

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

Colegio de Jurisprudencia

**La Aplicación del Principio del Interés Superior del Niño en el
Procedimiento de Reconocimiento de la Condición de Refugiado
en el Ecuador**

Daniela Ubidia Vásquez

Daniela Salazar LLM, Directora de Tesis

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

Quito, mayo de 2015

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

Colegio de Jurisprudencia

HOJA DE APROBACIÓN DE TESIS

“La aplicación del principio de interés superior del niño en el procedimiento de reconocimiento de la condición de refugiado en el Ecuador”

Daniela Ubidia Vásquez

Dr. Farith Simon
Presidente del Tribunal e Informante

Dra. Daniela Salazar
Directora de Tesis

Dr. Hugo Cahueñas
Informante

Dr. Luis Parraguez
Decano del Colegio de Jurisprudencia

The image shows four handwritten signatures in blue ink, each placed over a horizontal dotted line. The signatures are: 1. A signature that appears to be 'F. Simon' for Dr. Farith Simon. 2. A signature that appears to be 'D. Salazar' for Dra. Daniela Salazar. 3. A signature that appears to be 'H. Cahueñas' for Dr. Hugo Cahueñas. 4. A signature that appears to be 'L. Parraguez' for Dr. Luis Parraguez. The signatures are written in a cursive style.

Quito, 11 de Mayo de 2015

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

EVALUACIÓN DE DIRECTORA / TRABAJO ESCRITO TESINA

LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN EL
PROCEDIMIENTO DE RECONOCIMIENTO DE LA CONDICIÓN DE REFUGIADO
EN EL ECUADOR

ALUMNA: DANIELA UBIDIA VÁSQUEZ

La migración de niños, niñas y adolescentes es un fenómeno cada vez más común. En muchos casos, los motivos que los llevan a huir de su país de origen o de residencia habitual constituyen motivos de persecución en virtud de los cuales resulta necesario determinar si se trata de niños refugiados. Cuando esto ocurre, existe la obligación de tomar en consideración el interés superior del niño en todo el proceso de recepción y determinación de la condición de refugiado, así como también es necesario adoptar medidas de protección adicionales que garanticen a los niños el ejercicio de sus derechos a lo largo de todo el proceso y con posterioridad a la decisión relativa a su reconocimiento. Dar cumplimiento a esta obligación no siempre es fácil ni los deberes que esto impone resultan aparentes para las autoridades a cargo de los procesos de reconocimiento de refugiados. El problema identificado por la investigadora es de vital importancia para la protección de los derechos de los niños y de los refugiados en la actualidad.

Frente a este problema, la investigadora plantea una propuesta para aplicar el interés superior del niño a lo largo de todo el procedimiento de recepción y determinación de la condición de refugiado, así como también aborda temas como la reunificación familiar, detención y eventual devolución de niños, niñas y adolescentes. Considero que se trata de un aporte trascendental para atender adecuadamente las necesidades especiales de los niños en el marco de procesos de movilidad humana.

La hipótesis de la investigadora se encuentra justificada de manera suficiente a través de su argumentación, que demuestra el conocimiento y la convicción de la investigadora sobre temas de refugio y su relación con los derechos de los niños, niñas y adolescentes.



La investigadora hace un uso adecuado de las distintas fuentes del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional de los refugiados para fundamentar su hipótesis con base en el *corpus iuris* de los derechos de los niños, así como de las normas de tratados y *soft law* en las que se sustenta el derecho al refugio, incluyendo jurisprudencia actualizada. Adicionalmente, la investigadora ha realizado un análisis de la normativa y políticas locales para identificar los aciertos y los vacíos del marco normativo ecuatoriano sobre la materia.

Ha sido una experiencia enriquecedora dirigir a Daniela en el desarrollo de esta investigación.



Daniela Salazar Marín, Abogada, L.L.M.

Profesora / Investigadora

Colegio de Jurisprudencia

Universidad San Francisco de Quito

© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Firma:

Nombre: Daniela Cristina Ubidia Vásquez

C. C. 1713344719

Fecha: Quito, mayo de 2015

DEDICATORIA

Para Sofía Vásquez, como todo lo que hago, cada día, en cada momento.

