto principal que los familiares dependientes (menores de edad, excepto cónyuge) de un solicitante de refugio se vean afectados por la decisión que realiza el órgano decisor en materia de refugio, ya sea con el reconocimiento de la condición de refugiado, o con la negativa del mismo; en el primer caso, el status de refugiado/a que adquiere el familiar del solicitante principal, se denomina “status derivativo”, si la respuesta es negativa, dicha persona se verá afectada por tal resolución. Sin embargo de lo anterior, existen casos en los que, tras el análisis de la solicitud de la persona principal y las consecuentes entrevistas ya se a él o a otro miembro de la familia, se llega a determinar que deben tomarse decisiones independientes o autónomas para cada uno de los integrantes del grupo familiar, resultando en la aceptación de algunos y la negativa de otros. Afortunadamente, estos casos son una excepción y por lo general la unidad del grupo familiar se mantendrá en el país de refugio.

No obstante, la aparente claridad respecto de este derecho de los solicitantes, existe sin duda una cuestión que puede presentar un desafío al momento de aceptar en el proceso de determinación de la condición de refugiado a uno o varios de los integrantes del grupo familiar del solicitante, ya

que en ocasiones se presentan personas que no están directamente vinculadas con la persona en razón de parentesco, sino mas bien por cuestiones de dependencia económica o emocional, por ejemplo hijos de crianza menores de edad (no legalmente adoptados) o personas de tercera edad que dependen del solicitante principal. La cuestión de qué se entiende puramente por unidad familiar en este campo en particular, se ha resuelto con una interpretación de lo que significa “grupo familiar”; en el Ecuador la conclusión ha sido que el principio se refiere a las personas menores de edad o mayores de edad en alguna circunstancia de vulnerabilidad (edad, salud, etc.) dependientes económicos y emocionales del solicitante principal³⁰.

La Convención de 1951, a pesar de lo fundamental de este derecho, no lo reconoce expresamente, sin embargo, la Declaración de Cartagena de 1984 si protege la unidad familiar de los solicitantes de refugio en su conclusión decimotercera:

Reconocer que la reunificación de las familias constituye un principio fundamental en materia de refugiados, el cual debe inspirar el régimen de tratamiento humanitario en el país de asilo y de la misma manera las facilidades que se otorguen en los casos de repatriación voluntaria.

La familia como núcleo fundamental de la sociedad y el derecho de las personas de que sea protegida están reconocidos por la Constitución en el artículo 67:

Art. 67.- Se reconoce la familia en sus diversos tipos. El Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Estas se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes. El matrimonio es la unión entre hombre y mujer, se fundará en el libre consentimiento de las personas contrayentes y en la igualdad de sus derechos, obligaciones y capacidad legal.

Las familias de los solicitantes de refugio gozan de reconocimiento y protección de sus derechos durante y al terminar el procedimiento de

³⁰ Información obtenida en la Dirección General de Refugiados del Ministerio de Relaciones Exteriores, sobre el criterio utilizado para determinar los integrantes de un grupo familiar, 2009.

determinación de la condición de refugiado en el Ecuador, también, por lo establecido en el artículo 20 del Decreto 3301: “En el caso de aceptar al solicitante en calidad de refugiado, la Comisión dictará una resolución en tal sentido y dispondrá que se notifique el particular y otorgue la visa 12-IV, al igual que el respectivo de identificación, tanto al titular como a sus dependientes”. Sin embargo, todavía existen dificultades que impiden la completa satisfacción de sus necesidades, en particular los derechos a la educación y la salud de los dependientes de los solicitantes principales.

1.5. Definiciones y Conceptos.

Según el artículo 1 sección A numeral 2 de la Convención de Ginebra de 1951, y su Protocolo de 1967, un refugiado es una persona que:

(...) debido a fundados temores de ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no puedan o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él.

Cuando el mencionado artículo hace referencia a “fundados temores”³¹, estamos frente a dos elementos uno objetivo (fundados) y otro subjetivo (temores). El temor que siente el solicitante es fundado cuando se basa en situaciones reales u objetivas, como sus experiencias o las de sus allegados. Tomando en consideración, aunque no es imprescindible, la información sobre la situación actual de su último lugar de residencia o país de origen.

³¹ ACNUR, *Nota sobre la Carga y el Mérito de la Prueba en las Solicitudes de Asilo*, 1998, párrafo 19, *Procesos de Asilo (Procedimientos de Asilo Justos y Eficientes)*, párrafos 38 – 40, Manual de Procedimientos Artículo 42, en <http://www.acnur.org/secciones/index.php?viewCat=1094>

Por otra parte, como señala LARENAS³², otro elemento de la definición de refugiado es la persecución (grave violación de derechos humanos que atenta contra la dignidad humana de las personas)³³ la cual puede ser actual o futura³⁴. (cfr, Larenas, p. 24). Esta persecución debe estar basada en uno de los cinco motivos establecidos por la Convención de Ginebra de 1951, los cuales son: raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas. A este respecto conviene recordar el párrafo 51 de la guía establecida por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR):

No existe una definición universalmente aceptada del concepto de “persecución” y los diversos intentos de formularla han tenido escaso éxito. Del artículo 33 de la Convención de 1951 puede deducirse que toda amenaza contra la vida o la libertad de una persona por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas es siempre persecución. También constituirían persecución otras violaciones graves de los derechos humanos por las mismas razones.

Además, existen motivos concurrentes³⁵, relacionados con actos discriminatorios, que pueden configurar persecución en contra de una persona. Esto tiene como fundamento el párrafo 54 del Manual de Procedimientos citado:

Sólo en determinadas circunstancias esa discriminación constituirá persecución. Así ocurriría si las medidas de discriminación tuvieran consecuencias de carácter esencialmente lesivo para la persona de que se tratase, como, por ejemplo, si limitaran gravemente su derecho a ganarse la vida, a practicar su religión o a tener acceso a los servicios de enseñanza normalmente asequibles.

³² G. LARENAS SERRANO, *El Asilo Político y el Refugio, hacia una nueva Convención Internacional*, e.d. ALDHU-ILDIS, Quito, 1993.

³³ Véase, Dawson J In Chan (at 399-400), citado por High Court of Australia, en Kord v. Minister for Immigration and Multicultural Affairs , párr 20.

³⁴ ACNUR, *Manual de 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 los Refugiados*, párrafo 45, en http://www.acnur.org/paginas/index.php?id_pag=4719.

³⁵ Ibidem, párrafo 55.

Otro de los elementos que conforma la definición de refugiado es el hecho que el solicitante no quiere o no puede acogerse a la protección de su Estado, esto se da porque existen circunstancias de alto riesgo para su seguridad personal en el país de origen o residencia habitual. Por lo tanto, como menciona LARENAS SERRANO existen tres aspectos que deben tomarse en consideración en el presente análisis:

El primero se refiere a la circunstancia de hallarse fuera del país de su nacionalidad³⁶. El segundo es la incapacidad de la persona para ejercer su derecho fundamental de ser protegido por su país (o el Estado no tiene las intenciones de proteger a la persona)³⁷ (Estado como agente de persecución)³⁸. El tercero se relaciona con su libre voluntad o albedrío para no acogerse a la protección que podría darle su país.³⁹

Con respecto al tercer elemento, debemos tomar en cuenta que la voluntad de la persona para acogerse a la protección de su país o residencia habitual, no es una cuestión arbitraria, ya que el agente persecutor es el aparato estatal o en su defecto, éste no puede proporcionarle la protección que necesita⁴⁰.

Lo antes mencionado se fundamenta en el Manual de 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 los Refugiados del ACNUR; pese a que no es un instrumento de carácter vinculante (*soft law*)⁴¹, la Dirección General de Refugiados del Ministerio de

³⁶ Op. Cit., nota 34, párrafos 187-193.

³⁷ Ibidem, párrafos 97- 105.

³⁸ ACNUR, *Agentes de Persecución*, 1995 y "Sección Criterios de Inclusión Motivos del Artículo 1.A.2", en *Documentos y Políticas del ACNUR sobre la Protección Internacional*, en: <http://www.acnur.org/secciones/index.php?viewCat=1109>. Véase también en *Manual de 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 los Refugiados*, párrafo 65.

³⁹ Op. Cit., nota 32, p.25

⁴⁰ ACNUR, *Manual de 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 los Refugiados*, párrafo 100, en http://www.acnur.org/paginas/index.php?id_pag=4719

⁴¹ J. SZTUCKI, "Reflections on International "Soft Law" Studies" en *International Law Nordens Stockholm*, 1990, pp. 549-575: empleado por la doctrina para describir principios, reglas, estándares, o directrices que carecen de efecto vinculante, aunque no dejan por ello de producir determinados efectos jurídicos.

Relaciones Exteriores en los análisis de los casos de elegibilidad lo utiliza de forma sostenida. Al igual, que el resto de las directrices y consideraciones que emite esta dependencia de las Naciones Unidas.⁴²

Cabe precisar, que la práctica generalizada⁴³ de la aplicación de las directrices y recomendaciones del ACNUR en materia de refugio, por parte de la Dirección General de Refugiados, se ha cristalizado en el tiempo, por la reiterada y sostenida aplicación de estas. Lo que conlleva a concluir que se trata de una verdadera costumbre implementada por éste órgano de gobierno:

Como ilustración de las prácticas generales de los Estados, se pueden consultar diferentes actos y declaraciones de jefes de Estado y agentes diplomáticos, opiniones de asesores jurídicos a Gobiernos, tratados bilaterales, comunicados de prensa o declaraciones oficiales de portavoces gubernamentales, leyes estatales, decisiones de tribunales nacionales, y prácticas militares o administrativas de los Estados. (el subrayado me pertenece).⁴⁴

Además, hay que considerar lo que menciona el Preámbulo de la Convención Sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, con respecto a la cooperación que debe existir entre los Estados miembros y el ACNUR, ya que de esa manera se podrá velar de una forma efectiva el derecho de los refugiados y solicitantes de refugio:

Tomando nota de que el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados tiene por misión velar por la aplicación de las convenciones internacionales que aseguran la protección a los refugiados, y reconociendo que la coordinación efectiva de las medidas adoptadas para resolver ese problema dependerá de la cooperación de los Estados con el Alto Comisionado. (el subrayado no pertenece al texto original).

Así mismo, lo dispone el artículo 35 de la Convención de 1951, cuando menciona que “Los Estados Contratantes se comprometen a cooperar en el

⁴² Información obtenida de la Dirección General de Refugiados, 2009.

⁴³ Corte IDH, *Artículo 55 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión Consultiva OC-20/09 de 29 de septiembre de 2009.

⁴⁴ C. de Rover, “Conceptos básicos del derecho internacional”, en *Servir y Proteger*, recopilado por A. Ponce Villacís en *Materiales para la discusión del Derecho Internacional Humanitario*, Universidad San Francisco de Quito, Quito, s.e., 2006, p. 3.

ejercicio de sus funciones con la Oficina del alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados”.

La Cooperación que deben tener los Estados con el ACNUR, a mas de las conversaciones y políticas que puedan llegar de común acuerdo, con respecto a la situación y proceso de elegibilidad de la población refugiada, se refiere a que los Estados deben tomar en consideración - al momento de aplicar los instrumentos internacionales del derecho de los refugiados - las recomendaciones y directrices que promulgue este Alto Comisionado de las Naciones Unidas.

Por otro lado, DEMUTH acota que:

Únicamente desde 1994 el ACNUR (dependencia de la ONU para los refugiados) consideró que los desplazados internos (“IDPs”) poseen las mismas cualidades que los refugiados; las cuales según la autora son: “Ser desarraigado, sin hogar y carecer de protección Estatal, cabe destacar, que la protección Estatal debe ser efectiva”.⁴⁵

Como menciona LARENAS SERRANO, en estos casos intercede la protección internacional, al ser subsidiaria a la protección Estatal, puesto que su país de origen o residencia habitual no quiere brindarle protección o no puede hacerlo, porque el agente de persecución escapa al control estatal o el aparato estatal no cuenta con los mecanismos adecuados para proteger a su nacional en todo su territorio. (cfr. LARENAS SERRANO, p. 25) Consecuentemente, el Estado receptor se ve en la obligación de proteger a la persona afectada gracias al carácter vinculante de la Convención de Ginebra.

De igual manera, con el fin de ahondar en el tema de la subsidiaridad de la protección internacional en el caso de los solicitantes de refugio y los refugiados reconocidos, es preciso mencionar las reflexiones realizadas por NAMIHAS y CANCADO TRINIDADE. Según mi opinión, la base de la protección internacional radica en el hecho que los derechos humanos son inherentes a la persona humana, por lo que estos deben ser garantizados por todos los

⁴⁵ A. DEMUTH, “Some conceptual thought on migration”, en B. AGOZINO, *Theoretical and methodological issues in migration research*, e.d. Ashgate Publishing, 2000, p.24.

Estados y naciones, sin importar la condición en la que se encuentre la persona en dicho territorio, sea ésta regular o irregular:

Si los derechos humanos conocen una internacionalización constante y en progreso, no se debe olvidar, sin embargo, que la protección jurídica internacional de los mismos continúa poseyendo un carácter subsidiario de la protección nacional.⁴⁶

El gradual reconocimiento por los Estados de la naturaleza subsidiaria de los procedimientos internacionales de solución de supuestas violaciones de Derechos Humanos contribuyó considerablemente para hacer posible el progreso en esta área (...) se volvió patente, en la operación de tal sistema de protección internacional, inherentes a la persona humana y no derivan del Estado.⁴⁷

Además, una persona adquiere el estatus de refugiado en el Ecuador⁴⁸, si reúne las características dispuestas en la Declaración de Cartagena de 1984⁴⁹; la cual dispone lo siguiente:

Considere 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.

Tomando en cuenta todos los elementos que conforman la definición de refugiado, cabe decir, que los solicitantes de refugio se encuentran en una situación de vulnerabilidad, debido a las experiencias vividas en su país de origen o residencia habitual. Por ello, en sus países de acogida, como menciona la Opinión Consultiva 18:

(...) los hace blanco fácil de violaciones a sus derechos humanos, basadas especialmente en criterios de discriminación

⁴⁶ S. NAMIHAS, "Derechos Humanos, Derechos de los Refugiados: evolución y convergencias", en *Derecho Internacional de los Refugiados*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú, 2001, p. 26.

⁴⁷ A. CASCADO TRINIDADE, "The application of the Rule of exhaustion of Local Remedies" in *International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 1983, p. 440.

⁴⁸ Definición vinculante por estar recogida por el art. 2 del Decreto Ejecutivo 3301 de 1992.

⁴⁹ Conclusión No. 3.

y, en consecuencia, los coloca en una situación de desigualdad ante la ley en cuanto al goce y ejercicio efectivos de estos derechos.⁵⁰

La violación flagrante contra el derecho al trabajo de los solicitantes de refugio en el país, por parte de la normativa interna, tema del cual trataremos más adelante, afecta claramente a la dignidad de dichas personas, y más aún si consideramos el hecho de que se encuentran en una situación de vulnerabilidad, por el pasado de violencia vivido en su país de origen o por la persecución sufrida en el mismo, como por la posible discriminación de la cual pueda ser víctima en el país de acogida.

⁵⁰ Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003.

CAPITULO II

EL DERECHO AL TRABAJO Y LOS SOLICITANTES DE REFUGIO

2. Derecho al Trabajo.

2.1. Ubicación clásica del Derecho al Trabajo.

PONCE VILLACÍS⁵¹ afirma que, a lo largo de la historia se ha dividido o categorizado a los derechos humanos en tres generaciones, como un método cuya finalidad es lo pedagógico únicamente. Por ello, la primera generación contempla los derechos civiles y políticos, la segunda los económicos, sociales y culturales (DESC), y finalmente la tercera, los derechos colectivos. (cfr. PONCE VILLACÍS, p. 56).

Por consiguiente, la división clásica de los derechos humanos se dice tiene una finalidad pedagógica, ya que como menciona PISCIOTTI CUBILLOS⁵²,

⁵¹ A. PONCE VILLACÍS, “La Integralidad y Progresividad de los derechos: Los derechos Civiles y políticos, Económicos, Sociales y Culturales”, en material de la clase de *Introducción a los Derechos Humanos*, s.e., USFQ, Quito, 2005.

⁵² C. PISCIOTTI CUBILLOS, *Los derechos de tercera generación*, Universidad Externado de Colombia, Bogota Colombia, 2001, p.29.

ésta clasificación se ha llevado a cabo por: “(...) el criterio de ordenar a los derechos humanos en función de su positivización histórica (...)”. Es decir, dicha división surge de la naturaleza o el origen de los mismos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha manifestado de la misma manera en cuanto a la división de los derechos, un claro ejemplo de esto son las declaraciones del Juez PIZA ESCALANTE⁵³ quien ha manifestado: “la distinción entre derechos civiles políticos y derechos económicos, sociales y culturales, obedece meramente a razones históricas y no a diferencias de naturaleza jurídica de unos y otros.”(cfr, MELISH, p. 141)

Como menciona PONCE VILLACÍS a consecuencia de la Revolución Francesa: “los derechos de primera generación nacen de la libertad, los de segunda como resultado de la igualdad y los de tercera como una cuestión de solidaridad.”⁵⁴ Siguiendo con la división anotada de los derechos humanos, nos encontramos que el derecho al trabajo se halla ubicado en la segunda generación de derechos.

Según DONNELLY⁵⁵ “el derecho al trabajo es tan importante como los derechos civiles y políticos más básicos; los efectos psicológicos, físicos y morales del desempleo forzoso y prolongado pueden resultar tan severos como los que se asocian con, digamos, la libertad de expresión”. Cabe mencionar, que el ejercicio al derecho al trabajo de los solicitantes de refugio ha sido y está siendo menoscabado por el Estado ecuatoriano mediante su ordenamiento jurídico interno, como se analizará más adelante.

Por otro lado, es preciso aclarar, que según DONNELLY:

(...) todos los derechos humanos son “básicos” en el sentido fundamental que la violación sistemática de cualquiera de ellos impide la realización de una vida de plena dignidad humana, vale decir, imposibilita que se disfrute de las condiciones mínimas necesarias para una vida digna de un ser humano.⁵⁶

⁵³ T. MELISH, “La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano de derechos humanos” en *Manual para la presentación de casos, centro de derechos económicos y sociales*, Quito, 2003.

⁵⁴ Op. Cit., nota 51, p. 57

⁵⁵ J. DONNELLY, *Derechos Humanos Universales en Teoría y en la práctica*, e.d. Gernika, México, 1994, p. 57.

⁵⁶ *Ibíd*em, p. 70.

Por ello, el Protocolo Adicional a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador" en su Preámbulo considera la estrecha relación que existe entre la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales y la de los derechos civiles y políticos: "por cuanto las diferentes categorías de derechos constituyen un todo indisoluble que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana, por lo cual exigen una tutela y promoción permanente con el objeto de lograr su vigencia plena, sin que jamás pueda justificarse la violación de unos en aras de la realización de otros."

2.2. Derecho al Trabajo como Derecho Humano.

Según PONCE VILLACÍS⁵⁷:

(...) los derechos humanos deben ser considerados, no como normas de contenido específico, sino por el contrario como un medio de limitación del poder. Así los derechos humanos no están condicionados a la voluntad de quien ejerce el poder sino que por el contrario, responden a necesidades sociales frente al ejercicio del poder y particularmente frente a un ejercicio abusivo del poder. De esta manera, no están atados o limitados a un listado o conjunto normativo específico.

Bajo este esquema, el derecho al trabajo es verdaderamente un Derecho Humano, al ser un atributo de la persona humana, que no se encuentra condicionado a la voluntad de quien ejerce el poder o atado a un conjunto normativo. Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), a través de su artículo 6, trata este derecho más extensamente que cualquier otro instrumento:

Párrafo 1: los Estados Partes reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho.

⁵⁷ Op. Cit., nota 51, pp. 6 -7.

Así mismo, la Observación General No. 18 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas establece que:

El derecho al trabajo es esencial para la realización de otros derechos humanos y constituye una parte inseparable e inherente de la dignidad humana. Toda persona tiene el derecho a trabajar para poder vivir con dignidad. El derecho al trabajo sirve, al mismo tiempo, a la supervivencia del individuo y de su familia y contribuye también, en tanto que el trabajo es libremente escogido o aceptado, a su plena realización y a su reconocimiento en el seno de la comunidad.

(...) la obligación de los Estados de garantizar a las personas su derecho al trabajo libremente elegido o aceptado, en particular el derecho a no ser privado de trabajo de forma injusta. Esta definición subraya el respeto a la persona y su dignidad, expresada a través de la libertad del individuo para elegir un trabajo, haciendo hincapié al tiempo en la importancia del trabajo para el desarrollo personal, así como para la integración social y económica (el subrayado es mío).⁵⁸

Cuando la observación citada afirma que: “el derecho al trabajo es esencial para la realización de **otros derechos humanos**”, tácitamente establece que el derecho al trabajo es verdaderamente un derecho humano, mediante el cual, el ser humano puede alcanzar la realización de otros derechos humanos, como sería el caso de la sindicalización, entre otros. Además, la Observación mencionada, especifica que el ejercicio del derecho al trabajo en todas sus formas y a todos los niveles, supone la existencia de los siguientes elementos interdependientes y esenciales, cuya aplicación dependerá de las condiciones existentes en cada Estado Parte:

- a) *Disponibilidad.* Los Estados Partes deben contar con servicios especializados que tengan por función ayudar y apoyar a los individuos para permitirles identificar el empleo disponible y acceder a él.

⁵⁸ ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: *El Derecho al Trabajo*, Observación general N° 18, Aprobada el 24 de noviembre de 2005 en <http://www.scribd.com/doc/20862382/23-Comite-DESC-Observacion-General-N%C2%B0-18-El-derecho-al-trabajo>

b) *Accesibilidad.* El mercado del trabajo debe poder ser accesible a toda persona que esté bajo la jurisdicción de los Estados. La accesibilidad reviste tres dimensiones:

i) En virtud del párrafo 2 del artículo 2, así como del artículo 3, el Pacto proscribe toda discriminación en el acceso al empleo y en la conservación del mismo por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento, discapacidad física o mental, estado de salud (incluso en caso de infección por el VIH/SIDA), orientación sexual, estado civil, político, social o de otra naturaleza, con la intención, o que tenga por efecto, oponerse al ejercicio del derecho al trabajo en pie de igualdad, o hacerlo imposible.

ii) La accesibilidad física constituye una de las dimensiones de la accesibilidad al trabajo, como se puntualiza en el párrafo 22 de la Observación general N° 5 sobre las personas con discapacidad.

iii) La accesibilidad comprende el derecho de procurar, obtener y difundir información sobre los medios para obtener acceso al empleo mediante el establecimiento de redes de información sobre el mercado del trabajo en los planos local, regional, nacional e internacional.

c) *Aceptabilidad y calidad.* La protección del derecho al trabajo presenta varias dimensiones, especialmente el derecho del trabajador a condiciones justas y favorables de trabajo, en particular a condiciones laborales seguras, el derecho a constituir sindicatos y el derecho a elegir y aceptar libremente empleo.

Con el fin de sustentar el concepto de derecho al trabajo como Derecho Humano, es preciso citar la Resolución de la Corte Constitucional ecuatoriana # 184, publicada en el Registro Oficial # 43 de 8 de octubre de 2009:

DECIMA CUARTA.- El artículo 35 de la Constitución Política de 1998, dice: "El trabajo es un derecho y un deber social. Gozará de la protección del Estado, el que asegurará al trabajador el respeto a su dignidad, una existencia decorosa y una remuneración justa que cubra sus necesidades y las de su familia"; así mismo el Art. 33 de la Constitución vigente establece: "El trabajo es un derecho y un deber social y un derecho económico, fuente de realización personal y base de la economía. El Estado garantizará a las personas trabajadoras el pleno respeto a su dignidad, una vida decorosa, remuneraciones y retribuciones justas y el desempeño de un trabajo saludable y libremente escogido y aceptado" (...) Universalmente, el derecho al trabajo es una miscelánea de instrucciones jurídicas y constitucionales que gobierna en cada Estado. La Constitución garantiza al trabajo como un derecho y deber social de los ecuatorianos, para lo cual brinda al trabajador el respeto a su dignidad y el derecho a recibir una retribución justa, que le permita satisfacer las necesidades. El trabajo que desempeña el ser humano es un bien intrínseco de la persona, del trabajador y

de la familia. El derecho al trabajo también se encuentra garantizado por el artículo 23 de la Declaración Universal de los Derechos humanos, artículos 6 y 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y, artículo XIV de la Declaración Americana de derechos y deberes del hombre. (el subrayado me pertenece).

Cabe precisar, que el Estado ecuatoriano viola flagrantemente el derecho al trabajo de los solicitantes de refugio, puesto que los priva injustamente del ejercicio de este derecho, por el solo hecho de su condición migratoria indefinida. Lo que es evidentemente discriminatorio y contrario a una de las premisas anotadas como es la accesibilidad, la cual manifiesta que: el mercado del trabajo debe poder ser accesible a toda persona que esté bajo la jurisdicción del Estado. Por el contrario, debe y está en la obligación de garantizar el ejercicio del derecho al trabajo de los peticionarios de refugio mediante la eliminación de barreras de acceso, ya que al ser un derecho humano es intrínseco a su condición, como lo afirma la resolución de la Corte Constitucional anotada.

Es difícil pensar en tener una vida digna, en cualquier lugar donde residamos, o tengamos la intención de hacerlo, si no disfrutamos de todos los derechos, o al menos si no contamos con la posibilidad de ejercerlos. Esto conlleva a que la violación de cualquier derecho, en especial el que otorga la posibilidad para sobrevivir (el derecho al trabajo), atenta contra la dignidad humana, que se fundamenta en la igualdad y la libertad, tal como lo establece el artículo primero de la Declaración Universal de Derechos Humanos cuando establece que: “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”.

Como menciona SCHACHTER⁵⁹ no existe una explícita definición de la expresión dignidad humana, puesto que su intrínseco significado está condicionado por factores culturales. Sin embargo, dignidad es una palabra intrínseca al ser humano, por lo que ninguna persona puede ser tratada como instrumento u objeto de otro. Esto debe ser visto, como menciona el autor, en cuanto a que los derechos se derivan de la dignidad de las personas, por lo

⁵⁹ O. SCHACHTER, “Human Dignity as a Normative Concept”, en *New York University Press*, e.d. Philip Alston, *Human Rights Law*, New York, 1983, pp.848- 854.

que estos no son emanados de los Estados o de otra autoridad externa; ya que se considera a la dignidad como fuente de los derechos humanos. (cfr, SCHACHTER, p. 848).

El concepto de dignidad, como bien se ha mencionado es un concepto jurídico indeterminado, se encuentra recogido tanto por instrumentos internacionales y nacionales. El Preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas, el artículo 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el artículo 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; contemplan o recogen dicho concepto; por lo cual debe ser tomado en consideración por los Estados al momento de reconocer o no un derecho.

Por ello, uno de los instrumentos internacionales, que mejor define a la concepción de dignidad es el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador", el cual manifiesta lo siguiente:

los derechos humanos, se dice, son reconocidos a las personas como medio de rescate y protección de su dignidad (...), la cual debería entenderse como la condición humana, es decir, la persona goza de ciertos derechos por ser un individuo de la especie humana.

El Acuerdo de Helsinki⁶⁰ en su principio VII afirma que: *la participación de los Estados debe promover el efectivo ejercicio de los derechos humanos y libertades, los cuales derivan de la inherente dignidad de las personas*. En conclusión, todos los seres humanos tienen derecho al goce y ejercicio de sus derechos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos manifestó en la Opinión Consultiva No. 18 que:

Los derechos humanos deben ser respetados y garantizados por todos los Estados. Es incuestionable el hecho de que toda persona tiene atributos inherentes a su dignidad humana e inviolables, que le hacen titular de derechos fundamentales que no se le pueden desconocer y que, en consecuencia, son superiores al poder del Estado, sea cual sea su organización política. (párrafo 73).

⁶⁰ Acuerdo de Helsinki, Conferencia sobre la seguridad y Cooperación en Europa, suscrita el 30 de julio de 1975.

La violación flagrante contra el ejercicio al derecho al trabajo de los solicitantes de refugio en el país, por parte de la normativa interna, afecta claramente a la dignidad de dichas personas, y más aún, si consideramos el hecho de que se encuentran en una situación de vulnerabilidad por el pasado de violencia vivido en su país de origen o por la persecución sufrida en el mismo, como por la posible discriminación de la cual pueden ser víctimas en el país de acogida.

Cabe señalar, que en el caso de América la referida vulnerabilidad de los migrantes, solicitantes de asilo y refugiados, ha sido explícitamente reconocida en la Convención De Belém Do Pará para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer⁶¹, en la cual se establece que:

(...) Estados partes tendrá[n] especialmente en cuenta la situación de vulnerabilidad a la violencia que pueda sufrir la mujer en razón, entre otras, de su raza o de su condición étnica, de migrante, refugiada o desplazada.

Además, dicha situación de vulnerabilidad es tomada muy en cuenta por la Constitución del Ecuador, en su artículo 35 el cual dispone lo siguiente:

(...) La misma situación prioritaria recibirán las personas en situación de riesgo, las víctimas de (...) desastres... antropogénicos. El Estado prestará especial protección a las personas en condición de vulnerabilidad.

La Constitución en su artículo 11 numeral 7 no reconoce, únicamente aquellos derechos establecidos en su cuerpo legal, ni en los instrumentos internacionales de derechos humanos; sino aquellos derivados de la dignidad de las personas, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento. Por ello, está reconociendo el derecho al trabajo de los solicitantes de refugio, cuando hace alusión a aquellos derechos de las personas que deben reconocerse por ser derivados de su dignidad.

⁶¹ Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, "Convención De Belém Do Pará", suscrita el 09 de junio de 1995.

No obstante, se ha visto afectado el derecho a la vida digna⁶² de los peticionarios de refugio, ya que su ejercicio al derecho al trabajo se ha visto menoscabado. En primer lugar, en su residencia habitual debido al desplazamiento forzado que han sufrido y el desarraigo; y posteriormente en el país de acogida, que en este caso sería el Ecuador, al no permitirles ejercer dicho derecho.

2.3. Principios.

2.3.1. Principio de Indivisibilidad e Interdependencia de los Derechos.

La Declaración y Programa de Acción de Viena celebrada en 1993⁶³, establece que no existe supremacía de unos derechos sobre otros, esto se debe a que todos los derechos son exigibles sin distinción. Esto conforme al Principio de Indivisibilidad de los derechos recogido en su artículo 5, el cual dispone que:

Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales. (el subrayado me pertenece).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay, en su Sentencia de 17 de junio de 2005 en su párrafo número 30, desarrolla el principio de indivisibilidad y considera que:

⁶² Constitución de la República del Ecuador, art. 66 numeral 2: Se reconoce y garantizará a las personas: el derecho a una vida digna que asegure (...) trabajo, empleo (...).

⁶³ Declaración y Programa de Acción de Viena, suscrita el 25 de junio de 1993.

Conforme a la Declaración y Programa de Acción de Viena (1993), en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, se indica que todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí⁶⁴ (...), a la luz de estos principios, no se trata de proteger uno de los derechos humanos incorporados al Sistema Interamericano a expensas de otro u otros de estos derechos, ni de proteger a algunos recurrentes de modo a provocar la violación de estos derechos de otros igualmente amparados por la Convención. (párrafo 30).

De igual manera, el Protocolo Adicional a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador", en su preámbulo reconoce:

(...) los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos.

(...) existe una estrecha relación entre la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales y la de los derechos civiles y políticos, por cuanto las diferentes categorías de derechos constituyen un todo indisoluble que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana, por lo cual exigen una tutela y promoción permanente con el objeto de lograr su vigencia plena, sin que jamás pueda justificarse la violación de unos en aras de la realización de otros. (el subrayado es mío).

Así mismo, el artículo 5 común, numerales 1 y 2, de los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos; Económicos, Sociales y Culturales confirma el principio de indivisibilidad de los derechos cuando menciona que:

Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y

⁶⁴ El principio de indivisibilidad, tiene como fin impedir realizar mejoras en uno de los derechos humanos a expensas de otro, mientras el principio de interdependencia plantea que las mejoras en la realización de cualquier derecho humano depende de la realización de todos o al menos de algunos. E/CN.4/ Sub 2/2004/25.

libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él.

No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado. (el subrayado no corresponde al texto original).

Por su parte, la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo⁶⁵ aprobada por las Naciones Unidas, proclama que: “todos los derechos humanos y las libertades fundamentales son indivisibles e interdependientes y que, a fin de fomentar el desarrollo, debería examinarse con la misma atención y urgencia la aplicación, promoción y protección de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales.”

(...) en consecuencia, la promoción, el respeto y disfrute de ciertos derechos humanos fundamentales no pueden justificar la denegación de otros derechos humanos y libertades fundamentales.⁶⁶

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su observación general número 2 de 1990 indicó a los Estados que: “los dos conjuntos de derechos humanos son indivisibles e interdependientes”. Como afirma PRADO⁶⁷ “En consecuencia los esfuerzos para promover un conjunto de derechos deben también tener plenamente en cuenta el otro conjunto”.

Con respecto al derecho interno, el artículo 11 numeral 6 de nuestra Constitución, dispone que: “Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles interdependientes y de igual jerarquía”.

La importancia de este principio, es que los derechos humanos no pueden estar jerarquizados, esto se debe a que todos los derechos por ser humanos son exigibles sin distinción alguna, ya que forman una unidad y son inalienables, lo que significa que los derechos son intransferibles,

⁶⁵ Es parte del *soft law* al no tener carácter vinculante ni obligatorio para los Estados, a excepción del Ecuador por su disposición constitucional.

⁶⁶ J. PRADO VALLEJO, “Documentos Básicos de Derechos Humanos, Derechos Económicos Sociales y Culturales” en *Comisión Nacional de Derechos Humanos*, Instituto de Derechos Humanos, Quito, 1992, p. XVIII.

⁶⁷ *Ibidem*, p. XIX.

irrenunciables, irrevocables e inembargables. Por ello, todos los derechos deben ser protegidos, garantizados y respetados de la misma manera a todos los seres humanos sin importar su condición. Además, de ser justiciables ante las autoridades competentes de los Estados:

El debilitamiento de la distinción tajante entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales pone también en cuestión la principal objeción que se apunta contra la caracterización de estos últimos como derechos exigibles.⁶⁸

La violación de un derecho, en este caso el derecho y ejercicio al trabajo de los solicitantes de refugio, conlleva a que el derecho a su vida digna y se vea gravemente menoscabado, al ser estos indivisibles e interdependientes. Lo anotado tiene como fundamento, el análisis del principio de indivisibilidad que realiza la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile, en Sentencia de 5 de febrero de 2001:

En este sentido, la expresión y la difusión del pensamiento y de la información son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente. (párrafo 65).

De manera análoga, la restricción del ejercicio al derecho al trabajo de los solicitantes de refugio, aceptada y tolerada por el Estado ecuatoriano, constituye directamente un límite a su derecho a una vida digna.

Es importante considerar, que el principio de inalienabilidad de los Derechos es parte integrante de los principios generales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Así lo considera la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva No. 18:

(...) teniendo presentes el principio de la inalienabilidad de tales derechos, de los cuales son titulares todos los trabajadores, independientemente de su estatus migratorio, así como el

⁶⁸ V. ABRAMOVICH, “Los derechos económicos, sociales y culturales en la denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, en *Ensayos en honor a Fernando Volio Jiménez*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 1998, p.147.

principio fundamental de la dignidad humana consagrado en el artículo 1 de la Declaración Universal, según el cual “[t]odos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros. (párrafo 157).

De igual manera, el juez CANÇADO TRINDADE en su voto concurrente en la Opinión Consultiva citada, afirma que los principios de inalienabilidad de los derechos y a la vida digna de todo ser humano forman parte de los principios generales del Derecho Internacional de Derechos Humanos:

Es evidente que estos principios de derecho no dependen de la "voluntad", ni del "acuerdo", ni del consentimiento, de los sujetos de derecho; siendo los derechos fundamentales de la persona humana el "fundamento necesario de todo orden jurídico", que no conoce fronteras, el ser humano es titular de derechos inalienables, que independen de su estatuto de ciudadanía o cualquier otra circunstancia.

En el dominio del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, un ejemplo de principios generales de derecho reside en el principio de la dignidad del ser humano; otro reside en el de inalienabilidad de los derechos inherentes al ser humano (párrafo 54).

2.3.2. Principio de Integralidad y Progresividad de los Derechos.

2.3.2.1. Principio de Integralidad de los Derechos.

Los derechos son indivisibles, por ello, hay que considerar que están interconectados. En base a ésta afirmación, muchos tratadistas, como PISCIOTTI CUBILLOS⁶⁹ han considerado que: “En materia de derechos humanos existe una íntima vinculación entre los derechos; por ello, deben ser siempre considerados en su globalidad”.

Por ello, la violación de un derecho conlleva a la violación de otros, esta afirmación tiene como pilar el Principio de Integralidad de los Derechos, el cual se encuentra recogido en el preámbulo del Protocolo Adicional a la Convención

⁶⁹ Op. Cit., nota 52, p.57

Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, el cual menciona que:

(...) las diferentes categorías de derechos constituyen un todo indisoluble que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad humana, por lo cual exigen una tutela y promoción permanente con el objeto de lograr su vigencia plena, sin que jamás pueda justificarse la violación de unos en aras de la realización de otros. (el subrayado me pertenece)

Por otro lado, PRADO⁷⁰ asevera que: “Los Derechos Económicos Sociales y Culturales, son parte esencial de los Derechos Humanos y comparten su jerarquía con los Derechos Civiles y Políticos”.

2.3.2.2. Principio de Progresividad de los Derechos.

PONCE VILLACÍS⁷¹ afirma que los derechos económicos, sociales y culturales se encuentran sometidos al régimen de Progresividad, el que se encuentra consagrado tanto en el Art. 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, como el Art. 4 de la Convención sobre los Derechos del Niño, y proclama que existen ciertos derechos cuya exigibilidad es relativa, ya que su alcance depende de la disponibilidad de los recursos estatales o a la capacidad económica de cada Estado, esto sin ser impedimento para su accesibilidad, sobre todo, en el caso del derecho al trabajo. (cfr, PONCE VILLACÍS, p. 58).

Además, con relación al derecho al trabajo de los solicitantes de refugio, es preciso considerar lo que menciona PONCE VILLACÍS; puesto que este derecho, por ninguna circunstancia puede ser susceptible de ser suspendido en su totalidad, y menos aún en cuanto a la accesibilidad del mismo:

Doctrinariamente se ha reconocido que los derechos económicos, sociales y culturales que se encuentran sometidos al régimen de progresividad son los derechos a la salud, a la seguridad social, al

⁷⁰ Op. Cit., nota 66, p. XVII

⁷¹ A. PONCE VILLACÍS, “La Integralidad y Progresividad de los derechos: Los derechos Civiles y políticos, Económicos, Sociales y Culturales”, en material de la clase de *Introducción a los Derechos Humanos*, USFQ, s.e., Quito, 2005.

trabajo y a la educación. En efecto la garantía y protección de estos derechos pueden estar condicionados a la disponibilidad de recursos estatales, sin embargo, de ninguna manera pueden suspenderse de manera total.⁷²

De igual manera, lo considera el Juez RODOLFO PIZA ESCALANTE⁷³:

Sin embargo, el hecho de que la efectividad a lo largo del tiempo, o en otras palabras progresivamente, se prevea en relación con el Pacto no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo.

Por lo tanto, el principio de Integralidad de los derechos como el de Progresividad, no son excluyentes en su aplicación, ya que los dos garantizan, respetan y protegen por igual los derechos humanos, con la salvedad de que la Progresividad se evidencia con mayor prevalencia en los derechos considerados históricamente como DESC.

Uno de los alegatos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el Caso “Cinco Pensionistas” Vs. Perú de 28 de febrero de 2003, gira en torno al Desarrollo Progresivo de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, basado en el Artículo 26 de la Convención:

a) el Estado violó dicho artículo al dictar el Decreto-Ley N° 25792, el cual “constituyó un retroceso no justificado respecto al grado de desarrollo del derecho a la seguridad social que habían alcanzado las víctimas conforme al Decreto Ley N° 20530 y sus normas conexas”, de manera que se impuso un tope sustancialmente inferior al monto de la pensión nivelable que percibían las presuntas víctimas.

b) la obligación establecida en el artículo 26 de la Convención implica que los Estados no pueden adoptar medidas regresivas respecto al grado de desarrollo alcanzado, sin perjuicio de que en supuestos excepcionales y por aplicación analógica del artículo 5 del Protocolo de San Salvador, pudieran justificarse leyes que impongan restricciones y limitaciones a los derechos económicos, sociales y culturales, siempre que hayan sido promulgadas con el objeto de preservar el bienestar general dentro de una

⁷² *Ibíd.*, p. 59.

⁷³ R. PIZA ESCALANTE, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Voto Separado, Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización, Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984, Serie A No. 4, parr. 6.

sociedad democrática, y que no contradigan el propósito y razón de tales derechos”.

c) el Estado no alegó ni probó que el retroceso que conllevó el Decreto-Ley N° 25792 fuera efectuado “con el objeto de preservar el bienestar general dentro de una sociedad democrática”, “ni alegó ni probó ninguna otra circunstancia al respecto”. (párrafo 42).

De igual manera, el principio de progresividad de los derechos, se encuentra recopilado en el artículo 11 numeral 8 de la Constitución ecuatoriana, la cual dispone que: “El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas”.