AGRADECIMIENTOS

Quisiera tomar estas pocas líneas para dar gracias a todas las personas que me ayudaron y apoyaron durante todo este proceso. Mi familia me ha apoyado incondicionalmente en estos cinco años de estudiar jurisprudencia y en este momento de investigación y redacción de mi tesis, por lo cual les estaré eternamente agradecida. Mi padre Carlos, mi madre Cati y mis hermanas Paola y Pamela han sido y siempre serán lo más importante en mi vida.

Quiero agradecer también a mis amigos y amigas, tanto de la misma USFQ como los que ya me vienen acompañando por años. No puedo nombrar a todos, pero tengan por seguro que su cariño, paciencia y comprensión no ha sido en vano ni ha sido pasado por alto.

Mi directora de tesis, Daniela Salazar, merece una mención especial. No solo me guió en el camino de este trabajo, sino que me ha enseñado valiosas lecciones, tanto dentro y fuera del aula. Me siento honrada de que me haya permitido realizar esta tesis bajo su dirección y le agradezco de manera especial sus comentarios, correcciones, tiempo y atención.

Al resto de mis profesores de la universidad también quisiera agradecer la manera tan dedicada con la que se han preocupado de mi educación. Han estado siempre disponibles y abiertos, además de nunca fallar en el nivel de compromiso que le dan a su profesión. Especial mención a mis profesores de derechos humanos, Juan Pablo Albán y Daniela Salazar quienes me han ayudado a llegar al lugar donde estoy, y a creer en la importancia de la defensa de los derechos humanos. Todos son grandes modelos a seguir y ha sido un verdadero gusto compartir este tiempo con ellos. Quisiera recalcar el gran apoyo de Sophia Espinosa quien revisó esta tesis con mucha paciencia y responsabilidad, por lo cual también le agradezco mucho.

Finalmente quiero agradecer a mis colegas de trabajo. Hemos escogido el camino de los derechos humanos y cada día con ustedes es un nuevo aprendizaje, un nuevo reto y un camino que recorrer. Sería imposible sin el verdadero apoyo que me brindan y espero siempre poder devolverlo.

Resumen

Este trabajo se basa en la pregunta de cómo el Ecuador debería solucionar el problema de los niños, niñas y adolescentes que se acercan al país para solicitar refugio, asegurando la correcta aplicación del interés superior del niño. Para resolverlo, se ha realizado una investigación del tema del derecho internacional de refugio, cuáles son sus elementos básicos y cómo se deberían aplicar. En ese sentido, se ha revisado la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de las Naciones Unidas de 1951 y la Declaración de Cartagena de 1984 como los instrumentos representativos de la temática en la región.

Adicionalmente, se realizó un análisis del principio del interés superior del niño, el cual se encuentra en la Convención sobre los Derechos del Niño, tratado del cual el Ecuador es Estado parte. Para lograr la comprensión del mismo y cómo se debe aplicar, se consideró no solo la historia del mismo sino también su contenido y cómo ha sido discutido en la doctrina y en la jurisprudencia. Finalmente, con estas temáticas explicadas, se realizaron recomendaciones basadas tanto en los instrumentos disponibles sobre la aplicación del interés superior del niño que existen en la actualidad en el Ecuador como en la normativa vigente.

Abstract

This dissertation is based on the question of how Ecuador should solve the problem of children and adolescents who approach the country to apply for asylum, in a way that the correct application of the principle of the best interest of the child is ensured. In order to solve it, research was undertaken regarding the topic of international refugee law, its basic elements and how they should be applied. Regarding this issue, the 1951 United Nations Convention Relating to the Status of Refugees and the 1984 Cartagena Declaration were reviewed as the representative instruments of the subject universally and in the region.

Additionally, an examination of the principle of the best interest of the child was made. Said principle is found in the Convention on the Rights of the Child, a treaty in which Ecuador is party to. To achieve the comprehension of the principle and how it should be applied, not only was its history taken into account, but also its contents and how it has been discussed by the doctrine and jurisprudence. Finally, with these subjects explained, recommendations were made based both in the available instruments on the application of the best interest of the child that currently exist and the applicable laws.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	13
CAPÍTULO I: EL DERECHO INTERNACIONAL DE REFUGIO	17
1.1 Introducción	17
1.2 Revisión histórica	18
1.2.1 Normativa internacional.	18
1.2.2 Normativa nacional.....	23
1.3 La Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo Adicional de 1971.....	28
1.3.1 La persecución	29
1.3.2 El temor fundado	35
1.3.3 Razones de persecución: raza, nacionalidad, grupo social determinado, religión y opinión política.....	39
1.3.4 El principio de <i>non-refoulement</i> , la exclusión, la cesación y la cancelación	47
1.4 La Declaración de Cartagena de Indias de 1984	56
1.5 Conclusiones del Comité Ejecutivo del ACNUR y Jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.	59
1.6 Generalidades del procedimiento del reconocimiento de la condición de refugiado en el Ecuador.....	64
1.7 Conclusión.....	66
CAPÍTULO II: EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO	68
2.1 Introducción.....	68
2.2 Normativa Histórica	69
2.3 La Convención sobre los Derechos del Niño y la doctrina de la protección integral.....	70
2.4 Contenido del principio del interés superior del niño	76
2.5 Obligaciones del Estado que se derivan del interés superior del niño	81

2.5.1 Obligaciones generales	81
2.5.2 Obligaciones específicas	83
2.6 Normativa nacional.....	86
2.7 Conclusión.....	88
CAPÍTULO III: APLICACIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN EL RECONOCIMIENTO DE LA CONDICIÓN DE REFUGIO EN EL ECUADOR..... 90	
3.1 Introducción.....	90
3.2 Lineamientos generales: La situación actual de los instrumentos sobre niños, niñas y adolescentes refugiados en el Ecuador y recomendaciones generales.....	91
3.2.1 Situación actual.....	91
3.2.2 Recomendaciones generales	97
3.3 Procedimiento administrativo.	103
3.3.1 Recepción de la solicitud.....	105
3.3.2 Entrevista	107
3.3.3 Derecho del niño a participar en los procedimientos.....	109
3.3.4 Medidas de protección y reunificación familiar	111
3.3.5 Análisis de la solicitud	121
3.4 Medidas posteriores al reconocimiento o negativa de la solicitud	132
3.4.1 Alcance y temporalidad de las obligaciones de protección.....	132
3.4.2 Procesos de deportación	133
3.5 Conclusión.....	136
CONCLUSIONES.....	140
BIBLIOGRAFÍA.....	146

INTRODUCCIÓN

Las estadísticas del Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana expresan que desde el 2004 hasta septiembre de 2013 el Ecuador ha recibido 170.965 solicitudes de refugio de las cuales 54.865 han sido reconocidos como refugiados.¹ El grupo de solicitantes está compuesto tanto por adultos como niños, quienes se encuentran en una especial situación de vulnerabilidad. Este grupo de solicitantes se encuentra amparado no solo en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo Adicional de 1967 donde está determinado el concepto de lo que es un refugiado, sino que también goza de las protecciones de otros instrumentos internacionales como la Convención sobre los Derechos de los Niños en la cual se establece claramente que los Estados deberán aplicar, en todas sus instancias, el principio del interés superior del niño.² Dentro de la normativa ecuatoriana, el Ecuador ha reconocido estas obligaciones internacionales. La Constitución explícitamente recoge el derecho a solicitar asilo en su Artículo 41, y los derechos de los niños están en la Carta Magna, el Código de la Niñez y Adolescencia y otros instrumentos legales.

El procedimiento de refugio, por lo tanto, debe adecuarse y adaptarse a las obligaciones del Estado contenidas en dichas convenciones: tanto en la recepción de la solicitud, como en la revisión de los méritos del caso y en el evento de ser aceptada o negada la solicitud. Uno de los principios más importantes contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño es el principio del interés superior del niño y debe tomarse en cuenta cuando se está tratando con solicitantes que sean niños, niñas o adolescentes para asegurar su adecuada protección y goce y acceso a sus derechos.

Lo que se propone mediante esta tesis es un análisis del principio del interés superior en los casos de refugio en el Ecuador, cómo se debe proveer medidas especiales que aseguren que los niños puedan ejercer sus derechos en el procedimiento, y en general ampliar el concepto de la protección a los niños, niñas y adolescentes en el procedimiento de reconocimiento de la condición de refugiado mediante la realización de determinación de conceptos, estándares básicos y posibles soluciones a los problemas prácticos que presente la aplicación del principio del interés superior del niño en los mismos.