Esto quiere decir, que el mencionado principio, no solo se aplica a los tradicionalmente conocidos como Derechos Económicos Sociales y Culturales, sino a toda la gama de los derechos. No obstante, el espíritu de dicho pilar, se basa en que acorde a los recursos de cada Estado, se implementen políticas que permitan materialmente ejercer los derechos como la salud por ejemplo. Esto en base a que el derecho anotado, no tiene razón de ser, si el Estado no brinda condiciones apropiadas en función de su cumplimiento, lo que se logra a través de políticas que permitan mejorar los establecimientos médicos. Sin embargo, por ejemplo, el derecho a la libertad de expresión, no requiere de una actuación específica del Estado para poder ejercerlo. Por el contrario, es un derecho que requiere de una actuación negativa por parte del Estado, en otras palabras, no necesita intervenir para que pueda ser ejercido por la sociedad.

Así lo consideró el Juez RODOLFO PIZA ESCALANTE⁷⁴:

(...) cuando quiera que se concluya en que un determinado derecho fundamental no es directamente exigible por sí mismo, se está en presencia de uno al menos exigible indirectamente y de realización progresiva. Es así como los principios de ‘desarrollo progresivo’ contenidos en el artículo 26 de la Convención, si bien literalmente referidos a las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y

⁷⁴ R. PIZA ESCALANTE, Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Voto Separado, Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización, Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984, Serie A No. 4, párrafo 6.

cultura contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, deben a mi juicio entenderse aplicables a cualquiera de los derechos ‘civiles y políticos’ consagrados en la Convención Americana (...). (párrafo 6).

El principio de progresividad de los derechos está íntimamente ligado con la no regresividad de las medidas tomadas por el Estado, con relación a los derechos en general; sin una justificación que lo amerite. Por ello, constituye una violación al principio de progresividad las medidas que implican el retroceso de tales derechos:

(...) constituye un recordatorio expreso de la obligación que tiene el Estado de iniciar la introducción de medidas inmediatas y continuar adoptándolas consistentemente, sin regresividad. El Estado “tiene el deber de encaminarse hacia la plena efectividad de los derechos, por lo que viola la idea de progresividad si inacción, su irrazonable demora y/o la adopción de medidas que impliquen el retroceso de tales derechos”. Por lo tanto, el artículo 26 deberá ser visto al igual que el artículo 2 del PIDESC, en su relación con la obligación inmediata para los Estados de (1) elaborar un plan para el logro progresivo de los derechos protegidos, (2) llevar a ejecución dicho plan de buena fe, y (3) no adoptar medidas regresivas que deterioren cualquiera de esos derechos.⁷⁵

Al respecto, opino que el principio de progresividad y la no regresividad son dos caras de una misma moneda, ya que los Estados para cumplir a cabalidad con la progresividad de los derechos no deben adoptar medidas regresivas en perjuicio de estos:

Al igual que un Estado parte tiene la obligación de adoptar medidas progresivas, tiene la obligación de no adoptar medidas regresivas. Por tanto, en su nivel más básico, el deber de progresividad constituye una prohibición de regresividad (...). La Comisión ha reconocido el deber de no adoptar medidas regresivas en materia de DESC, al manifestar que los Estados miembros deberán adoptar “*todas las medidas necesarias para garantizar que la observancia de los derechos económicos, sociales y culturales no sea disminuida en ningún aspecto con el transcurso del tiempo*”.⁷⁶

⁷⁵ T. MELISH, *La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano de derechos humanos: manual para la presentación de casos*, centro de derechos económicos y sociales, Quito, 2003, p. 194.

⁷⁶ Op. Cit., nota 79, p.200.

2.3.3. Principio de Universalidad de los Derechos.

En primer lugar, es preciso citar la definición del principio de Universalidad de los derechos elaborada por PECES-BARBA MARTÍNEZ:

(...) por universalidad hacemos referencia a una titularidad de los derechos que se adscriben a todos los seres humanos. Sus rasgos son la racionalidad y la abstracción, congruentes con esa titularidad de todos los hombres. Si nos situamos en el plano temporal la universalidad de los derechos supone que tienen un carácter racional y abstracto al margen del tiempo y válidos para cualquier momento de la historia. Si, por fin nos situamos en el plano espacial por universalidad entendemos la extensión de la cultura de los derechos humanos a todas las sociedades políticas sin excepción.⁷⁷

Comparto la definición del principio de universalidad descrita anteriormente, ya que todos los derechos humanos son universalmente imputables a todas las personas; por su sola condición de seres humanos, independientemente de su cultura y costumbres; en cualquier momento histórico. *Con el requisito de ser humano se es titular de los derechos humanos, y basta sólo con esa condición en cualquier contexto y circunstancia.*⁷⁸

Tomando en consideración el Voto Razonado del Juez CAÑADO TRINDADE, en el caso “Prisión de Castro”, (Castro vs. Perú), el principio de universalidad de los derechos humanos, debe ser visto:

(...) como lo señala la doctrina jusinternacionalista, y el *jus cogens* internacional, amplía el ámbito de operación de un verdadero *ordre public* internacional, atiende a los intereses más altos de la comunidad internacional como un todo, y realza la necesidad de control judicial de la observancia de las normas perentorias del Derecho Internacional.

⁷⁷ J. GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, “Derechos Humanos: Universalidad y Relativismo Cultural”, en *La Corte y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Ed. Rafael Nieto Navia, San José, Costa Rica, 1994, p. 213.

⁷⁸ G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, “La Universalidad de los Derechos Humanos”, en *La Corte y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, e.d. Rafael Nieto Navia, San José, Costa Rica, 1994, p. 402.

Es menester considerar, con respecto al principio de universalidad de los derechos humanos, lo que manifiesta la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, celebrada en Viena entre el 14 y 25 de Junio de 1993:

Los derechos humanos y las libertades fundamentales son patrimonio innato de todos los seres humanos; su promoción y protección es responsabilidad primordial de los Gobiernos. (...) la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en los planos nacional e internacional deben ser universales y llevarse a cabo de modo incondicional.⁷⁹

Por ello, puedo afirmar que el Derecho al Trabajo, es un derecho humano intrínseco a su condición, y debe ser reconocido y garantizado por todos los Estados y naciones del mundo. Además, por ser universalmente atribuido a todos los seres humanos, por el solo hecho de que pertenecen a la especie humana. Por ello, los Estados no deben mirar la condición migratoria de la persona, para imponer restricciones innecesarias o discriminatorias, sobre el mismo. Sin embargo, por su potestad, pueden éstos normar su ejercicio:

Es importante destacar que los derechos humanos, además de ser indivisibles, interdependientes, trascienden las fronteras nacionales. De ahí que se pueda afirmar que un ser humano, no importa el lugar donde esté, resida y viva, es sujeto de derechos. Por el hecho de migrar a otro país, un ser humano no pierde la titularidad de sus derechos, así tenga que adecuarse y someterse a una serie de normas en el país de destino para el ejercicio efectivo de muchos de sus derechos.⁸⁰

Cabe considerar lo resuelto, en torno al derecho al trabajo de los extranjeros, por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de San José de Costa Rica⁸¹, en la Acción de inconstitucionalidad promovida por CINTERO TRUJILLO ERNECK contra el inciso b) del artículo 5 del Reglamento de Carrera Docente, el artículo 9 inciso a) del Reglamento del Estatuto del

⁷⁹ *Ibíd*em, p. 401.

⁸⁰ J. MUÑOZ, "Migraciones, derechos humanos y ciudadanía universal", en *Diálogos Migrantes, Migración y Derechos Humanos*, e.d. CODICE Ltda., Bogotá, 2009, p. 11.

⁸¹ Corte Suprema de Justicia (Costa Rica), Sentencia No. 2000-05569, de 07 de julio de 2000, en el caso Cintero Trujillo, en <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/2856.pdf>.

Servicio Civil, la resolución número AJ-069-99 de la Asesoría Jurídica de la Dirección General del Servicio Civil y contra del dictamen número C-032-99 de la Procuraduría General de la República:

El artículo 19 de la Constitución Política, en relación con los extranjeros, establece: *“Los extranjeros tienen los mismos deberes y derechos individuales y sociales que los costarricenses, con las excepciones y limitaciones que esta Constitución establece y las leyes (...)”*.

Del contenido de la norma transcrita se observa que los nacionales y extranjeros tienen los mismos deberes y atribuciones, de modo tal que –bajo ningún supuesto- puede negarse que los extranjeros son titulares de derechos fundamentales (...). (el subrayado me pertenece).

(...) En síntesis, la Constitución adopta el criterio de igualdad de derechos entre nacionales y extranjeros, por lo que una disposición atinente a limitar la posibilidad de acceder a determinada ocupación, solamente por su nacionalidad, designa una evidente contradicción al contenido de las normas constitucionales (...).

De este modo, la igualdad de trato a nacionales y extranjeros en materia de trabajo está consagrada no sólo en los instrumentos de Derechos Humanos vigentes o aplicables en Costa Rica, sino que incluso lo está de manera expresa por el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo N° 111 sobre discriminación en el empleo, (...).

Los Derechos Humanos son el mínimo ético universal, mejorable y ampliable por las organizaciones supranacionales y por las Constituciones nacionales. El principio de universalidad de los derechos en nuestra Constitución está recogido en el artículo 34, cuando habla acerca de la seguridad social. Sin que sea dicho principio aplicable únicamente al mencionado derecho: “(...) La seguridad social se regirá por los principios de solidaridad, obligatoriedad, **universalidad** (...)”. (el subrayado y las negritas son mías).

2.4. El derecho al trabajo es independiente del estatus migratorio.

En concordancia con todos los principios citados, es imprescindible que el Estado ecuatoriano tome las medidas adecuadas para garantizar de manera

efectiva el derecho universal al trabajo de los solicitantes de refugio, ya que de lo contrario se estaría menoscabando otros derechos, como el derecho a una vida digna. En el caso de que dichas personas en situación de vulnerabilidad estén ejerciendo su derecho al trabajo, las autoridades de gobierno, así como los particulares, no pueden realizar actos que representen un retroceso a los derechos irrenunciables adquiridos por la condición de trabajador.

Además, conforme a la disposición de Viena acerca de la interpretación de buena fe de los Tratados Internacionales, es preciso considerar que:

(...) Los tratados de derechos humanos han de interpretarse en el “contexto” de la democracia, y conforme a su fin, que es doble: a) obligar a los estados a conferirles vigencia sociológica, y b) dándoles aplicación en su jurisdicción interna a favor de cuantas personas se hallan sometidas a ella.⁸²

Uno de los más discutidos en el campo de los DESC y fundamentales para los solicitantes de refugio es el derecho al trabajo. La discusión sobre este derecho, aún hoy en día, suele centrarse en si los solicitantes de refugio, dado que no tienen una calidad migratoria definida, deberían poder ejercerlo libremente:

(...) si bien hay que reconocer que la complejidad de cierto derecho puede dificultar la vigencia del mismo, especialmente en el corto plazo, ello no puede convertirse en obstáculo para evaluar la conducta del Estado y sus esfuerzos en la satisfacción de tal derecho (...)⁸³.

El derecho al trabajo representa uno de los derechos mínimos ligados no solo a la condición de solicitante de refugio, sino a la subsistencia misma de toda persona⁸⁴, en palabras de la tratadista SEPÚLVEDA:

⁸² G. BIDART CAMPOS, “La interpretación de los Derechos Humanos en la Jurisdicción Interna” en *La Corte y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, e.d. Rafael Nieto Navia, San José, Costa Rica, 1994, p. 42.

⁸³ L. BOLIVAR, DESC: “Derribar mitos, enfrentar retos, tender puentes” en PICADO, Sonia y otros, Comp., *Estudios Básicos de Derechos Humanos Vol. V*, San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996. p. 85.

⁸⁴ EXCOM, conclusión N° 58 (XL) – 1989, establece que “[l]os movimientos irregulares de refugiados o de solicitantes de asilo que han encontrado ya protección en un país los realizan en gran medida personas que se sienten obligadas a partir, debido a la falta de posibilidades de educación y de empleo y a la inexistencia de soluciones duraderas a largo plazo [...]”

La protección de los derechos de carácter económico, social y cultural de los solicitantes de asilo mientras está pendiente su determinación, es esencial para la efectiva protección de la institución del asilo como un todo [...] sin recibir ningún tipo de prestación económica, las posibilidades de supervivencia son mínimas y por lo tanto se ven obligados a volver a sus países, sin que hayan tenido la oportunidad de tener acceso a un procedimiento de determinación adecuado, sin que puedan ser debidamente escuchados para saber si son refugiados o no [...] [p]ara prevenir que no ocurra este tipo de devoluciones de facto, los solicitantes de asilo debieran recibir los medios de subsistencia adecuados durante todo el tiempo que dura el proceso de determinación de la condición de refugiado, o como mínimo, que se les permita (y facilite) el ejercicio del derecho al trabajo.⁸⁵

Cabe citar las consideraciones que realizó la Sala Constitucional de La Corte Suprema de Justicia en San José de Costa Rica en la resolución 2003-10422⁸⁶, con respecto al derecho al trabajo de los extranjeros, ya que establece que el derecho al trabajo es independiente del estatus migratorio:

(...) La Sala Constitucional en numerosas sentencias ha señalado que el derecho al trabajo es un derecho fundamental del hombre cuyo cumplimiento debe el Estado vigilar de manera que no se apliquen políticas de empleo discriminatorias al contratar a una persona. El legislador no está legitimado para suprimir, sin fundamento objetivo y razonable alguno, el disfrute de los derechos fundamentales de los extranjeros, lo que ha sido confirmado por la Sala Constitucional a través de numerosas sentencias (...).

Por ello, no es razonable exigir que la totalidad del personal del Tribunal Supremo de Elecciones y del Registro Civil sea costarricense, pues ello limita injustificadamente a los extranjeros el derecho de acceso al trabajo. El derecho del ciudadano extranjero a ser tratado en igualdad de condiciones que el nacional, se encuentra establecido en el artículo 19 de la Constitución Política. Esta norma equipara a los ciudadanos extranjeros con nacionales en materia de derechos individuales y sociales. (...)

⁸⁵ M. SEPÚLVEDA CARMONA,; *El Tratamiento de los Solicitantes de Asilo y Refugiados a la luz de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados y las Normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Paper: Consejo Noruego para Refugiados, 2004, p. 7

⁸⁶ Corte Suprema de Justicia (Costa Rica), Sentencia No. 2003-10422, de 2003, en el caso Lydielt Isabel Caparro Ortiz, contra el Estado, en <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/2830.pdf>.

En el sentido del Convenio 111 de la OIT, el término "discriminación" comprende "cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social, que tengan por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación". En razón de lo expuesto, este Tribunal considera que la restricción en cuanto a la nacionalidad, contenida en el inciso a) del artículo 24 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Elecciones y Registro Civil constituye una limitación arbitraria e irrazonable en perjuicio de los extranjeros, motivo por el cual resulta inconstitucional.

Por otro lado, el derecho a buscar asilo, se vio reforzado por la inclusión de una prohibición específica de la devolución en la Convención⁸⁷ de 1951. Además, de lo que menciona el EXCOM (Comité Ejecutivo del ACNUR)⁸⁸, en cuanto, al no rechazo en la frontera de las personas; caso contrario se está vulnerando el principio y norma *jus cogens* de no devolución. Con esto, se debe analizar cuidadosamente lo siguiente:

Es discutible que negar a los refugiados y solicitantes de asilo de los derechos sociales y económicos básicos podrían constituir devolución constructiva (...) pero puede actuar como un factor de empuje en la que los refugiados y solicitantes de asilo, por necesidad puramente económica, se vean obligados a regresar a un país en el cual su vida o libertad pudieran verse amenazadas.⁸⁹

Por ende, al restringirles el ejercicio al derecho al trabajo a los solicitantes de refugio, se les está incentivando a que su vida en el país de acogida se vuelva intolerable, puesto que no pueden llevar una vida digna al no cubrir sus necesidades básicas. Esto conlleva, a que decidan regresar a su residencia habitual; de ésta manera, el principio a la no devolución está siendo tácitamente menoscabado. En su defecto, incrementaría su vulnerabilidad.

⁸⁷ Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, Ginebra, 1951, art. 33, en <http://www.acnur.org/secciones/index.php?viewCat=16>.

⁸⁸ EXCOM, *Conclusión No. 22 (XXXII)* sobre la protección de las personas que buscan asilo en situaciones de afluencia en gran escala, periodo de sesiones No. 32 de 1981, Part. IIA, en <http://www.acnur.org/secciones/index.php?viewCat=565>

⁸⁹ A. EDWARDS, "Human Rights, Refugees, and The Right 'To Enjoy' Asylum", en *International Journal of Refugee Law*, e.d. Oxford University Press, Estados Unidos, 2005, p. 322.

2.5. Restricciones al ejercicio del derecho al trabajo de los solicitantes de refugio.

2.5.1. Violaciones al derecho internacional comunitario y al ejercicio del derecho al trabajo de los solicitantes de refugio andinos.

En este acápite, es preciso mencionar la clasificación de las normas comunitarias. Según URIBE⁹⁰ se clasifican de la siguiente manera:

Las denominadas normas de derecho comunitario original: También llamadas originarias, primarias o de origen. Son comparables con las normas constitucionales del derecho nacional o interno; por lo que se habla de derecho constitutivo o fundacional. Estas normas provienen de los Tratados Internacionales acordados por los Países Miembros. Por otro lado, encontramos las normas de derecho comunitario derivado: Las cuales pueden ser comparadas con las leyes ordinarias y con los actos administrativos del derecho interno o nacional. Estas normas emanan de los organismos comunitarios, que según su capacidad delegada por los Estados, están en la facultad de dictar normas obligatorias dentro de la región, generales o particulares; como también pueden emanar de la voluntad de los Estados participantes. Entre estas se destacan: (cfr, URIBE, p.78)

- a) Las Decisiones de la Comisión
- b) Las Resoluciones de la Secretaria General de la Comunidad Andina.

Lo mencionado tiene como fundamento el artículo 2 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina⁹¹, el cual dispone que:

Artículo 2.- Naturaleza y características del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina

El ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina está conformado por normas fundamentales o de derecho primario y

⁹⁰ F. URIBE, *El Derecho de la Integración en el Grupo Andino, Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena*, Quito, 1990.

⁹¹ Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Decisión 500, en <http://www.comunidadandina.org/normativa/dec/D500.htm>

por normas derivadas o de derecho secundario. Las normas de derecho primario están constituidas por los tratados suscritos y ratificados por los Países Miembros en materia de integración comunitaria andina así como por sus protocolos adicionales y modificatorios. Las normas de derecho secundario o derivado están constituidas por las Decisiones del Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores y de la Comisión, por las Resoluciones de la Secretaría General, por los Convenios de Complementación Industrial y otros que adopten los Países Miembros entre sí en el marco del proceso de integración subregional andino. (el subrayado me pertenece).

En el presente estudio, voy a realizar un análisis de los conceptos y su aplicación en los ordenamientos jurídicos internos de los Estados Miembros y demás, que nos ayuden a saber más acerca de las Decisiones de la Comisión, o conocidas como derecho comunitario derivado, puesto que una de ellas afecta de manera inminente a los solicitantes de refugio andinos en el país.

En primer lugar, la función de las Decisiones es la de regular el proceso de integración con valor **uniforme y vinculante para todos los países miembros**. (cfr, URIBE, p.80).

Con relación a la característica principal de estas Decisiones, es que conforman la ley regional o ley andina destinada a regular los temas de la integración, en forma independiente de la ley nacional o derecho interno de cada uno de los Estados, incluso de manera excluyente a ella. Lo que nos permite deducir cuan importantes son las Decisiones para los Países Miembros, que a pesar de que rigen de manera vinculante para ellos, no requieren de ningún proceso de aprobación interna ni seguimiento alguno dentro de los Estados, para establecerse como tales. (cfr, URIBE, p.81).

El punto neurálgico del presente análisis, radica en que las Decisiones de la Comisión son “**directamente aplicables**”. Esta característica es atribuida por el artículo 3 del Tratado de creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, lo que conlleva a que en los ordenamientos jurídicos de los Países Miembros tengan carácter vinculante:

Artículo 3.- Las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores o de la Comisión y las Resoluciones de la Secretaría General serán directamente aplicables en los Países

Miembros a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo, a menos que las mismas señalen una fecha posterior.

Cuando su texto así lo disponga, las Decisiones requerirán de incorporación al derecho interno, mediante acto expreso en el cual se indicará la fecha de su entrada en vigor en cada País Miembro.

La Jurisprudencia del Tribunal Andino en varias ocasiones ha reiterado el principio del Efecto Directo de las Decisiones, refiriéndose a que:

(...) mediante el cual la norma comunitaria andina genera derechos y obligaciones de carácter inmediato en cabeza de los nacionales de los Países Miembros, esto es sin necesidad de que existan normas jurídicas internas que los desarrollen o reglamenten. Este principio es de una gran importancia porque faculta a los particulares a exigir ante las autoridades de sus Países Miembros los derechos otorgados por la norma comunitaria. Este principio se encuentra consagrado en el artículo 3 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.⁹²

De igual manera, según el Tratado de creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, se establecen dos figuras jurídicas para la entrada en vigor de sus Decisiones: **la obligatoriedad y la aplicabilidad directa de las Decisiones de la Comisión**. La obligatoriedad de las Decisiones se produce desde la fecha de su aprobación; mientras que la aplicabilidad directa de las Decisiones, tiene efecto desde la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo. (cfr, URIBE, p.89).

En cuanto al principio de aplicabilidad directa de las normas comunitarias, éste queda establecido en el texto del Tratado del Tribunal que dispone que las Decisiones de la Comisión serán directamente aplicables en los Países Miembros, con lo cual distinguimos fácilmente que las normas comunitarias no están sujetas a ningún otro procedimiento, sino únicamente, al establecido por su mismo ordenamiento jurídico. Este principio está garantizado a través de las sentencias del Tribunal de Justicia Andino, que

⁹² Tribunal de Justicia de la CAN, Caso Regulación Andina para el funcionamiento de mataderos y acceso a mercados, proceso No. 0090-IP-2008, de 20 Agosto 2008.

responden a las reclamaciones de las personas o instituciones contra el incumplimiento de cualquier precepto comunitario del ordenamiento jurídico andino. En otras palabras, este principio ha sido desarrollado básicamente en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia Andino.

En caso de conflicto de normas comunitarias y normas internas de los países Miembros, el Tribunal de Justicia Andino se ha pronunciado en sentencia de 25 de mayo de 1988 (Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, Año V, No. 33):

En cuanto al efecto de las normas de la integración sobre las normas nacionales, señalan la doctrina y la jurisprudencia que, en caso de conflicto, la regla interna queda desplazada por la comunitaria, la cual se aplica preferentemente, ya que la competencia en tal caso corresponde a la comunidad.

Es preciso acotar que el Ecuador forma parte de la Comunidad Andina, es por esto, que todas las Decisiones de la Comisión Andina son de aplicación inmediata y de carácter obligatorio para todos los funcionarios públicos. La Decisión 545 de la Comunidad Andina (CAN)⁹³, no es la excepción. Esta reconoce, que en el ejercicio de su derecho a la libre circulación en el espacio comunitario, los ciudadanos andinos tienen derecho a trabajar en cualquiera de los países Miembros, con los mismos derechos, el trato y las oportunidades que un ciudadano nacional; incluido su derecho a beneficios adicionales, la continuidad en sus aportes a la seguridad social, entre otros. En su artículo 1 dispone que:

El presente Instrumento tiene como objetivo el establecimiento de normas que permitan de manera progresiva y gradual la libre circulación y permanencia de los nacionales andinos en la Subregión con fines laborales bajo relación de dependencia.

⁹³ CAN, Decisión 545, Instrumento Andino de Migración Laboral, suscrita en Antioquia el 25 de junio de 2003.

Además, en su artículo 10 recoge el principio de igualdad de trato y oportunidades entre los trabajadores nacionales y extranjeros, sin que estos últimos puedan ser discriminados por su condición:

Se reconoce el principio de igualdad de trato y de oportunidades a todos los trabajadores migrantes andinos en el espacio comunitario. En ningún caso se les sujetará a discriminación por razones de nacionalidad, raza, sexo, credo, condición social u orientación sexual.

Sin embargo, en la práctica, a los nacionales de otros Estados miembros de la CAN, las autoridades competentes no les permiten trabajar en el Ecuador, mientras dura su estancia legal conforme lo establecido en la Decisión 545 antes mencionada; so pretexto que todo extranjero que desee ejercer su derecho al trabajo en el país, debe estar respaldado por el tipo de visa correspondiente y el denominado “carnet ocupacional”. Lo que claramente menoscaba la Decisión 545, y por ende, el derecho al trabajo de los solicitantes de refugio andinos.

A pesar, que en los considerandos de tal Decisión se establece que en las diversas reuniones del Consejo Asesor de Ministros de Trabajo de la Comunidad Andina se ha determinado, entre otros, el criterio de gradualidad para procurar el ordenamiento progresivo de los flujos migratorios con fines laborales en el espacio comunitario.

Esto se basa en la aplicación excluyente de las normas nacionales en relación de las disposiciones comunitarias; ya que las leyes de Migración y Extranjería, así como sus respectivos reglamentos, establecen que todo extranjero que desea trabajar en el Ecuador, necesita del respaldo de un documento que acredite que está facultado para desarrollar actividades laborales; como es el caso del llamado “carnet ocupacional”.

El Informe Sombra al primer informe del Estado ecuatoriano sobre cumplimiento de la Convención Internacional para la protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares, elaborado por Gina Benavides Llerena de 2007, fundamenta lo antes señalado:

El Estado ha omitido señalar que las leyes de Migración y Extranjería fueron expedidas bajo una dictadura militar y que contienen regulaciones basadas en concepciones de seguridad nacional, selectividad, control y criminalización de los extranjeros, tampoco ha señalado que la autorización laboral para extranjeros prevista en el Código de Trabajo, fue expedida bajo un gobierno de facto y como parte del establecimiento de una política selectiva de migraciones laborales externas a través de la cual se buscaba proteger la mano de obra nacional.

De esta forma, las normas que regulan el tratamiento de los trabajadores migratorios en el país no sólo son obsoletas, como afirma el Estado, sino que además son inconstitucionales y violatorias de los estándares internacionales de protección de derechos humanos fijados por la Convención.

Propuesta de Acción de incumplimiento ante la CAN.

Por lo mencionado, es factible presentar una Acción de Incumplimiento ante la CAN, la cual se encuentra regulada por los artículos 23 al 31 del Tratado del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, el Estatuto del Tribunal y el Reglamento de la Fase Prejudicial de Incumplimiento. A través de esta competencia, el Tribunal de Justicia y la Secretaría General controlan y verifican el cumplimiento de las obligaciones impuestas a los Países Miembros por las normas que conforman el ordenamiento jurídico andino.

Cabe destacar, que la acción de incumplimiento proporciona a las personas naturales o jurídicas el derecho a acudir con sus demandas al Tribunal de Justicia (artículo 37 Art. 31 Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina), sin quitarle la prerrogativa de hacerlo ante los jueces nacionales (Art. 31 Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina), con lo cual la jurisdicción del tribunal se extiende, adecuadamente, al conocimiento de los casos particulares.

Procedimiento ante la CAN.

Fase prejudicial: Conforme a lo previsto en los artículos 13, 15 16, 20 y 22 de la Decisión 623: “Reglamento de la Fase Prejudicial de la Acción de Incumplimiento”⁹⁴; previo a la interposición de una demanda ante el Tribunal de

⁹⁴ CAN, Decisión 623, Reglamento de la Fase Prejudicial de la Acción de Incumplimiento, suscrita en Lima el 16 de julio de 2005.

Justicia, debe cumplirse con la fase prejudicial de la acción de incumplimiento ante la Secretaría General. Por lo tanto, la Secretaría General, formula una nota de observaciones en la que precisa la conducta objeto del incumplimiento, las normas que podrían estar infringiéndose y las razones por la cual se considera que dicha medida constituye incumplimiento de las normas. El País Miembro, dispone de un plazo para dar respuesta a los cargos formulados; para que posteriormente la Secretaría General pueda emitir su opinión a través de un dictamen motivado donde de ser el caso, fija un plazo para que el País Miembro subsane el incumplimiento. No procede recurso alguno.

Proceso ante el Tribunal: Con fundamento en los artículos 25 y 27 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina; el proceso por incumplimiento puede iniciarse ante el Tribunal Andino por demanda presentada por la Secretaría General, por un País Miembro o por una persona natural o jurídica afectada en sus derechos. El proceso culmina con una sentencia en la que el Tribunal declara si el País Miembro incurrió o no en incumplimiento de normas del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, al haber adoptado una medida interna o haber omitido una actuación exigida por el Derecho Andino. En caso de incumplimiento de la sentencia el Tribunal de Justicia, previo un procedimiento sumario, puede autorizar la suspensión de ventajas derivadas del Acuerdo de Cartagena o imponer otras medidas coercitivas.

El incumplimiento e inobservancia de la Decisión 545, por parte de las autoridades públicas del Ecuador, no solamente, que da cabida a la presentación de una Acción de Incumplimiento de las normas comunitarias citadas, sino que están en contravención del artículo 424 de la Constitución; ya que dicho artículo dispone que: “los instrumentos internacionales de derechos humanos, reconocidos por el Estado, que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto de poder público”.

2.5.2. Restricciones al ejercicio al Derecho al Trabajo de los solicitantes de refugio por parte del ordenamiento jurídico nacional y las políticas estatales.

Si bien, la Ley de Extranjería⁹⁵ en su artículo 4 incorpora el derecho de asilo y les otorga a los refugiados el estatuto de no inmigrantes; según el artículo 12 numeral IV de dicha ley; además, de plasmar en su artículo 2 la norma constitucional que dispone que los extranjeros gozan de los mismos derechos que los nacionales. A continuación, se demostrará las limitaciones que dicho cuerpo legal impone al ejercicio al derecho al trabajo de los solicitantes de refugio, así como las restricciones por parte de la Ley de Migración y su Reglamento.

Dentro de las restricciones al derecho al trabajo de los solicitantes de refugio, dentro del ordenamiento jurídico interno, nos encontramos que el artículo 42 del Reglamento a la Ley de Extranjería⁹⁶ dispone lo siguiente:

a) El Ministerio de Relaciones Exteriores determinará las actividades que podrá desarrollar el asilado o refugiado, **incluyendo labores remuneradas**, las que no se sujetarán a las normas regulares dada la condición sui generis que caracteriza a un asilado o refugiado político. Con tal finalidad, el Ministerio de Relaciones Exteriores extenderá un "documento de identificación" numerado, firmado y sellado por el funcionario autorizado del Ministerio de Relaciones Exteriores, en el que constará: nombre completo del extranjero, reconocimiento de su calidad de asilado o refugiado político, datos personales de identificación, fotografía y firma del titular de la visa, (...) y, finalmente, **una constancia de que el Ministerio de Relaciones Exteriores autoriza al titular de la visa 12-IV, a que pueda desempeñar labores remunerativas**, sin otro requisito, dada su condición de asilado o refugiado político (las negritas y el subrayado son míos).

Al interpretar el tenor literal de la norma citada, nos encontramos que únicamente los refugiados declarados como tales por el Estado ecuatoriano,

⁹⁵ Ley de Extranjería, Registro Oficial No. 454 de 04 de abril de 2004.

⁹⁶ Reglamento a la Ley de Extranjería, Decreto Ejecutivo No. 1991, Registro Oficial No. 473 de 07 de julio de 1986.

después de pasar por el procedimiento de elegibilidad, podrán desempeñar labores remunerativas en el país, con el aval o constancia del Ministerio de Relaciones Exteriores, a través de su Dirección General de Refugiados; órgano que autoriza al portador de la visa 12 IV a que pueda ejercer su derecho al trabajo libremente en territorio ecuatoriano. Es evidente que la norma anteriormente citada, excluye y vulnera el ejercicio al derecho al trabajo de los solicitantes de asilo.

Del mismo modo, no existe una política institucional por parte del Ministerio de Relaciones Exteriores y del Ministerio de Relaciones Laborales, que facilite el ejercicio del derecho al trabajo de los solicitantes de asilo. En la práctica las entidades, tanto públicas como privadas no les permiten trabajar; por el hecho que no poseen un documento que les habilite realizar actividades de carácter laboral en el país, como el carnet ocupacional emitido por el Ministerio de Relaciones Laborales. Lo mencionado tiene como fundamento la absolución de la consulta realizada el 09 de julio de 2010, en la cual la Dirección de Empleo y Reconversión Laboral del Ministerio de Relaciones Laborales, mediante Oficio No. 033-ML-10 de 19 de julio del mismo año, concluye y recomienda que: "(...) no se puede dar el tratamiento de refugiado, a las personas que todavía, no han obtenido esta calidad (...)". Anexo 1.

Cabe recalcar, que el refugiado así declarado, puede ejercer su derecho al trabajo libremente en el país, puesto que se encuentra amparado por la visa 12 IV; documento que le autoriza a desempeñar labores remunerativas. Sin embargo, conforme el artículo 42 del Reglamento de la Ley de Extranjería, el carnet de solicitante de refugio al no tener el carácter de la visa 12 IV no les autoriza o ampara a los peticionarios de refugio a ejercer libremente su derecho al trabajo en el Ecuador. Este es el fundamento de las autoridades públicas para restringir el derecho al trabajo de los solicitantes de refugio; ya que según la absolución a la consulta antes mencionada, un peticionario de refugio "(...) podría realizar el trámite laboral sometándose a las disposiciones regulares contempladas en el Código de Trabajo y la ley de extranjería." Esto significa que los solicitantes de refugio para poder ejercer su derecho al trabajo en el país, deberían solicitar otra calidad migratoria (visa) que les facilite desempeñar

actividades laborales. Por lo que estarían obligados a desistir de su solicitud de refugio.

Por otra parte, el artículo 33 del Reglamento a la Ley de Migración⁹⁷, dispone expresamente, que: “todo empleador antes de proporcionar trabajo u ocupar los servicios de un extranjero le **exigirá sin excepción**, la exhibición de los siguientes documentos: I Documento de viaje en el que conste la visa de (...) no inmigrante con la constancia de su inscripción en el Registro de extranjeros del Departamento Consular del Ministerio de Relaciones Exteriores, que le autoriza el ejercicio de ocupaciones remuneradas a tiempo fijo.”

Con esto se evidencia que los empleadores se encuentran restringidos a proporcionar trabajo a los solicitantes de refugio, ya que el carnet o el certificado que les proporciona la Dirección General de Refugiados del Ministerio de Relaciones Exteriores, no constituye una visa, y tampoco, con este documento se les autoriza el ejercicio del derecho al trabajo; lo que claramente vulnera su derecho al trabajo.

Además, los potenciales empleadores de los solicitantes de refugio se ven acosados constantemente por las autoridades competentes, si contratan a un extranjero que no posea el mencionado carnet ocupacional o un documento que les habilite a ejercer su derecho al trabajo, ya que el artículo 36 del anotado cuerpo legal dispone lo siguiente:

Para la verificación del cumplimiento de las obligaciones descritas, el Servicio de Migración de la Policía Civil Nacional, mediante comisión expresa del respectivo Jefe, podrá efectuar las inspecciones pertinentes con la intervención de los agentes de policía.

Constituye una contravención proporcionar empleo a los solicitantes de refugio, porque al no contar con los formalismos y autorizaciones establecidos en la Ley de Extranjería, los empleadores de dichas personas son sancionadas

⁹⁷ Reglamento a la Ley de Migración, Decreto Supremo No. 1900, Registro Oficial No. 382 de 30 de diciembre de 1971.

con prisión, de acuerdo al inciso III del artículo 37 de la Ley de Migración⁹⁸, cuando tipifica que:

La acción penal se ejercerá en la forma prevista en el Código de Procedimiento Penal para las infracciones de acción pública de instancia oficial. Constituyen delitos que serán reprimidos con prisión de seis meses a tres años y multa de cuatrocientos a cuatro mil dólares de los Estados Unidos de América, los siguientes:

la persona que por cuenta propia o ajena, (...) les conceda trabajo con violación de las normas legales y reglamentarias de extranjería.

En cuanto al sistema legal, el diseño de las leyes de Extranjería y Migración, no responden ni al sistema constitucional ni al marco jurídico internacional de derechos humanos, por lo que según GUERRERO⁹⁹:

(...) constituye una perspectiva anacrónica de la política y gobernanza de las migraciones, basada en la seguridad, control social, soberanía, elementos que afectan el conjunto de los derechos humanos. Es necesario indicar que la mayor parte de las políticas de restricción se han fundamentado en criterios de seguridad y soberanía, como la exigencia de documentos especiales para el ingreso de las personas de nacionalidad colombiana (pasado judicial), la existencia de procesos sostenidos de exclusión, de tensión y deportación por parte de la policía; o la prohibición de trabajar para las personas solicitantes de refugio.

Igualmente, el hecho de establecer restricciones legales para el ejercicio del derecho al trabajo de los solicitantes de refugio, sin proveerles algún tipo de asistencia económica, representa una clara violación de lo expresado en los principales instrumentos internacionales de derechos humanos. La Declaración Universal de Derechos Humanos¹⁰⁰, así como el PIDESC¹⁰¹, la Convención

⁹⁸ Ley de Migración, Codificación, Registro Oficial No. 563 de 12 de abril de 2005.

⁹⁹ E. GUERRERO, "Presentación del Informe Sombra del Ecuador", en *Diálogos Migrantes, Migración y Derechos Humanos, Revista del Observatorio Colombo-Ecuatoriano de Migraciones OCEMI*, e.d. CODICE Ltda., Bogotá, 2009, pp. 63-64.

¹⁰⁰ "Artículo 22.- Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.

sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW)¹⁰², la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial¹⁰³, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre¹⁰⁴ y el Protocolo de San Salvador¹⁰⁵, todos reconocen a la persona el derecho al trabajo, el cual debe ser remunerado, digno y en condiciones satisfactorias, que le permitan alcanzar un nivel de vida adecuado.

Lo anotado tiene como única consecuencia el que los solicitantes de refugio se vean obligados a buscar trabajo de manera ilegal, con ello se exponen a tratos humillantes, condiciones abusivas de trabajo, imposibilidad de reclamar o exigir garantías mínimas, tanto en lo referente a su remuneración como en las circunstancias mismas en las que desarrollan dicha actividad, esta realidad constituye una vulneración de los derechos consagrados en el articulado e instrumentos antes citados.

Artículo 23.- [...] 1. Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo.”

¹⁰¹ Artículo 6.-[...] 1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho.

Artículo 7.- Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial:

a) Una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores:

i) Un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; en particular, debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual”

¹⁰² “Artículo 11.- [...]1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar a la mujer, en condiciones de igualdad con los hombres, los mismos derechos, en particular:

a) El derecho al trabajo como derecho inalienable de todo ser humano;

b) El derecho a las mismas oportunidades de empleo, inclusive a la aplicación de los mismos criterios de selección en cuestiones de empleo;

d) El derecho a igual remuneración, inclusive prestaciones, y a igualdad de trato con respecto a un trabajo de igual valor, así como a igualdad de trato con respecto a la evaluación de la calidad del trabajo”

¹⁰³ “Artículo 5

e) Los derechos económicos, sociales y culturales, en particular:

i) El derecho al trabajo, a la libre elección de trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo, a la protección contra el desempleo, a igual salario por trabajo igual y a una remuneración equitativa y satisfactoria”

¹⁰⁴ “Artículo XIV. Derecho al trabajo y a una justa retribución.

Toda persona que trabaja tiene derecho de recibir una remuneración que, en relación con su capacidad y destreza le asegure un nivel de vida conveniente para sí misma y su familia.”

¹⁰⁵ “Artículo 6 Derecho al Trabajo

1. Toda persona tiene derecho al trabajo, el cual incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida o aceptada.”

Por otro lado, en caso de no poder conseguir un trabajo de forma clandestina, o por cuenta propia, sin correr el riesgo que las autoridades migratorias o de policía incauten sus mercancías, su medio de vida, los puede conducir a que se involucren en actividades ilegales, lo que aumenta claramente su estado de vulnerabilidad y la inseguridad de las ciudades en las que están radicados. En el peor de los casos, que se vean en la necesidad de regresar a su residencia habitual, como se mencionó.

2.6. La Constitución del Ecuador¹⁰⁶ no distingue entre los Derechos de los extranjeros y los nacionales, a excepción de los derechos políticos.

Con respecto a este tema, es imprescindible rescatar lo que menciona MARTÍNEZ¹⁰⁷ al respecto:

La negación, e incluso, restricción de derechos a los extranjeros vulnera directamente una de las premisas básicas de la modernidad y, por tanto, de la cultura occidental: la universalización de los derechos. Si creemos que los derechos humanos son universales y deben ser generalizables a todos, debemos, pues, defender los derechos de todos, incluidos los extranjeros.

Por un lado, desde el punto de vista territorial, los derechos humanos deben ejercerse, aplicarse y garantizarse en cualquier país y en todo su territorio, sin importar la forma de gobierno. Desde el punto de vista socio-demográfico, no puede existir razón alguna para que una sociedad desconozca los derechos a cualquier persona o grupo humano independientemente de su origen étnico, género, edad, condición social o estatus legal. Por ello, si bien la Declaración Universal de Derechos Humanos no es un instrumento internacional vinculante per se¹⁰⁸, sentó las bases para la futura elaboración de

¹⁰⁶ Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008, "Art. 9: Las personas extranjeras que se encuentren en el territorio ecuatoriano tendrán los mismos derechos y deberes que las ecuatorianas, de acuerdo con la Constitución."