¹ Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana. Estadísticas disponibles en: <http://cancilleria.gob.ec/estadistica-de-refugios/> (acceso: 6/12/2013).

² Convención Sobre los Derechos de los Niños (1989). Artículo .3.

Para lograr la determinación de estándares básicos que el Ecuador debe aplicar para tener un procedimiento de reconocimiento de la condición de refugiado adecuado a los derechos y necesidades de niños, niñas y adolescentes cabe la formulación de la siguiente pregunta que guiará la investigación: ¿Cuáles son las medidas específicas que se deberían aplicar en el procedimiento y en la revisión de los méritos de la solicitud de refugio de un niño, niña o adolescente en el Ecuador?

En relación al problema planteado se pueden identificar tres momentos importantes para el desarrollo de la investigación. El primero es un entendimiento preciso del derecho internacional de refugio, los pormenores de la definición contenida en, la Convención de 1951 y su Protocolo Adicional de 1967, al igual que la que se encuentra en la Declaración de Cartagena de 1984 y el desarrollo de los temas específicos por parte de la doctrina y la jurisprudencia. Además, se debe comprender cómo el Ecuador ha aplicado estos conceptos y temas en la normativa nacional, haciendo una revisión crítica de la misma. El segundo momento importante tiene relación con el principio del interés superior del niño. Es imperante que para determinar cómo este principio se debe aplicar en la legislación ecuatoriana con respecto al refugio, se tenga una comprensión detallada del mismo. Esto significa no solamente ver la evolución del principio en sí en la normativa internacional, sino que también se debe revisar su aplicación en la legislación ecuatoriana pertinente. Además, dicho principio ha sido sujeto de varias discusiones tanto por la doctrina como por la jurisprudencia que deben ser analizadas. Finalmente, el tercer momento responde a un estudio sobre la problemática de los niños, niñas y adolescentes que solicitan el reconocimiento de su condición de refugiados, cuáles son las herramientas jurídicas disponibles y cómo se debe aplicar de acuerdo a las obligaciones internacionales y constitucionales que el Ecuador tiene.

Mi hipótesis es que en la cuestión del procedimiento, para aplicar el principio del interés superior del niño, las solicitudes de niños deben ser procesadas de manera prioritaria, respetando los plazos establecidos en la ley y que tome en cuenta las necesidades especiales de los niños: deben ser asistidos por un representante legal, por los problemas que pueden surgir en la entrevista, los que la realicen deben ser personas entrenadas. Además, el Estado está obligado a tomar medidas de protección que estén de acuerdo con los estándares y guías internacionales. Con respecto al análisis de los méritos de la solicitud, es importante recordar que aunque la carga de la prueba es compartida en

las solicitudes de refugio, el niño probablemente no pueda aportar con datos específicos o con una cronología exacta y en ese caso, el Estado debe asumir una carga mayor en la prueba.. La notificación de las decisiones se debe realizar de manera en la que entienda, además de verse provisiones especiales para la estadía o deportación del niño.

Adicionalmente, se debe tener en cuenta el interés superior del niño en todos los elementos de la definición de refugiado. El análisis sobre la persecución debe notar que cuestiones que puede que no sean suficiente persecución para adultos lo pueden ser para niños. El análisis tanto objetivo como subjetivo es importante y también se debe tomar en cuenta la vulneración de derechos específicos de los niños como el derecho a no ser discriminado, el derecho a que se tome en cuenta su interés superior, el derecho a que su opinión sea respetada, entre otros. Al analizar el temor fundado, también se debe tener en cuenta la edad, el estado mental y de desarrollo y la madurez del niño, reconociendo que los niños pueden tener un temor fundado sobre situaciones que no afectaría a adultos, pero también que su desarrollo mental puede exagerar el temor a algo que no es realmente una amenaza. En relación a los elementos de la persecución (raza, etnicidad, opinión política, religión y pertenencia a determinado grupo social) lo que normalmente no configuraría el elemento en un adulto, puede serlo por tratarse de un niño y esta condición debe tomarse en cuenta. Finalmente, las cláusulas de exclusión también presentan un problema específico. La imputabilidad del niño deber verse. Si se determina que existe imputabilidad, se deben tomar en cuenta las situaciones en las cuales se cometieron las cláusulas de exclusión: si se realizaron bajo coerción, en defensa de sí mismo o de otros, etc. Si se establece esto, se debe examinar si la exclusión es proporcional al acto cometido o si la devolución al país de origen pondría al niño en una situación específicamente vulnerable de violación de sus derechos humanos o de tener que lidiar con sanciones no proporcionales o más persecución.