¹⁰⁷ J. MARTÍNEZ, "*¿Tienen derechos los inmigrantes? Derechos Humanos y procesos migratorios: paradojas y posibilidades*", en ponencia presentada en las Jornadas sobre *Los inmigrantes como nuevos actores del desarrollo. Globalización, migración y derechos*, Universidad de Valencia, 2004.

¹⁰⁸ En el caso ecuatoriano sí lo es, por lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 11 de la Constitución.

estándares de derechos humanos que no suelen distinguir entre nacionales y no nacionales; ya que recoge y protege los derechos sin distinción del estatus migratorio de la persona.

Al respecto, es imprescindible tener presente lo que recoge la Opinión Consultiva 18¹⁰⁹, cuando menciona lo siguiente:

Los Estados americanos tienen la obligación de garantizar la protección básica de los derechos humanos, prevista en los tratados de derechos humanos, a todas las personas bajo su autoridad, “y [aquella] no depende[...] para su aplicación de factores tales como la ciudadanía, nacionalidad ni ningún otro factor de la persona, incluida su condición de inmigración.

Las políticas tradicionales de los Estados, han hecho una distinción sustancial entre las personas “legales” y las “ilegales”, de acuerdo a sus ordenamientos jurídicos internos en materia migratoria. Sin embargo, dicha concepción se está modificando con el transcurso del tiempo, por el reconocimiento y las garantías de los derechos intrínsecos del ser humano. Un claro ejemplo de esto es el Ecuador, puesto que el artículo 40 de la Constitución proclama que: “(...) No se identificará, ni se considerará a ningún ser humano como ilegal por su condición migratoria.”

La concepción de que ningún ser humano podrá ser considerado como ilegal, debido a su condición migratoria, parte de la noción de ciudadanía universal, la cual manifiesta que:

(...) el sujeto de los derechos es cada vez más un sujeto transfronterizo o –siguiendo la terminología de John Rawls – un sujeto cosmopolita, esto es, un sujeto que ejerce los derechos derivados de su vínculo de ciudadanía no solo dentro de los límites formales de la soberanía nacional de su Estado, sino también fuera, puesto que tal sujeto tendría un doble vínculo político- jurídico de ciudadanía o pertenencia, a saber; por una parte, el vínculo con su Estado nacional, y por otra parte, un segundo vínculo, derivado de la integración de su propio Estado

¹⁰⁹ Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003.

en cualquier tipo de regiones globales o comunidades transnacionales, o derivado de la residencia en algún territorio dichas regiones globales, como por ejemplo la Unión Europea. Esto quiere decir, que la protección jurídica, política y social (...) derivada del estatus jurídico-político de la ciudadanía, ya no responde hoy día en un proceso unilateral entre soberanía del Estado nacional y el ciudadano de tal Estado.¹¹⁰

Además, la Constitución en su artículo 9 no hace una diferenciación entre los derechos de los extranjeros, sin importar su situación migratoria en el país, y los nacionales, con la salvedad de los derechos políticos:

Las personas extranjeras que se encuentren en el territorio ecuatoriano tendrán los mismos derechos y deberes que los ecuatorianos, de acuerdo con la Constitución.

Esto tiene como antecedente el hecho que todos los seres humanos somos iguales en dignidad y derechos sin importar la condición migratoria, como lo manifiesta la Declaración Universal de Derechos Humanos, punto que trataré más a fondo. Por ende, todos los derechos humanos, como el derecho al trabajo, deben ser garantizados y respetados por los todos los Estados sin distinción alguna.

Además, la norma citada, se fundamenta en el preámbulo de la misma Constitución, el cual predica el respeto, en todas sus dimensiones, a la dignidad de las personas. Una de las dimensiones o senderos para la realización de la dignidad humana son los Derechos Humanos, los cuales dignifican a las personas. Por todo lo mencionado, la Constitución reconoce el derecho al trabajo de los extranjeros en el Ecuador, sin perjuicio de su estatus migratorio.

La norma constitucional antes citada, es aplicable al caso de los solicitantes de refugio, ya que al ser extranjeros, se les reconoce el derecho al trabajo, puesto que gozan de los mismos derechos que los ecuatorianos. Sobre

¹¹⁰ M. FARIÑAS DULCE, *Globalización, ciudadanía y Derechos Humanos*, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, e.d. DYKINSON S.L., 2004, pp. 43-44, en http://books.google.com.ec/books?id=cGC_2BKFE-EC&pg=PA42&dq=ciudadania+universal&hl=es&ei=sx6tTO3PKYSglAfg27GaCQ&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=5&ved=0CDwQ6AEwBDgK#v=onepage&q&f=false

todo, si dichas personas se encuentran en una situación de vulnerabilidad, debido a que se vieron forzadas a salir de su país de origen o residencia habitual porque su vida, seguridad o libertad se vieron amenazadas por la situación de violencia, o en su defecto, sufrieron o corren el riesgo de sufrir algún tipo de persecución por los cinco motivos establecidos en la Convención de 1951.

Además, la Constitución en su artículo 11 numeral 2 proclama que: “Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades”. Por ello, no cabe ninguna diferenciación entre los derechos de los extranjeros, en los cuales se incluye a los solicitantes de refugio; y los nacionales. Por consiguiente, es preciso citar la OC 18, en la cual se afirma que:

Los Estados pueden otorgar un trato distinto a los trabajadores migrantes documentados y a los trabajadores migrantes indocumentados, o a extranjeros respecto de los nacionales. **Tal es el caso de los derechos políticos reconocidos sólo a los nacionales.** Sin embargo, respecto de los derechos humanos internacionalmente reconocidos, todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho a igual protección, de conformidad con el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (las negritas y el subrayado es mío).

Por otro lado, conforme al principio pro homine, recogido en el artículo 427 de la Constitución, los solicitantes de refugio tienen derecho al trabajo, ya que se interpretará toda norma o disposición legal en el sentido que más favorezca a la vigencia de sus derechos. Lo que conlleva a concluir que tanto el artículo 9 citado, y por ende el artículo 33 (derecho al trabajo) de dicho cuerpo legal, se los aplicará sin discriminación alguna a los solicitantes de refugio, con el objetivo de garantizar su sobrevivencia y vida digna en el país.

CARPIO MORALES¹¹¹, con respecto al Principio Pro Homine afirma que:

(...) es un criterio hermeneúutico que informa todo el Derecho de los Derechos Humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos o, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de

¹¹¹ E. CARPIO MARCOS, La interpretación de los derechos fundamentales, Palestra Editores, Lima, 2004, Serie Derechos y Garantías No. 9, p. 28.

establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o a su suspensión extraordinaria.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, con fecha 13 de Septiembre de 1985 emitió la opinión consultiva No. 5 (OC-5/85)¹¹², dando respuesta a la inquietud del gobierno de Costa Rica respecto de la colegiación obligatoria de periodistas y la interpretación de los artículos 13 y 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos, determinando su incompatibilidad con el derecho a la libertad de expresión consagrado en la Convención. Esta, sentó el principio de que: “si una misma situación jurídica le son aplicables el Pacto de San José y otro Tratado Internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana.”

Propuesta de Acción de Incumplimiento ante la Corte Constitucional.

Cabe recalcar, que la Constitución de la República del Ecuador, según sus artículos 424 y 425 es la norma suprema y jerárquicamente superior a las demás normas que conforman su ordenamiento jurídico, por lo que prevalece ante estas. Además, siguiendo con lo que disponen los artículos anotados, las normas jurídicas de menor jerarquía deben mantener conformidad con las disposiciones constitucionales, de lo contrario carecerán de eficacia jurídica, y no deberán ser aplicadas por las autoridades públicas.

De igual manera, el artículo 426 del mencionado cuerpo legal, dispone claramente que todas las autoridades públicas, en general, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos. Así mismo, no podrán alegar falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución.

Sin embargo, es claro que las leyes de Migración y Extranjería y sus Reglamentos no guardan conformidad con las disposiciones constitucionales en cuanto al derecho al trabajo de los solicitantes de refugio. Por ello, las

¹¹² Corte IDH, *La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985.

normas referentes a este tema son contradictorias con los artículos 9 y 33 de la Constitución, los cuales disponen que:

Art. 9.- Las personas extranjeras que se encuentren en el territorio ecuatoriano tendrán los mismos derechos y deberes que las ecuatorianas, de acuerdo con la Constitución.

Art. 33.- El trabajo es un derecho y un deber social, y un derecho económico, fuente de realización personal y base de la economía. El Estado garantizará a las personas trabajadoras el pleno respeto a su dignidad, una vida decorosa, remuneraciones y retribuciones justas y el desempeño de un trabajo saludable y libremente escogido o aceptado.

Además, las autoridades públicas en general, sobre todo, los servidores públicos del Ministerio de Relaciones Laborales, están vulnerando el ejercicio al Derecho al Trabajo que tienen los solicitantes de refugio, al no permitirles trabajar, como lo disponen los Instrumentos del Derecho Internacional de Derechos Humanos en la materia y la Constitución. Estos funcionarios se basan en que no existe una ley o una norma jurídica que les faculte expresamente a los peticionarios de refugio ejercer su derecho al trabajo, y consideran que no se les puede dar el mismo tratamiento que a un refugiado declarado como tal, según la mencionada absolución de consulta realizada al Ministerio de Relaciones Laborales.

Por todo esto, cabe interponer una acción de incumplimiento ante la Corte Constitucional, puesto que, las autoridades públicas no están aplicando los artículos 9 y 33 de la Constitución conjuntamente, y consecuentemente, están menoscabando gravemente el derecho al trabajo de los solicitantes de refugio:

Art. 436.- La Corte Constitucional ejercerá, además de las que le confiera la ley, las siguientes atribuciones:

(...)

5. Conocer y resolver, a petición de parte, las acciones por incumplimiento que se presenten con la finalidad de garantizar la aplicación de normas o actos administrativos de carácter general, cualquiera que sea su naturaleza o jerarquía, así como para el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de protección de derechos humanos que no sean ejecutables por vías judiciales ordinarias.

CAPITULO III

RELACION ENTRE SOLICITANTES DE REFUGIO Y REFUGIADOS RECONOCIDOS

3. El estatus de refugiado es declarativo y no constitutivo.

El reconocimiento por parte de los Estados de la condición de refugiado es declarativo y no constitutivo. De esta manera, el Estado “de acogida” declara a una persona como refugiado, cuando ésta cumple con los requisitos exigidos por la Convención de Ginebra de 1951 o la Declaración de Cartagena (en el caso de Latinoamérica). En síntesis, cuando una persona al cruzar la frontera de su residencia habitual cumple con los requisitos establecidos en los cuerpos legales anotados, es un refugiado.

Así lo dispone el párrafo 28 del Manual de 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 los Refugiados:

De acuerdo con la Convención de 1951, una persona es un refugiado tan pronto como reúne los requisitos enunciados en la definición, lo que necesariamente ocurre antes de que se

determine formalmente su condición de refugiado. Así pues, el reconocimiento de la condición de refugiado de una persona no tiene carácter constitutivo, sino declarativo. No adquiere la condición de refugiado en virtud del reconocimiento, sino que se le reconoce tal condición por el hecho de ser refugiado (el subrayado es mío).

Por ello, una persona debe ser considerada como refugiado por los Estados receptores, por el solo hecho de reunir las características para ser considerado como tal, mas no por su reconocimiento legal. Al respecto, el Recurso extraordinario interpuesto por Héctor Ramón Dragoevich, en contra del Estado Argentino, ante la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal y ratificado por la Corte Suprema menciona lo siguiente:

(...) de acuerdo con la Convención de 1951, una persona es refugiado tan pronto como reúne las condiciones enunciadas en la definición, lo que necesariamente ocurre antes de que se determine formalmente su condición de refugiado.

Así pues, el reconocimiento de la condición de refugiado de una persona no tiene carácter constitutivo, sino declarativo (criterio 28 del "Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado", elaborado por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados ACNUR). (...) en tal sentido, este Tribunal ya ha reconocido el carácter declarativo de la condición de refugiado en la causa A.1579.XLI "Apablaza Guerra, Galvarino Sergio s/arresto preventivo", sentencia del 17 de julio de 2007. (...)¹¹³

Por otro lado, cuando un Estado considera que una persona no reúne los requisitos para ser declarada como refugiado, los efectos de tal decisión no tienen carácter extraterritorial; puesto que, esto no obsta para que dicha persona pueda solicitar refugio en otro país en base a las mismas circunstancias por las cuales solicitó en el primer Estado de acogida.

¹¹³ Corte Suprema (Argentina), Caso Héctor Ramón Dragoevich vs. Estado Argentino, en <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/6812.pdf>, 2 de abril de 2010.

3.1. Los solicitantes de refugio son refugiados no declarados.

Es sumamente importante, para comprender la dinámica en la protección de derechos, tanto para solicitantes de refugio, como para refugiados, tener claro cuáles son las diferencias y semejanzas, reales, conceptuales y jurídicas entre estos dos grupos, y cómo se puede hacer una aproximación a los dos desde un mismo punto de vista en el análisis, ya que ambas categorías están estrechamente relacionadas en los instrumentos nacionales e internacionales que regulan esta institución.

De acuerdo a la práctica internacional, los solicitantes de refugio se diferencian de los refugiados declarados por el pronunciamiento que hace sobre su reconocimiento el país receptor. La manera por la cual una persona pasa a ser refugiado en un determinado país o Estado es mediante un acto declarativo por parte del gobierno en el cual le reconoce dicha calidad.

Es decir, únicamente la decisión gubernamental de aceptar o negar el reconocimiento de la condición de refugiado a una persona en su territorio, marca la diferencia de unos con los otros. Sin embargo, la decisión negativa será de aplicación estrictamente territorial, como se especificó anteriormente, es decir, no se vuelve parte del "status jurídico" de la persona. En consecuencia, cuando su solicitud fuera negada por el Estado X, esta condición le podrá ser reconocida o en su defecto negada por el Estado Y, sin que sea necesario que presente elementos adicionales a aquellos expuestos en su primera solicitud.

Sin perjuicio de lo anterior, debe entenderse que toda persona que presenta una solicitud de refugio es considerada un refugiado (aunque su status legal sea de "solicitante de refugio") hasta que el Estado ante el cual lo solicita, resuelva su petición mediante una expresión de las autoridades competentes y declare en un acto debidamente motivado y sustentado, la negativa o la aceptación de la persona como refugiado.

La motivación de todo acto público tiene como fin el precautelar el derecho a la defensa y petición. Todo esto con fundamento en el artículo 76 literal l) de la Constitución, el cual dispone lo siguiente:

Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se consideran nulos. (...).

De igual manera, el artículo 31 de la Ley de Modernización del Estado señala que:

Todos los actos emanados de los órganos del Estado, deberán ser motivados. La motivación debe indicar los presupuestos de hecho y las razones jurídicas que han determinado la decisión del órgano, en relación con los resultados del procedimiento previo (...).

Según CASSAGNE¹¹⁴: “la motivación es un requisito que integra el elemento forma y consiste en la exteriorización de las razones que justifican y fundamentan la emisión del acto, que versa tanto en las circunstancias de hecho y de derecho (causa) como en interés público que se persigue con el dictado del acto (finalidad).”

La Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia (antes Corte Suprema de Justicia) en reiterados fallos ha manifestado que la importancia de la motivación de todo acto administrativo, resolución o fallo que emane de la Función Pública, se debe a que es un mecanismo por el cual el Estado garantiza de manera efectiva el derecho de petición e impide la arbitrariedad.

Referente a este tema se citará lo considerado por la Corte en el Recurso de Casación No. 29-98 que, por reivindicación, que siguió Juan Francisco Mayorga Buenaño y Nancy Susana Rodríguez Jarrín en contra de Jerónimo Honorio Illescas Díaz y Delia María Mera de Illescas, en el cual se dictó lo siguiente¹¹⁵:

¹¹⁴ J. CASAGNE, *Derecho Administrativo*, Tomo I, 5ta. Ed., e.d. Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1996, p. 150.

¹¹⁵ Corte Nacional de Justicia, (Ecuador) Sentencia No. 108, publicada en el Registro Oficial No. 160 de 31 de marzo de 1999, caso No. 29-98, seguido por Juan Francisco Mayorga Buenaño y Nancy Susana Rodríguez Jarrín en contra de Jerónimo Honorio Illescas Díaz y Delia María Mera de Illescas.

Fernando de la Rúa, en su "Teoría General del Proceso", De palma, Buenos Aires, 1991, p. 146 dice: "La motivación (...) consiste el conjunto de razonamientos de hecho y de derecho en que el juez apoya su decisión. Su exigencia es una garantía de justicia a la cual se le ha reconocido jerarquía constitucional, como derivación del principio de la inviolabilidad de la defensa en juicio.

Por la motivación, además, se asegura la publicidad de la conducta de los jueces y el control popular sobre el desempeño de sus funciones, esencial en un régimen republicano. Por ella también podrán los interesados conocer las razones que justifican el fallo y decidir su aceptación o impugnación.

(...)La motivación de la sentencia es la fuente principal de control sobre el modo de ejercer los jueces su poder jurisdiccional.

Su finalidad es suministrar garantía y excluir lo arbitrario. (...)La motivación, ha de reunir diversos requisitos: ha de ser expresa, clara, completa, legítima y lógica: sobre este requisito, se anota que el Juez debe observar en la sentencia las reglas de recto entendimiento humano, que presiden la elaboración de racional de los pensamientos.

De igual manera, cabe citar la sentencia dictada por la Sala antes mencionada, de la Corte Nacional de Justicia (antes Corte Suprema de Justicia) en el juicio verbal sumario (Recurso de Casación) No. 63-99 que, por obra nueva, siguió el Dr. MARCELO REGALADO SERRANO en contra del Dr EDGAR RAMIRO ZURITA MANTILLA y JUANA ROSARIO TINIZARAY JIMENEZ¹¹⁶, donde se dictó lo siguiente:

(...) Sin embargo, la motivación es, en todo caso, uno de los elementos fundamentales en el control de la arbitrariedad (...).

De esta manera, la motivación se concreta como criterio diferenciador entre racionalidad y arbitrariedad. Un razonamiento será arbitrario cuando carezca de todo fundamento o bien sea erróneo. Se trata, en definitiva, del uso de la racionalidad para dirimir conflictos habidos en otra sociedad que se configura ordenada por la razón y la lógica.

Hemos mantenido, por otro lado, que con la distinción del contexto de descubrimiento y del contexto de justificación es posible concebir la motivación de las sentencias como la justificación de la decisión tomada.

¹¹⁶ Corte Nacional de Justicia, (Ecuador) Sentencia No. 558, publicada en la Gaceta Judicial No. 2 serie No. 17 de 09 de noviembre de 1999, en el caso No. 63-99, seguido por el Dr. Marcelo Regalado Serrano en contra del Dr Edgar Ramiro Zurita Mantilla y Juana Rosario Tinizara y Jiménez.

No puede, por lo tanto, decirse que la motivación sea un simple expediente explicativo. Fundamentar o justificar una decisión es diferente a explicarla. Mientras para fundamentar es necesario dar razones que justifiquen un curso de acción, la explicación requiere la simple indicación de los motivos o antecedentes causales de una acción.

La motivación debe mostrar que la decisión está legal y racionalmente justificada sobre la base de aquellos elementos (premisas) que la fundamentan. Justificar o fundar una decisión consiste, en definitiva, en construir un razonamiento lógicamente válido con la independencia de si las razones son pensadas antes, durante o después de tomar la decisión.

Así mismo, la Jurisprudencia Internacional se ha pronunciado en cuanto a la importancia de la motivación de todos los actos del poder público. Esto se evidencia en las conclusiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Claude vs. Chile¹¹⁷:

El artículo 8.1¹¹⁸ de la Convención no se aplica solamente a jueces y tribunales judiciales. Las garantías que establece esta norma deben ser observadas en los distintos procedimientos en que los órganos estatales adoptan decisiones sobre la determinación de los derechos de las personas, ya que el Estado también otorga a autoridades administrativas, colegiadas o unipersonales, la función de adoptar decisiones que determinan derechos.

De esta forma, las garantías contempladas en el artículo 8.1 de la Convención son también aplicables al supuesto en que alguna autoridad pública adopte decisiones que determinen tales derechos, tomando en cuenta que no le son exigibles aquellas propias de un órgano jurisdiccional, pero sí debe cumplir con aquellas garantías destinadas a asegurar que la decisión no sea arbitraria.

La Corte ha establecido que las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias. (párrafos 118, 199 y 120)

¹¹⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile, Sentencia de 19 de septiembre de 2006.

¹¹⁸ Artículo 8. Garantías Judiciales 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

Es preciso reiterar, que la resolución negativa de una solicitud de refugio surte efectos únicamente en el país en el que se ha solicitado; dicha conclusión debe estar debidamente motivada como se mencionó, para salvaguardar el derecho de petición y a la defensa de los peticionarios de refugio. Es importante tener presente que por definición:

un solicitante de asilo es alguien cuya petición no ha sido finalmente decidida por el país en el que esa persona la presentó. No todos los solicitantes de asilo serán finalmente reconocidos como refugiados, pero todos los refugiados son en principio solicitantes de asilo.¹¹⁹

Los solicitantes de refugio, son en realidad refugiados no declarados, porque una persona no abandona su residencia habitual, sin que exista de por medio una situación grave que le motive a hacerlo, a menos que lo haya hecho por buscar aventuras o conocer el mundo. Además, si se considera que el procedimiento es declarativo y no constitutivo:

En lo que concierne a los solicitantes de refugio, de acuerdo al derecho internacional, se los considera como refugiados por el hecho de cumplir con los criterios determinados en la definición de la Convención de Ginebra, independientemente del proceso nacional de elegibilidad que realice el país receptor. La Convención de Ginebra, define como único actor sujeto de la protección internacional al refugiado y lo considera tal desde el momento en que solicita la condición de refugiado y en ningún momento lo define como solicitante u otra denominación que evidencie cambio de condición.¹²⁰

En este sentido, los derechos, garantías y demás normas de protección incorporadas en la Convención de Ginebra de 1951, su Protocolo de 1967, y los demás instrumentos internacionales del Derecho Internacional de los Refugiados y del Derecho Internacional de Derechos Humanos, se aplican de igual manera a los llamados solicitante de refugio.

¹¹⁹ ACNUR, "Introducción a la Protección Internacional", *Protección de las personas de la competencia del ACNUR*, p. 14, en: <http://127.0.0.1:8181/secciones/index.php?viewCat=1051>.

¹²⁰ ACUÑA, BENALCÁZAR, LÓPEZ Y SAAVEDRA, *El refugio en el Ecuador*, Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos, INREDH, Cotopaxi, 2004, p. 138.

Como lo afirman ACUÑA, BENALCÁZAR, LÓPEZ Y SAAVEDRA¹²¹:

(...) se define que bajo la visión del derecho internacional y particularmente el derecho internacional de los refugiados, el concepto de solicitante de refugio o el de refugiado, es considerado análogamente, por ello, su definición y protección, en ambos términos, es la misma, y por tanto se aplica la norma protectora de los derechos de los refugiados establecidos en la Convención de Ginebra de 1951, su Protocolo de 1967, la Declaración de Cartagena y demás instrumentos internacionales sobre la materia (...).

Por otro lado, en el caso que la solicitud de refugio sea positiva, como menciona GALINDO¹²²: “el estatuto de refugiado debe respetarse para la persona no solo en el Estado en el que ha sido reconocido, sino que debe procurarse que esta condición le sea reconocida en otros países también, sin someterlo de nuevo a un proceso de determinación de la condición de refugiado.”

3.2. Principios de igualdad y no discriminación.

3.2.1. Principio de igualdad.

En cuanto a la definición de igualdad, muchos tratadistas la miran de diferentes perspectivas. Sin embargo, muchos la relacionan con el valor de la justicia, como es el caso de PALACIOS¹²³, quien establece que: “la igualdad es ese algo necesario para lograr la visión particular de justicia que la sociedad en cuestión persigue; así, por ejemplo, se llega a la exigencia de igualdad de derechos, igualdad de recursos o igualdad de oportunidades en cualquier sistema social dado.”

¹²¹ Ibídem, p. 138.

¹²² F. GALINDO VÉLEZ; *Consideraciones sobre la Determinación de la Condición de Refugiado*, p. 33, citado por S. NAMIHAS, *Derecho Internacional de los Refugiados (Capítulo II)*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 2001.

¹²³ P. PALACIOS ZULOAGA, *La no Discriminación*, e.d. LOM, Santiago de Chile, 2006, p. 25

De igual manera, dicha concepción de igualdad o justicia la tiene BOBIO¹²⁴, quien sostiene que:

Por regla de justicia se entiende la regla según la cual se deben tratar a los iguales de modo igual y a los desiguales de modo desigual (...) La regla de justicia, en suma, atañe al modo con que el principio de justicia debe aplicarse: ha sido llamada, en efecto, correctamente, la justicia en aplicación (...).

La idea que hemos recogido aquí no es, que los iguales deben ser tratados de forma igual y los diferentes de forma diferente; lo que puede llevar a la conclusión de “iguales pero separados”, ya que como se ha mencionado todos los seres humanos somos iguales en dignidad y derechos, sin discriminación. Sin embargo, el trato dado a un grupo de personas que reúnen ciertas características en común, debe extenderse a todo el grupo, como en el caso de los refugiados y los solicitantes de refugio, ya que el proceso para obtener el estatuto de refugiado es declarativo y no constitutivo, por lo que los peticionarios de refugio son verdaderamente refugiados no declarados. Por ello, el trato, los derechos y obligaciones que poseen son y deben ser iguales, en todo ámbito. Además, son diferentes del resto de los migrantes; aunque en algunas circunstancias los diferentes deben ser tratados de manera similar, este es el caso de las obligaciones ante la Ley que contraen con su país receptor, y sus derechos fundamentales en general.

Como dispone la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Yatama Vs. Nicaragua en Sentencia de 23 de junio de 2005¹²⁵; la igualdad ante la Ley y el principio de no discriminación garantizan los derechos humanos de todas las personas:

El principio de la protección igualitaria y efectiva de la ley y de la no discriminación constituye un dato sobresaliente en el sistema tutelar de los derechos humanos consagrado en muchos instrumentos internacionales y desarrollado por la doctrina y jurisprudencia internacionales. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental

¹²⁴ N. BOBIO, *Igualdad y Libertad*, Paidós I.C.E./U.A.B, Barcelona, 1993, pp. 64 -65.

¹²⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Yatama Vs. Nicaragua, Sentencia de 23 de Junio de 2005.

de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*. (párrafo 184)

Cabe tomar en consideración el artículo primero de la Declaración Universal de Derechos Humanos:

Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.

De igual manera, el artículo 66 numeral 4¹²⁶ de la Constitución, recoge el mencionado principio. Lo que nos recuerda que todos los seres humanos somos iguales en dignidad, característica intrínseca, y dicha igualdad nos hace titulares de los mismos derechos sin distinción alguna. Al respecto BOBIO¹²⁷, afirma que:

La idea que la máxima expresa es la de que los hombres sean considerados iguales y tratados como iguales respecto de aquellas cualidades que, según las diferentes concepciones del hombre y de la sociedad, constituyen la esencia del hombre, la naturaleza humana, distinta de la naturaleza de los demás seres (...).

Por otra parte, como nos recuerda PALACIOS¹²⁸: “la igualdad ante la ley es la primera expresión práctica del principio de la igualdad, una respuesta a la interrogante de cómo se logra la igualdad dentro de un Estado, una meta realizable que implica que los órganos estatales deben velar porque las normas jurídicas se apliquen de igual manera a todas las personas sujetas a la jurisdicción de ese Estado, sin distinción alguna.”

En este punto hay que considerar lo mencionado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva No. 18, sobre la Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados (2003), en la cual desarrolló el principio de no discriminación e igualdad ante la ley, habiendo declarado que:

¹²⁶ Constitución de la República del Ecuador, 2008, “**Art. 66.-** Se reconoce y garantizará a las personas: 4. Derecho a la igualdad formal, igualdad material, y no discriminación”.

¹²⁷ Op. Cit., nota 124, p.69.

¹²⁸ Op. Cit., nota 123 p. 29.

el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al *jus cogens*, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico. Hoy día no se admite ningún acto jurídico que entre en conflicto con dicho principio fundamental (...). Este principio (igualdad y no discriminación) forma parte del derecho internacional general. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens* (párr. 101).

Seguendo al autor antes citado, en el caso de los solicitantes de refugio, es imprescindible considerar, más que nada, la llamada igualdad en la ley:

(...) principio que obliga a los Estados a asegurarse que las normas de aplicación general que se dicten dentro de su territorio no establezcan diferencias arbitrarias entre sus destinatarios. Además, que dicho principio se traduce para la autoridad legislativa en la obligación de tratar idénticamente situaciones análogas y solo hacerlo en forma diferente cuando no se asimilen. La regla debe ser la igualdad (en el trato de situaciones análogas) las desigualdades deben ser la excepción.¹²⁹

Consecuentemente, SÁNCHEZ¹³⁰ ratifica que el principio de igualdad “impone al legislador la obligación de tener y dar justificaciones suficientes para tratar desigualmente situaciones análogas, de modo que él responde la carga de argumentos para justificar ese tratamiento distinto, pues de lo contrario se presumirá la inconstitucionalidad de su actuación por contravenir a primera vista su deber originario de regular casos parecidos de igual manera.”

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido en la OC-18 que:

Los Estados Partes en la Convención no pueden dictar medidas que violen los derechos en ella consagrados; en virtud del carácter perentorio del principio básico de la igualdad y no discriminación, "los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, de eliminar de dicho ordenamiento las

¹²⁹ *Ibidem*, p. 30.

¹³⁰ R. SÁNCHEZ GIL, *Igualdad y proporcionalidad*, en <http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2422/11.pdf>

regulaciones de carácter discriminatorio y de combatir las prácticas discriminatorias" (párr. 88).

Por otro lado, siguiendo la línea de PALACIOS¹³¹, el principio de igualdad exige:

(...) respecto de las personas que se encuentran en desventaja, un esfuerzo por parte del Estado, a través de medidas especiales, para superar la situación de marginación o exclusión en la que se encuentran respecto del goce y ejercicio de sus derechos. Esto, que es una aplicación del principio que exige que los iguales sean tratados de forma igual y que los desiguales sean tratados de forma desigual.

En el caso particular de los solicitantes de refugio, quienes se encuentran en desigualdad de derechos, frente a los refugiados reconocidos, sobre todo, con respecto al derecho al trabajo; el Estado ecuatoriano recientemente, ha tomado conciencia que los dos grupos de personas, por el hecho de ser iguales, deben ser tratados como tales y la importancia del principio de igualdad en la Ley, por lo que está elaborando el Proyecto del Decreto Ejecutivo, Sustitutivo de los Decretos Ejecutivos No. 3301/1992 y No. 1635/2009¹³² que reglamenta la aplicación en el Ecuador de las normas contenidas en la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los refugiados en su Protocolo de 1967, con el fin de cubrir estos vacíos legales. Por ello, su artículo 53 reconoce el derecho al trabajo de los refugiados no declarados o llamados solicitantes de refugio, cuando menciona que:

Los/las solicitantes de la condición de refugiado, con el certificado provisional podrán realizar actividades económicas lícitas, independientes o bajo relación de dependencia, y acceder a servicios públicos y privados, conforme lo establecido en la Constitución y la ley. El certificado de solicitante de la condición de refugiado hará las veces de documento de identidad para el ejercicio de sus derechos.

Además, del proyecto de Decreto Ejecutivo que se citó, en junio de 2004 el diputado indígena Ricardo Ulcuango presentó al Congreso Nacional (ahora

¹³¹ Op. Cit., nota 123, p. 40.

¹³² Información obtenida en la Dirección General de Refugiados, 2010.

Asamblea Nacional) el Proyecto de Ley Orgánica sobre Refugio, el cual recoge el derecho al trabajo de los solicitantes de refugio en su artículo 19, y garantiza su ejercicio:

Art. 19.- Efectos de la solicitud.

Párrafo segundo: La Comisión para la determinación de la Condición de Refugiado expedirá al solicitante un documento que acredite que su caso se encuentra en proceso de determinación, lo cual no significa el reconocimiento de la calidad de Refugiado.¹³³

Párrafo tercero: Dicho documento faculta al solicitante a permanecer en el país, mientras su solicitud se resuelve en forma definitiva y lo autorizará provisionalmente a desarrollar actividades laborales, sean éstas en relación de dependencia o por cuenta propia.

3.2.2. Principio de no discriminación.

Primeramente, para entrar al análisis del principio de no discriminación, cabe establecer la definición de discriminación, por ello, la más acertada en el tema es la recopilada por el profesor SIMON¹³⁴ quien menciona lo siguiente:

La discriminación se define como “... toda distinción, exclusión, restricción o preferencia... que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales...” Esta definición que se contiene en el artículo 1.1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial y en el artículo 1 de la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación fundadas en la religión o las convicciones, se entiende como definitiva para los efectos del derecho internacional de los derechos humanos (...)

¹³³ FUNDACIÓN REGIONAL DE ASESORÍA EN DERECHOS HUMANOS, INREDH, *La sociedad civil y el proyecto de Ley Orgánica sobre refugio*, e.d. Comunicaciones INREDH, Cotopaxi, 2005, pp. 28-29.

¹³⁴ F. SIMON, *Derechos de la niñez y adolescencia: De la Convención sobre los Derechos del Niño a las Legislaciones Integrales*, Tomo I, e.d. Jurídica Cevallos, 2008, p. 105.

En el caso en particular de los solicitantes de refugio, existe una clara discriminación entre sus derechos y de los refugiados reconocidos, debido a su situación migratoria todavía no definida, porque, se evidencia una exclusión, para los primeros, del derecho al trabajo, frente a los segundos. Lo que tiene como resultado el menoscabo de dicho derecho en el país. Además, de las normas excluyentes del ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Por ello, es preciso considerar lo que concluye al respecto la OC-18 emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

Se debe señalar que la situación regular de una persona en un Estado no es condición necesaria para que dicho Estado respete y garantice el principio de la igualdad y no discriminación, puesto que, como ya se mencionó, dicho principio tiene carácter fundamental y todos los Estados deben garantizarlo a sus ciudadanos y a toda persona extranjera que se encuentre en su territorio. (...) Lo importante es que, al tomar las medidas que correspondan, los Estados respeten sus derechos humanos y garanticen su ejercicio y goce a toda persona que se encuentre en su territorio, sin discriminación alguna por su regular o irregular estancia, nacionalidad, raza, género o cualquier otra causa. Los Estados, por lo tanto, no pueden discriminar o tolerar situaciones discriminatorias en perjuicio de los migrantes (párrafos 118 y 119).

Con respecto a la no discriminación en el derecho al trabajo, cabe mencionar, al Convenio número 111 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) relativo a la Discriminación en materia de Empleo y Ocupación, ratificado por el Ecuador el 10 de julio de 1962; el cual menciona en su artículo primero que:

A los efectos de este Convenio, el término " discriminación " comprende:

- a) Cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación;
- b) Cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación (...).

Por su parte, el Comité de Derechos Humanos¹³⁵, organismo que vela por el cumplimiento de las obligaciones de los Estados Partes del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ha estructurado su propia definición de discriminación, en base a los Convenios de la CERD y de la CEDAW, en el cual se establece que:

(...) 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 se 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.

Por otro lado, es importante tomar en consideración el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos cuando se habla del principio de no discriminación, ya que dicho artículo contempla a la igualdad como derecho independiente:

Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

De igual manera, resulta primordial la definición de discriminación establecida por el artículo 1 numeral 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos:

Los estados partes en esta convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

¹³⁵ Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, *Observación General No. 18 No Discriminación*, suscrita el 11 de septiembre de 1989, párrafo 7.

En este sentido, la Constitución es categórica al disponer en su artículo 3 numeral 1 que uno de los deberes primordiales del Estado, es el garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en ella, y en los instrumentos internacionales. Empero, ¿Cómo el Estado puede garantizar el efectivo goce del derecho al trabajo de los solicitantes de refugio, si su ejercicio se encuentra menoscabado?

Por otra parte, como acota PALACIOS¹³⁶: “una diferenciación de trato que resulta en el privilegio o la desventaja de una persona o sector de la población llega a ser legítima, cuando reúne las siguientes características”:

1. Que sea aplicada en forma objetiva.
2. Que obedezca a una justificación razonable
3. Que se mantenga una cierta proporcionalidad entre la medida distintiva y la finalidad perseguida.

Por ello, no es objetivo el trato discriminatorio en el que se ven envueltos los solicitantes de refugio, frente al derecho al trabajo, reconocido y garantizado para los refugiados declarados, ya que por el principio pro homine, conduce a que dicho reconocimiento se haga extensivo a los peticionarios, lo que conlleva a una interpretación. En segundo lugar, debería abarcar tal diferenciación de trato, a los refugiados reconocidos, ya que están en iguales condiciones a los no declarados, hasta que se resuelva el proceso de elegibilidad de estos; lo que sería violatorio al Derecho Internacional de los Refugiados y al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y constituiría una disposición regresiva.

Además, debe considerarse al respecto, lo argumentado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva número 18 cuando menciona lo siguiente:

Los Estados pueden establecer distinciones en el goce de ciertos beneficios entre sus ciudadanos, los extranjeros con estatus regular y los extranjeros en situación irregular. Sin embargo, en virtud del desarrollo progresivo de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, para ello se requiere de un examen detallado de los siguientes factores : 1) contenido y alcance de la norma que discrimina entre

¹³⁶ Op. Cit., nota 123, p. 34.

categorías de personas; 2) consecuencias que tendrá ese trato discriminatorio en las personas desfavorecidas por la política o prácticas estatales; 3) posibles justificaciones de ese tratamiento diferenciado, especialmente su relación con un interés legítimo del Estado; 4) relación racional entre el interés legítimo y la práctica o políticas discriminatorias; y 5) existencia o inexistencia de medios o métodos menos perjudiciales para las personas que permitan obtener los mismos fines legítimos.

Requisitos que no son analizados al momento de discriminar el ejercicio del derecho al trabajo de los solicitantes de refugio vs. el derecho al trabajo de los refugiados declarados como tales. Por ello, es ilegítima e inconstitucional tal distinción. Además, de considerar que la Constitución no hace diferencia entre los derechos de los extranjeros y los nacionales, con excepción de los derechos políticos.

Con respecto a las características del principio de no discriminación, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el desarrollo y conclusión de la OC 18 menciona el carácter *jus cogens* de dicho principio: “lo que implica que, por su carácter perentorio, estas reglas fundamentales deben ser observadas por todos los Estados, hayan o no ratificado las convenciones que lo contienen, ya que constituye un principio ineluctable del derecho internacional consuetudinario.”

Por ello, dicho Tribunal considera que el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al *jus cogens*, puesto que: “sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico.”

Así mismo, la Jurisprudencia de la Corte, considera que el principio de la protección igualitaria y efectiva de la ley y de la no discriminación constituye: “un dato sobresaliente en el sistema tutelar de los derechos humanos consagrado en muchos instrumentos internacionales y desarrollado por la doctrina y jurisprudencia internacionales. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*.”¹³⁷

¹³⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Yatama Vs. Nicaragua*, Sentencia de 23 de Junio de 2005, párrafo 184.

De igual manera, el principio de no discriminación es mirado como norma *jus cogens*, por la OC 18, antes citada. Es por ello, que los Estados están en la obligación de tener en cuenta dicho principio como norma imperativa de obligatorio cumplimiento, lo que evidentemente permite una mejor aplicación y ejercicio de los derechos humanos, sin que se haga una distinción entre los derechos de los nacionales de un país y los extranjeros; sobre todo, en el ámbito laboral. Consecuentemente, de lo anotado, SIMON¹³⁸ ratifica al principio de no discriminación como norma *jus cogens* cuando menciona:

El principio de la igualdad de las personas y por ende la prohibición de la discriminación es un principio de *jus cogens*, base fundamental del Derecho internacional de los Derechos Humanos (...)

Por lo que el incumplimiento de estas obligaciones acarrea responsabilidad internacional al Estado infractor, y ésta es tanto más grave en la medida en que ese incumplimiento viola normas perentorias del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. De esta manera, la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos vincula a los Estados, independientemente de cualquier circunstancia o consideración, inclusive el estatus migratorio de las personas.

Los Estados no pueden discriminar o tolerar situaciones discriminatorias en perjuicio de los migrantes. Sin embargo, sí puede el Estado otorgar un trato distinto a los migrantes documentados con respecto de los migrantes indocumentados, o entre migrantes y nacionales, siempre y cuando este trato diferencial sea razonable, objetivo, proporcional, y no lesione los derechos humanos. Por ejemplo, pueden efectuarse distinciones entre las personas migrantes y los nacionales en cuanto a la titularidad de algunos derechos políticos. Asimismo, los Estados pueden establecer mecanismos de control de ingresos y salidas de migrantes indocumentados a su territorio, los cuales deben siempre aplicarse con apego estricto a las garantías del debido proceso

¹³⁸ Op. Cit., nota 134, p. 105.

y al respeto a los Derechos Humanos y a la dignidad humana. Sin embargo, no caben distinciones en torno al ejercicio de Derechos Fundamentales.

Con fundamento en lo antes mencionado, el Ecuador, recae en responsabilidad internacional al violar el principio de no discriminación, en el momento que hace una distinción no razonable, ni objetiva, ni proporcional, al vulnerar el derecho al trabajo de los solicitantes de refugio, en contraste con el derecho al trabajo de los refugiados reconocidos, debido a la situación migratoria indefinida de los primeros. Pues ambos son seres humanos y como tales tienen derecho al trabajo conforme lo resuelto en la Opinión Consultiva No. 18 antes citada y el resto de instrumentos de Derechos Humanos y del Derecho Internacional de los Refugiados anotados. Además, cabe considerar que el estatus de refugiado es declarativo y no constitutivo, por lo que no se les puede dar a los peticionarios de refugio un trato discriminatorio en relación de los refugiados declarados como tales.

3.3. Los solicitantes de refugio tienen los mismos derechos que los refugiados reconocidos.

Para entrar a analizar este punto, es preciso tomar en cuenta las consideraciones que propuso el Estado mexicano en la Opinión Consultiva 18:

Ni siquiera tratándose del orden público -que es el fin último de cualquier Estado de derecho- es aceptable restringir el goce y ejercicio de un derecho. Mucho menos aceptable sería pretender hacerlo invocando objetivos de política interna contrarios al bien común.

Asimismo, la Corte Interamericana ha manifestado en la Opinión mencionada que:

En el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha ratificado un tratado de derechos humanos debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas. Esta norma es universalmente aceptada, con respaldo jurisprudencial. La Convención Americana establece la obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados. Este deber general del Estado Parte implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio del *effet utile*). Esto significa que

el Estado ha de adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico interno, tal como lo requiere el artículo 2 de la Convención. Dichas medidas sólo son efectivas cuando el Estado adapta su actuación a la normativa de protección de la Convención (párrafo 77).

Es inaceptable que por motivos de orden público u otros vinculados a la seguridad y soberanía de los Estados, se menoscabe el ejercicio de los derechos de las personas que se encuentran bajo su jurisdicción, incluidos los extranjeros, y entre ellos los solicitantes de refugio. Por lo que resulta inadmisibles que los Estados en aras de sus políticas internas, restrinjan el derecho al trabajo a los peticionarios de refugio.

Por otro lado, de acuerdo a la doctrina internacional del Derecho Internacional de los Refugiados, cristalizada en el Manual de Procedimientos para la Determinación de la Condición de Refugiado¹³⁹, los solicitantes de refugio y refugiados reconocidos, tienen los mismos derechos, puesto que el reconocimiento de la condición de refugiado no es constitutivo, sino declarativo, como se señaló. Esto significa que una persona no se convierte en refugiado por medio del reconocimiento del Estado, sino que es un refugiado desde el momento en que se reunieron en él los elementos de inclusión establecidos para el efecto por la definición contenida en el artículo 1 de la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, y por los contenidos en la definición ampliada establecida en la Declaración de Cartagena de 1984 en su conclusión tercera.

Como ya se ha mencionado ambos instrumentos han sido puestos en vigencia en el Ecuador con el Reglamento para la Aplicación en el Ecuador de las Normas contenidas en la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y en su Protocolo de 1967 mediante el Decreto Ejecutivo No. 3301 del 6 de mayo de 1992.

Lo anterior permite entrever que, en materia de reconocimiento de derechos, protección y ejercicio de los mismos, tanto los solicitantes de refugio como los refugiados reconocidos gozan de los mismos derechos bajo los

¹³⁹ Emitido por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), párrafo 28, en <http://www.acnur.org/secciones/index.php?viewCat=16>.

límites y parámetros establecidos para el efecto por los instrumentos internacionales relativos a la materia.

Los solicitantes de refugio y refugiados se encuentran protegidos a nivel internacional por el Derecho de los Refugiados dentro del cual se encuentran normas especializadas: la Convención de Ginebra de 1951 y su Protocolo de 1967, y por la Declaración de Cartagena de 1984, entre otros; estas normas contienen disposiciones específicas referentes a los derechos y garantías de los que gozan los refugiados y los solicitantes de refugio. Los instrumentos antes mencionados, contienen limitaciones interpretativas intrínsecas que pueden llevar a una incorrecta comprensión de sus contenidos y excluir de sus beneficios a los solicitantes de refugio. Al respecto, la tratadista SEPÚLVEDA¹⁴⁰ distingue tres limitaciones contenidas en la Convención de 1951, pero que, con un análisis más extensivo, se puede encontrar también en el Protocolo y en la Declaración de Cartagena.

La primera limitación a la que se hace referencia proviene de la redacción misma de la Convención de 1951, la cual expresa, en todas sus partes, al referirse a las personas respecto de las cuales tiene ámbito de aplicación únicamente como “refugiados”, en consecuencia se podría argumentar que hasta que el procedimiento de determinación no haya concluido, no se sabe si la persona es o no un refugiado, por lo tanto, no se encontraría amparada por la protección de la Convención de 1951. Sin embargo, esta posición es errónea, lo cierto es que la determinación de la condición de refugiado tiene un valor meramente “declarativo”, por lo que debemos entender que los solicitantes de asilo también deben gozar de los derechos establecidos en la Convención. (cfr., SEPÚLVEDA, p. 6)

De la misma manera encontramos que esta limitación afecta al Protocolo y a la Declaración de Cartagena, pues ambos instrumentos hacen referencia exclusivamente a los “refugiados” como sujetos de protección. Como ya se explicó con anterioridad, el carácter meramente declarativo del reconocimiento lleva indefectiblemente a concluir que los solicitantes de refugio en sí, son refugiados hasta que se les haya negado definitivamente dicho reconocimiento

¹⁴⁰ Op. Cit., nota 85, p. 6

en un determinado Estado, en consecuencia tienen los mismos derechos que se establecen para los refugiados mientras su petición es resuelta.

Se encuentra una segunda limitación al pleno disfrute de derechos por parte de los solicitantes de refugio, pues en algunos de los artículos referentes a derechos subjetivos, se condiciona el ejercicio de los mismos a que la persona “resida legalmente en el país”:este requisito es exigido, por ejemplo, para el disfrute de los derechos consagrados en artículo 17 (empleo remunerado); artículo 18 (trabajo por cuenta propia); artículo 19 (profesiones liberales); artículo 21 (vivienda) y artículo 24 (legislación de trabajo y seguro social). (cfr., SEPÚLVEDA, p. 6)

En el caso de los solicitantes de refugio se debe distinguir que, a pesar de que no han consolidado su residencia en el país receptor, tienen una justa pretensión de permanecer en el mismo, y que, durante el tiempo que tome la resolución definitiva de su petición de reconocimiento como refugiado, su permanencia en el territorio del país ante el cual solicita refugio es **legal**. Por lo tanto, no se puede argumentar su situación indefinida como una situación ilegal o irregular. Los solicitantes de refugio residen regularmente en el Estado receptor y se les debe proteger sus derechos mientras subsista su condición.

La mencionada tratadista distingue una tercera limitación relativa al estándar mínimo para el disfrute de determinados derechos, se encuentra una tendencia a equiparar al solicitante de refugio e incluso el refugiado reconocido como tal con los extranjeros en general, sin considerarse las claras diferencias que existen entre ambos grupos:

Los estándares del disfrute de los derechos acordados también varían en cada caso. En algunos casos se concede que el disfrute de los derechos debe ser “el trato más favorable posible y en ningún caso menos favorable que el concedido generalmente a los extranjeros en iguales circunstancias”; “trato más favorable concedido en las mismas circunstancias a los nacionales de un país extranjero”, “el mismo trato que un nacional del país en el cual tenga su residencia habitual” y en casos excepcionales, se le concede el “trato que debe recibir un nacional”. Este último estándar de protección, que es el más elevado que se contempla, se establece sólo en caso de los derechos relativos a la libertad

religiosa incluyendo la libertad de instrucción religiosa y la enseñanza elemental.¹⁴¹

Estas limitaciones guardan proporcionalidad con los derechos que protegen y no constituyen violaciones al principio de no discriminación, sin embargo, no dejan de constituir limitaciones para el ejercicio de ciertos derechos a los solicitantes de refugio y, en este caso, refugiados. Además, que pueden ser superadas con acciones en la legislación interna en cada uno de los Estados, no se debe olvidar que la Convención es un referente mínimo plenamente exigible para la protección de solicitantes de refugio y refugiados, mas no limita ni restringe de modo alguno la potestad de los Estados de ampliar la protección para este grupo¹⁴².

Los solicitantes de refugio o refugiados no declarados, al tener los mismos derechos que los refugiados reconocidos, conforme a los principios de no discriminación e igualdad citados, y por el hecho que su situación no ha sido definida en el país receptor, y el procedimiento es declarativo y no constitutivo, se les debe reconocer y garantizar los mismos derechos que a los refugiados declarados como tales en el país. Consecuentemente, tienen derecho al ejercicio pleno de su derecho al trabajo, para que de ésta manera su derecho a una vida digna no sea menoscabado al igual que los otros derechos intrínsecos al ser humano.

En este punto, es de suma importancia tomar en consideración lo afirmado por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), en el desarrollo de la Opinión Consultiva No. 18:

Aunque no todas esas personas califican como refugiados bajo los instrumentos internacionales, es necesario establecer las salvaguardas que permitan identificarlos y brindar protección a las distintas categorías migratorias.

Por otra parte, si bien es cierto que en el caso de los refugiados el derecho al trabajo está consagrado en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, ese instrumento

¹⁴¹ *Ibíd*em, p. 8.

¹⁴² "Artículo 5. Derechos otorgados independientemente de esta Convención: Ninguna disposición de esta Convención podrá interpretarse en menoscabo de cualesquiera otros derechos y beneficios independientemente de esta Convención otorgados por los Estados Contratantes a los refugiados."

internacional que establece los derechos mínimos para esta categoría migratoria lamentablemente no se refiere a los solicitantes de asilo. En ese sentido, una interpretación simplista podría llegar a decir que, en el caso de los solicitantes de asilo y de los migrantes, no existen derechos laborales. Tal interpretación no solamente es contraria al espíritu de la letra de los instrumentos internacionales, sino que además equivale a un abierto retroceso con respecto al carácter progresivo de los derechos humanos.

En consecuencia, los parámetros de protección que se establezcan a través de esta solicitud de opinión consultiva, pueden ser aplicables, por analogía, a la protección de los derechos laborales de los solicitantes de asilo.

Consecuentemente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos resolvió en la citada Opinión Consultiva que:

(...) la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos vincula a los Estados, independientemente de cualquier circunstancia o consideración, inclusive el estatus migratorio de las personas. (párrafo 106)

De este modo, la calidad migratoria de una persona no puede constituir de manera alguna, una justificación para privarla del goce y ejercicio de sus derechos humanos, entre ellos los de carácter laboral. El migrante, al asumir una relación de trabajo, adquiere derechos por ser trabajador, que deben ser reconocidos y garantizados, independientemente de su situación regular o irregular en el Estado de empleo, estos derechos son consecuencia de la relación laboral. (párrafo 134)

Por ello, por analogía como hace alusión el ACNUR, el goce y ejercicio del derecho al trabajo de los solicitantes de refugio debe ser normado para que así pueda ser garantizado y respetado por el gobierno ecuatoriano. Como importante avance en el tema, es la Reforma al Decreto 3301 que las autoridades competentes están tratando al respecto. Es por esto que la calidad migratoria indefinida de los solicitantes de asilo, no puede constituir una justificación para privarles del goce y ejercicio de sus Derechos Humanos, en este caso, el derecho al trabajo.

Por otra parte, a pesar que en los conflictos internos o internacionales se restringen muchos derechos de las personas, debido a la situación de violencia imperante en los Estados inmersos en estas situaciones; cabe rescatar como ejemplo, que los llamados usualmente “prisioneros de guerra”, por la costumbre

internacional, gozan del ejercicio al derecho al trabajo, independientemente de su condición de cautivos. Lo que refleja una vez más, que el derecho al trabajo es verdaderamente un derecho humano intrínseco a la persona, completamente independiente de las cuestiones fácticas por las que puede estar atravesando un Estado.

Esto tiene como fundamento dos instrumentos jurídicos internacionales, el Convenio de Ginebra del 12 de Agosto de 1949 relativo al trato debido a los prisioneros de guerra¹⁴³, y el Reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre (H.IV.R) de 1907¹⁴⁴, los cuales mencionan que:

(...) durante la guerra puede haber escasez de mano de obra, por lo que la potencia en cuyo poder se encuentren prisioneros de guerra podrá emplear como trabajadores a los que sean válidos, teniendo en cuenta su edad, sexo y graduación, así como sus aptitudes físicas, a fin, sobre todo, de mantenerlos en buen estado de salud física y moral. Además, dicho trabajo será remunerado y percibirán por él una indemnización de trabajo, cuya tasa será fijada por la potencia en cuyo poder se encuentran. De igual manera, los Estados que los tienen cautivos, podrán autorizar a los prisioneros para que puedan trabajar en las administraciones públicas o privadas o por cuenta propia.

Por lo acotado, es imprescindible preguntarse: Si a los prisioneros de guerra se les garantiza el ejercicio al derecho al trabajo, ¿Por qué a los solicitantes de refugio, que se encuentran en una situación de vulnerabilidad frente al resto de la población, se les restringe dicho ejercicio?

Para que las políticas y disposiciones legales ecuatorianas puedan evolucionar entorno al reconocimiento del goce y ejercicio del derecho al trabajo de los solicitantes de refugio, es necesario tomar como base y referente la jurisprudencia desarrollada por otros Estados, la cual es un gran referente en el tema como *soft law*.

¹⁴³ Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, Protocolo No. III, suscrito el 12 de agosto de 1949, artículos 49 y 62.

¹⁴⁴ Reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre (H.IV.R), suscrito el 18 de octubre de 1907, artículo 6.

Es por ello, que se va citar a continuación, la Jurisprudencia emanada por La Corte Suprema de Apelación de Sudáfrica¹⁴⁵, en la cual se evidencian las normas restrictivas del derecho al trabajo de los solicitantes de refugio de dicho país y como la Corte desarrolló dicha problemática:

El demandado, proveniente de Zimbabwe, ingresó al país con su hijo de 20 años de edad, solicitó refugio el 2 de febrero de 2002. Alega que dejó Zimbabwe por temor a que su hijo sea obligado a unirse a los militantes del partido político gobernante en Zimbabwe. De igual manera, le estaban intimidando presuntos simpatizantes de la oposición política.

Por otro lado, solicitó al Tribunal Superior de El Cabo para que ordene se declare la inconstitucionalidad de la prohibición establecida por la Ley No. 96 de 1991 y la Ley de Inmigración 13 de 2002, ya que el anexo 3 de la normativa es contrario al de la Constitución, al no permitirles a los recurrentes el derecho al trabajo y al estudio, puesto que deben esperar la finalización del proceso de su solicitud de asilo, para poder ejercerlos.

El tribunal *a quo* decidió la cuestión en un terreno estrecho. El juez señaló que si bien el artículo 38 (e) de la Ley, faculta al Ministro, en términos generales, a hacer los reglamentos relativos a las condiciones de estancia en la República de un solicitante de asilo, el artículo 11 (h) expresamente insta al Comité Permanente para determinar las condiciones de estudio o de trabajo en las que un permiso de solicitante de asilo podrá ser expedido.

Sin embargo, el Comité Permanente no había hecho tal determinación, y en el momento que se hizo la reglamentación, el Ministro no tenía facultad de prohibir el empleo y el estudio.

En ausencia de la facultad de prohibir a un solicitante de asilo de aceptar un empleo, o los estudios, el Ministro actuó en conflicto con la Constitución al pretender hacerlo, y el tribunal *a quo* estableció correctamente la anulación de la prohibición establecida en el anexo 3 de las

¹⁴⁵ The Supreme Court of Appeal of South Africa (Sud Africa), Caso No. 10/2003, The Minister of Home Affairs (First Appellant), The Director-General, Department of Home Affairs (Second Appellant), 2003.

normas en ese terreno. Consideró que la prohibición general en el reglamento es ilegal por las mismas razones.

Además, de establecer que la dignidad humana no tiene nacionalidad. Es inherente a todas las personas los ciudadanos y no ciudadanos por igual - simplemente porque son seres humanos- debe ser respetada, y protegida.

La libertad de participar en el trabajo productivo - incluso cuando no sea necesario para sobrevivir - es de hecho un componente importante de la dignidad. Como presentó el abogado de los demandados, el ser humano es ante todo una especie social, con un instinto de asociación significativa.

Si la protección de la dignidad humana dio su pleno efecto en la el contexto actual - que permite a cualquier persona en todo momento ejercer su derecho al trabajo- esto implicaría que cualquier persona puede libremente entrar y permanecer en éste país con el fin de ejercer ese derecho.

Hay que considerar, que el empleo es el único medio razonable para que la persona surja. ¿Cuál es el objetivo entonces, de restringir la capacidad de la persona para la realización personal, sino una restricción de su capacidad de vivir sin humillación y degradación?

Los poderes y deberes del Comité Permanente son, entre otros, el formular y aplicar los procedimientos para la concesión de asilo, la de regular y supervisar la labor de las Oficinas de Acogida de Refugiados, de asesorar al Ministro y al Director General, para revisar ciertas decisiones hechas por oficiales de determinación de la condición de refugiados, y observar estas decisiones. Por ello, el art. 11 Sección 11 (h) de la Ley, establece que el Comité Permanente debe determinar las condiciones de estudio o de trabajo en la República, en las que un solicitante de asilo podrá obtener el permiso para trabajar y estudiar.

En el procedimiento de apelación, el apelante (Ministerio) alegó que la prohibición sobre el empleo es coherente con el artículo 17 de la Convención de las Naciones Unidas de 1951 y su Protocolo de 1967, puesto que esos instrumentos son neutrales en este tema.

Además, argumentó que una persona que solicita asilo con el fin de ser refugiado, en el caso que se le conceda dicho reconocimiento, él o ella, o sus

familiares a cargo – podrán disfrutar de los diversos derechos especificados en el art. 27 de la Ley, que incluyen el derecho en determinadas circunstancias, a solicitar la residencia permanente, el derecho a un documento de viaje de Sudáfrica, el derecho a buscar el empleo, y el derecho a recibir servicios de salud básica y primaria.

Por ello, el Control de extranjeros emanado por la Ley No. 96 de 1991 y la Ley de Inmigración 13 de 2002, que lo reemplazó, dispone que un solicitante de asilo no tiene ninguno de esos derechos hasta que él o ella sean reconocidos como refugiados.

Además, la forma prescrita por el anexo 3 contiene varias condiciones que el titular del permiso está obligado a cumplir, e incluye una condición en los siguientes términos: «trabajo y estudio PROHIBIDO». El efecto de la Regla 7 (1) (a), cuando se lee junto con la forma prescrita, es que todo solicitante de asilo está prohibido, por las condiciones de su permiso, de trabajar o estudiar.

Cabe indicar, que el juez de apelación falló a favor de los demandados (solicitantes de refugio), por lo que ordenó al Comité que acoja las disposiciones referentes al derecho al trabajo y estudio, emitidas por el juez de primera instancia. Por ende, debe emitirles el permiso correspondiente, para poder ejercer dichos derechos. Además, de las costas que deben pagar por el juicio. Este es un gran ejemplo que debe seguir el Ecuador. (cfr, The Supreme Court of Appeal of South Africa, Caso No. 10/2003).

3.4. Propuesta de Inconstitucionalidad y Reforma legal.

En defecto a las propuestas antes mencionadas, cabe interponer un recurso de inconstitucionalidad¹⁴⁶ ante la Corte Constitucional en contra de los artículos 42 de la Ley de Extranjería, 33 y 36 del Reglamento a la Ley de Migración y del inciso III del artículo 37 de la Ley de Migración, antes citados,

¹⁴⁶ Constitución del Ecuador 2008: Art. 436.- La Corte Constitucional ejercerá, además de las que le confiera la ley, las siguientes atribuciones: 2. Conocer y resolver las acciones públicas de inconstitucionalidad, por el fondo o por la forma, contra los actos normativos de carácter general emitidos por órganos autoridades del Estado. La declaratoria de inconstitucionalidad tendrá como efecto la invalidez del acto normativo impugnado.

con el objetivo de dejar inválidas dichas normas; por ser violatorias al derecho constitucional al trabajo de los solicitantes de refugio y estar en contraposición con los artículos 9, 11 numeral 4 y 424 de la Constitución:

Art. 9.- Las personas extranjeras que se encuentren en el territorio ecuatoriano tendrán los mismos derechos y deberes que las ecuatorianas, de acuerdo con la Constitución.

Art. 11.- 4. Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni las garantías constitucionales.

Art. 424.- La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica.

La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.

Además, la Asamblea Nacional está en la obligación de adecuar formal y materialmente las normas del ordenamiento jurídico, con el objetivo de garantizar el pleno goce y ejercicio del derecho al trabajo de los solicitantes de refugio en el país, conforme lo dispuesto en el artículo 84 de la Constitución:

Art. 84.- La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrán la obligación de adecuar, formal y materialmente las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución.

CAPITULO IV

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

En virtud del análisis que antecede, en mi criterio no son justificables jurídicamente las restricciones que mantiene la legislación ecuatoriana – detalladas a lo largo de éste ensayo-, en cuanto al ejercicio al derecho al trabajo de los solicitantes de refugio en el país, debido a las siguientes razones:

- 1) El Derecho Internacional de los Derechos Humanos, recoge, respeta, vela, garantiza y obliga internacionalmente a los Estados a que protejan y garanticen todos los derechos humanos sin hacer ningún tipo de diferenciación entre ellos –jerarquización- y sin discriminación entre las personas que se encuentran dentro de su territorio.

Lo que quiere decir, que sin considerar su condición, ya sea esta migratoria, o de otra índole, los Estados y países en general, deben garantizar el pleno goce y ejercicio de todos los derechos de todas las personas que se encuentran bajo su jurisdicción, sin discriminación alguna. El Derecho Internacional reconoce a la persona el derecho a un

trabajo remunerado, digno y en condiciones satisfactorias, que le permitan alcanzar un nivel de vida adecuado.

- 2) Los derechos humanos deben ejercerse, aplicarse y garantizarse en cualquier país y en todo su territorio, sin importar la forma de gobierno. Desde el punto de vista sociodemográfico, no puede existir razón alguna para que una sociedad desconozca los derechos a cualquier persona o grupo humano independientemente de su origen étnico, género, edad, condición social o estatus legal.

Esto tiene como antecedente el hecho que todos los seres humanos somos iguales en dignidad y derechos sin importar nuestra condición migratoria, como lo dispone la Declaración Universal de Derechos Humanos. Los Derechos Humanos no están atados o limitados a un listado o conjunto normativo específico, porque todos los derechos son atributos de la persona, por pertenecer a la especie humana. Bajo este esquema, el derecho al trabajo es verdaderamente un Derecho Humano.

- 3) El derecho al trabajo de las personas, es una obligación fundamental de los Estados frente a la Comunidad Internacional y la sociedad, porque, tanto instrumentos internacionales, como regionales de Derechos Humanos, garantizan el derecho al trabajo de todo ser humano sin distinción ni discriminación alguna, por ser parte de su naturaleza.
- 4) La Constitución en su artículo 11 numeral 2 dispone que todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos. Por lo anotado, son improcedentes todas las restricciones al ejercicio al derecho al trabajo que mantiene la legislación ecuatoriana (de menor jerarquía), frente a los solicitantes de refugio, puesto que tienen derecho al trabajo independientemente de su estatus migratorio, por el solo hecho de ser seres humanos. Por lo que todas las restricciones para su pleno ejercicio deben dejar de ser aplicadas.
- 5) La violación flagrante contra el ejercicio al derecho al trabajo de los solicitantes de refugio en el país, por parte de la normativa interna, afecta claramente a la dignidad de dichas personas, y más aún, si consideramos el hecho de que se encuentran en una situación de

- vulnerabilidad por el pasado de violencia vivido en su país de origen o por la persecución sufrida en el mismo, como por la posible discriminación de la cual pueden ser víctimas en el país de acogida.
- 6) Los solicitantes de refugio, al ser extranjeros, se les reconoce y garantiza en el país todos sus derechos sin discriminación pese a su condición migratoria aún no definida. Consecuentemente, tienen derecho a ejercer su derecho al trabajo en el país, puesto que gozan de los mismos derechos que los ecuatorianos como lo dispone la Constitución. Así, las restricciones legales al ejercicio al derecho al trabajo de los solicitantes de refugio, es jurídicamente injustificable.
 - 7) El reconocimiento por parte del Estado “de acogida” de la condición de refugiado a una persona es meramente declarativo, y no constitutivo. Por ello, el Estado receptor declara a una persona como refugiado, cuando cumple con los requisitos exigidos por la Convención de Ginebra de 1951 o la Declaración de Cartagena de 1984, en el caso de Latino América. En síntesis, al cumplir un solicitante de refugio con los requisitos establecidos en los cuerpos legales citados, al momento de cruzar la frontera de su residencia habitual, se convierte en un refugiado. Con esto, debe entenderse que toda persona que presenta una solicitud de refugio es considerada un refugiado (aunque su status legal sea de “solicitante de refugio”) hasta que el Estado ante el cual lo solicita, resuelva su petición definitivamente. Consecuentemente, los peticionarios de refugio son verdaderamente refugiados no declarados.
 - 8) Los solicitantes de refugio conforme a los principios de no discriminación e igualdad, tienen los mismos derechos que los refugiados declarados como tales. Por ende, los solicitantes de refugio tienen derecho al trabajo y a su pleno ejercicio en el territorio ecuatoriano, mientras dure el proceso de elegibilidad.
 - 9) Es imprescindible que el Estado ecuatoriano tome las medidas adecuadas para garantizar de una manera efectiva el derecho universal al trabajo de los solicitantes de refugio, ya que de lo contrario se estaría menoscabando otros derechos, como el derecho a una vida digna.

10) Las acciones que se pueden tomar para poder garantizar el efectivo ejercicio del derecho al trabajo de los solicitantes de refugio son:

- a) En el caso de los peticionarios de origen Andino, se puede proponer una Acción de Incumplimiento ante la CAN, por el incumplimiento y omisión de la Decisión 545 por parte de los funcionarios públicos.
- b) Es factible proponer una Acción de Incumplimiento, o en su defecto, una de Inconstitucionalidad ante la Corte Constitucional, por aquellas normas jurídicas que están en disconformidad con las disposiciones constitucionales, contenidas en las leyes de migración y extranjería, y en sus respectivos reglamentos; y que son aplicadas por los funcionarios de gobierno, en menoscabo al derecho al trabajo de los solicitantes de refugio.

En conclusión, los solicitantes de refugio tienen derecho al goce y efectivo ejercicio del derecho al trabajo y el Estado ecuatoriano el deber de garantizarlo.

BIBLIOGRAFÍA.

- ABRAMOVICH. V., “Los derechos económicos, sociales y culturales en la denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, en *Ensayos en honor a Fernando Volio Jiménez*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 1998.
- ACNUR, “Agentes de Persecución” y “Sección Criterios de Inclusión Motivos del Artículo 1.A.2”, *Documentos y Políticas del ACNUR sobre la Protección Internacional*, en: <http://www.acnur.org/secciones/index.php?viewCat=1109>.
- ACNUR, “Introducción a la Protección Internacional”, *Protección de las personas de la competencia del ACNUR*, en: <http://127.0.0.1:8181/secciones/index.php?viewCat=1051>.
- ACUÑA, BENALCÁZAR, LÓPEZ Y SAAVEDRA., *El refugio en el Ecuador*, Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos, e.d. INREDH, Cotopaxi, 2004.
- BENAVIDES LLERENA. G., “Demanda Colombiana de Refugio: Contexto y Desarrollo”, en Ponencia presentada en el Seminario: *Relaciones Ecuador – Colombia, Los/as Refugiados/as Colombianos/as en Ecuador*, en http://www.mmreee.gov.ec/mre/documentos/ministerio/planex/ponencia_benavides_ecu_col.pdf
- BIDART CAMPOS G., “La interpretación de los Derechos Humanos en la Jurisdicción Interna” en *La Corte y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, e.d. Rafael Nieto Navia, San José de Costa Rica, 1994.
- BOBIO. N., *Igualdad y Libertad*, e.d. Paidós I.C.E./U.A.B., Barcelona, 1993.
- BOLIVAR. L., DESC: “Derribar mitos, enfrentar retos, tender puentes” en Picado, Sonia y otros, Comp., *Estudios Básicos de Derechos Humanos Vol. V*, San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de derechos Humanos, 1996.
- CANCADO TRINIDADE. A., PEYTRIGNET. G. Y RUIZ DE SANTIAGO. J., *Las Tres Vertientes de la Protección Internacional de los Derechos de la Persona Humana*, e.d. Porrúa, México, 2003.
- CANCADO TRINIDADE. A., “The application of the Rule of exhaustion of Local Remedies” in *International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 1983.
- CARPIO MARCOS E., *La interpretación de los derechos fundamentales*, Serie Derechos y Garantías No. 9, Palestra Editores, Lima, 2004.
- CASSAGNE. J., *Derecho Administrativo*, Tomo I, 5ta. Ed., e.d. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996.

- DE ROVER. C., "Conceptos básicos del derecho internacional", en *Servir y Proteger*, recopilado por A. PONCE VILLACÍS en Materiales para la discusión del Derecho Internacional Humanitario, s.e. USFQ, Quito, 2006.
- DEMUTH. A., "Some conceptual thought on migration", en B. AGOZINO, *Theoretical and methodological issues in migration research*, e.d. Ashgate Publishing, 2000.
- DONNELLY. J., *Derechos Humanos Universales en Teoría y en la práctica*, e.d. Gernika, México, 1994.
- EDWARDS. A., "Human Rights, Refugees, and The Right 'To Enjoy' Asylum", en *International Journal of Refugee Law*, e.d. Oxford University Press, Estados Unidos, 2005.
- ESTUPIÑÁN PINO. A., *Derecho Migratorio Laboral Andino*, e.d. OFFSETEC S.A., Quito, 1982.
- FARIÑAS DULCE. M., *Globalización, ciudadanía y Derechos Humanos*, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, e.d. DYKINSON S.L., 2004, en http://books.google.com.ec/books?id=cGC_2BKFE-EC&pg=PA42&dq=ciudadania+universal&hl=es&ei=sx6tTO3PKYSglAfq27GaCQ&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=5&ved=0CDwQ6AEwBDgK#v=onepage&q&f=false
- GALINDO VÉLEZ. F., "Consideraciones sobre la Determinación de la Condición de Refugiado", citado por S. NAMIHAS, *Derecho Internacional de los Refugiados (Capítulo II)*, Pontificia Universidad Católica del Perú, e.d. Fondo Editorial, 2001.
- GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI. J., "Derechos Humanos: Universalidad y Relativismo Cultural", en *La Corte y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, e.d. Rafael Nieto Navia, San José de Costa Rica, 1994.
- GUERRERO. E., "Presentación del Informe Sombra del Ecuador", en *Diálogos Migrantes, Migración y Derechos Humanos, Revista del Observatorio Colombo-Ecuatoriano de Migraciones OCEMI*, e.d. CODICE Ltda., Bogotá, 2009.
- HATHAWAY. J., "Force Migration Studies: Could We Agree Just to Date?" en *Journal of Refugee Studies*, Oxford, Estados Unidos, 2007.
- MALGESINI. G. Y GIMÉNEZ. C., *Guía de Conceptos sobre Migraciones, Racismo e Interculturalidad*, ed. Catarata, Madrid, 2000.
- MARTÍNEZ. J., "¿Tienen derechos los inmigrantes? Derechos Humanos y procesos migratorios: paradojas y posibilidades", en *Ponencia presentada en las Jornadas sobre Los inmigrantes como nuevos actores del desarrollo. Globalización, migración y derechos*, Universidad de Valencia, 2004.

- MELISH. T., "La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano de derechos humanos" en *Manual para la presentación de casos*, Centro de Derechos Económicos y Sociales, Quito, 2003.
- MUÑOZ. J., "Migraciones, derechos humanos y ciudadanía universal", en *Diálogos Migrantes, Migración y Derechos Humanos*, e.d. CODICE Ltda., Bogotá, 2009.
- NAMIHAS. S., *Derecho Internacional de los Refugiados*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú, 2001.
- PALACIOS ZULOAGA. P., *La no Discriminación*, e.d. LOM, Santiago de Chile, 2006.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ. G., "La Universalidad de los Derechos Humanos", en *La Corte y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, e.d. Rafael Nieto Navia, San José de Costa Rica, 1994.
- PISCIOTTI CUBILLOS. C., *Los derechos de tercera generación*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001.
- PIZA ESCALANTE. R., Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Voto Separado, Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización, Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984, Serie A No. 4.
- PONCE VILLACÍS. A., "La Integralidad y Progresividad de los derechos: Los derechos Civiles y políticos, Económicos, Sociales y Culturales", en material de la clase de *Introducción a los Derechos Humanos*, s.e. USFQ, Quito, 2005.
- PONS RAFOLS. X., *La declaración Universal de los Derechos Humanos*, e.d. Icaria, Barcelona, 1998.
- PRADO VALLEJO. J., *Documentos Básicos de Derechos Humanos, Derechos Económicos Sociales y Culturales*, en Comisión Nacional de Derechos Humanos, Instituto de Derechos Humanos, Quito, 1992.
- RODAS LEÓN. S., *Refugiadas y trabajadoras. Las condiciones laborales de las mujeres en situación de refugio*, Quito, INREDH, 2006.
- SÁNCHEZ GIL. R., *Igualdad y proporcionalidad*, en <http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2422/11.pdf>
- SCHACHTER. O., "Human Dignity as a Normative Concept", en *New York University Press*, e.d. Philip Alston, *Human Rights Law*, New York, 1983.
- SEPÚLVEDA CARMONA. M., *El Tratamiento de los Solicitantes de Asilo y Refugiados a la luz de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados y las Normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Paper: Consejo Noruego para Refugiados, 2004.

SIMON. F., *Derechos de la niñez y adolescencia: De la Convención sobre los Derechos del Niño a las Legislaciones Integrales*, Tomo I, e.d. Jurídica Cevallos, 2008.

SZTUCKI. J, "Reflections on International "Soft Law" Studies" en *International Law Norteds Stockholm*, 1990.

URIBE. F., *El Derecho de la Integración en el Grupo Andino, Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena*, Quito, 1990.

Legislación Ecuatoriana.

Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

Ley de Extranjería, Registro Oficial No. 454 de 04 de abril de 2004.

Ley de Migración, Codificación, Registro Oficial No. 563 de 12 de abril de 2005.

Ley de Modernización del Estado, Registro Oficial No. 349 del 31 de diciembre de 1993.

Reglamento a la Ley de Extranjería, Decreto Ejecutivo No. 1991, Registro Oficial No. 473 de 07 de julio de 1986.

Reglamento a la Ley de Migración, Decreto Supremo No. 1900, Registro Oficial No. 382 de 30 de diciembre de 1971.

Reglamento para la Aplicación en Ecuador de las normas contenidas en la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y en su Protocolo de 1967, Decreto Ejecutivo No. 3301, Registro Oficial No. 933 de 12 de mayo de 1992.

Instrumentos Internacionales y Regionales.

ACNUR, *Interpretación del artículo 1 de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados*, suscrita en Ginebra, 2001.

ACNUR, *Manual de 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 los Refugiados*.

ACNUR, *Nota sobre la Carga y el Mérito de la Prueba en las Solicitudes de Asilo*, 1998, en <http://www.acnur.org/secciones/index.php?viewCat=1094>.

ACNUR, *Procesos de Asilo (Procedimientos de Asilo Justos y Eficientes)*, en <http://www.acnur.org/secciones/index.php?viewCat=1094>.

Acuerdo de Helsinki, Conferencia sobre la seguridad y Cooperación en Europa, suscrita el 30 de julio de 1975.

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *El derecho a buscar asilo y disfrutar de él*, Resolución de la Subcomisión de Derechos Humanos No. 20 de 2000, Sesión No. 27.

CAN, Decisión 545, Instrumento Andino de Migración Laboral, suscrita en Antioquia el 25 de junio de 2003, ratificada por el Ecuador el 02 de septiembre de 2003.

CAN, Decisión 623, Reglamento de la Fase Prejudicial de la Acción de Incumplimiento, suscrita en Lima, el 16 de julio de 2005, ratificada por el Ecuador el 30 de noviembre de 2006.

Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, *Observación General No. 18 No Discriminación*, suscrita el 11 de septiembre de 1989.

Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, ratificada por el Ecuador el 12 de agosto de 1977.

Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, suscrita el 10 de diciembre de 1984, ratificada por el Ecuador mediante el Registro Oficial Suplemento No. 153 el 25 de noviembre de 2005.

Convención de la Organización para la Unión Africana por la que se regulan los Aspectos Específicos de Problemas de los Refugiados en África, suscrita el 20 de junio de 1974.

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, suscrita el 23 de mayo de 1969, ratificada por el Ecuador mediante el Registro Oficial No. 6 el 28 de abril de 2005.

Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar La Tortura, suscrita en Cartagena de Indias el 12 de septiembre de 1985, ratificada por el Ecuador el 30 de septiembre de 1999.

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, "Convención De Belém Do Pará", suscrita el 09 de junio de 1995, ratificada por el Ecuador mediante el Registro Oficial Suplemento No. 153 el 25 de noviembre de 2005.

Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, suscrita en Ginebra el 28 de julio de 1951, ratificada por el Ecuador el 29 de enero de 1958.

Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, Protocolo No. III, suscrito el 12 de agosto de 1949, no ratificado por el Ecuador.

Convenio Relativo a la Discriminación en Materia de Empleo y Ocupación, Convenio No. 111, suscrito el 23 de mayo de 1953, ratificado por el Ecuador el 10 de julio de 1962.

Corte IDH, *Artículo 55 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión Consultiva OC-20/09 de 29 de septiembre de 2009.

Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003.

Corte IDH, *La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985.

Declaración de Cartagena sobre Refugiados, suscrita en Cartagena de Indias el 22 de noviembre de 1984.

Declaración sobre el Derecho al Desarrollo, suscrita en Estocolmo, el 4 de diciembre de 1986.

Declaración Universal de Derechos Humanos, suscrita en París, el 10 de diciembre de 1948, ratificada por el Ecuador mediante el Registro Oficial 1948, de 10 de diciembre de 1948.

Declaración y Plan de Acción de México para fortalecer la protección internacional de los refugiados en América Latina, suscrita en México el 16 de noviembre de 2004.

Declaración y Programa de Acción de Viena, suscrita el 25 de junio de 1993.

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, suscrita en Roma el 17 de julio de 1998, ratificada por el Ecuador mediante el Registro Oficial Suplemento No. 153 el 25 de noviembre de 2005.

EXCOM, Conclusión N° 50 (XXXIX) sobre la protección internacional de los refugiados, periodo de Sesiones No. 39 de 1988.

EXCOM, Conclusión N° 58 (XL) sobre el problema de los refugiados y solicitantes de asilo que abandonan de manera irregular un país en el que ya habían encontrado protección, periodo de sesiones No. 40 de 1989.

EXCOM, *Conclusión No. 22 (XXXII)* sobre la protección de las personas que buscan asilo en situaciones de afluencia en gran escala, periodo de sesiones No. 32 de 1981.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, suscrito en Nueva York, el 16 de diciembre de 1966, ratificado por el Ecuador mediante el Decreto Ejecutivo No. 37, Registro Oficial No. 101 de 24 de enero de 1969.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, suscrito en Nueva York, el 16 de diciembre de 1966, ratificado por el Ecuador mediante el Decreto Ejecutivo No. 37, Registro Oficial No. 101 de 24 de enero de 1969.

Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados suscrito en Nueva York el 31 de enero de 1967, ratificado por el Ecuador mediante el Decreto Ejecutivo No. 31, Registro Oficial No. 93 de 14 de enero de 1969.

Reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre (H.IV.R), suscrito el 18 de octubre de 1907.

Jurisprudencia Ecuatoriana.

Corte Constitucional, Resolución No. 184, publicada en el Registro Oficial No. 43 de 8 de octubre de 2009.

Corte Nacional de Justicia, Sentencia No. 108, publicada en el Registro Oficial No. 160 de 31 de marzo de 1999, caso No. 29-98, seguido por Juan Francisco Mayorga Buenaño y Nancy Susana Rodríguez Jarrín en contra de Jerónimo Honorio Illescas Díaz y Delia María Mera de Illescas.

Corte Nacional de Justicia, Sentencia No. 558, publicada en la Gaceta Judicial No. 2 serie No. 17 de 09 de noviembre de 1999, en el caso No. 63-99, seguido por el Dr. Marcelo Regalado Serrano en contra del Dr Edgar Ramiro Zurita Mantilla y Juana Rosario Tinizara y Jiménez.

Jurisprudencia Comparada.

Corte Suprema (Argentina), Caso Héctor Ramón Dragoevich vs. Estado Argentino, en <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/6812.pdf>, 2 de abril de 2010.

Corte Suprema de Justicia (Costa Rica), Sentencia No. 2000-05569, de 07 de julio de 2000, en el caso Cintero Trujillo, en <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/2856.pdf>.

Corte Suprema de Justicia (Costa Rica), Sentencia No. 2003-10422, de 2003, en el caso Lydiatt Isabel Caparro Ortiz, contra el Estado, en <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/2830.pdf>.

The Supreme Court of Appeal of South Africa (Sud Africa), Caso No. 10/2003, The Minister of Home Affairs (First Appellant), The Director-General, Department of Home Affairs (Second Appellant), 2003.

Jurisprudencia Internacional y Regional

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile, Sentencia de 5 de febrero de 2001.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile, Sentencia de 19 de septiembre de 2006.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, Sentencia de 17 de junio de 2005.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Yatama Vs. Nicaragua, Sentencia de 23 de Junio de 2005.

Tribunal de Justicia de la CAN, Caso Regulación Andina para el funcionamiento de mataderos y acceso a mercados, proceso No. 0090-IP-2008, de 20 Agosto 2008.