El objetivo principal que se persigue con esta investigación es la delimitación de estándares básicos para la aplicación del principio y el establecimiento de recomendaciones y posibles soluciones a los problemas que presenta el tema en la práctica.

Para lograr el objetivo principal de esta tesis, en el primer capítulo se revisará a fondo el derecho internacional de refugio, la definición de refugiado que se maneja tanto en el sistema universal como en el sistema interamericano y los pilares sobre los cuales descansa la protección internacional como el principio de no devolución, la exclusión, la cesación, la

cancelación; todos estos prescritos en la Convención de 1951. Además se revisará la definición contenida en la Declaración de Cartagena de 1984 y en general la doctrina y jurisprudencia pertinente al tema. En el segundo capítulo se tratará con detalle el principio del interés superior del niño, desde su primera aparición en un instrumento legal internacional vinculante, la Convención sobre los Derechos del Niño, hasta su aplicación en la normativa nacional. Además, se contempla un análisis en sí del principio y cómo está relacionado con la doctrina de la protección integral. Adicionalmente, se verá en este segundo capítulo las obligaciones básicas del Estado con respecto a los niños, niñas y adolescentes. Finalmente, se terminará con una revisión del desarrollo del principio en la doctrina y la jurisprudencia que ayudará a comprender cómo se debería dar su correcta aplicación. En un tercer y último capítulo, se explorarán ya las observaciones sobre los estándares básicos que el Ecuador debería garantizar para la efectiva aplicación del principio del interés superior del niño en los procedimientos de reconocimiento de la condición de refugiado en el Ecuador.

CAPÍTULO I: EL DERECHO INTERNACIONAL DE REFUGIO

1.1 Introducción

El derecho internacional de refugio se ha desarrollado en tiempos relativamente recientes. Previo a la Segunda Guerra Mundial la respuesta por parte de la comunidad internacional con respecto a los desplazamientos masivos de personas de un lugar a otro por razones de persecución y temor fue incipiente, pero la ocurrencia de los mismos obligó a que se conformen instrumentos internacionales para la protección de grupos específicos.³ A partir de la Segunda Guerra Mundial, esta área del derecho ha ido evolucionando, en principio como una cuestión universal que culminó en la firma y ratificación de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 (Convención de 1951 en adelante) y su Protocolo en 1967, y luego con el desarrollo de la materia en instrumentos regionales que responden a necesidades particulares. En el Ecuador, la normativa interna sobre refugio también ha cambiado desde su primera aplicación en 1987.⁴

En este capítulo, se tratará no solo la revisión histórica de lo que es el derecho internacional de refugio, sino también la normativa interna ecuatoriana que ha regulado la materia. Además, se contará con una explicación detallada de los elementos de la Convención de 1951 y su Protocolo Adicional de 1967, específicamente sobre: la persecución, el temor fundado, las razones de la persecución (raza, opinión política, grupo social determinado, religión y nacionalidad). Además se revisarán otros temas como la exclusión, cancelación, cesación y el principio de no devolución (*non-refoulement*). Se realizará un análisis de la Declaración de Cartagena de 1984, el instrumento regional más importante que contiene una definición ampliada del refugio. Finalmente se propone un estudio general de la jurisprudencia relevante sobre el tema dentro del sistema universal con énfasis en el sistema interamericano de derechos humanos. Los temas expuestos en este capítulo son relevantes para la discusión sobre la aplicación del interés superior del niño en el procedimiento de refugio en el Ecuador ya que son la base jurídica y teórica

³ La Liga de las Naciones solamente firmaba acuerdos específicos para tratar situaciones que iban surgiendo y atacaba el problema de la necesidad de protección internacional de manera individual. Por ejemplo, en 1922 se emitió el *Arrangement with regard to the Issue of Certificates of Identity to Russian Refugees* que se ocupaba de los refugiados rusos que quedaron después y durante la revolución bolchevique y la Primera Guerra Mundial.

⁴El primer instrumento de normativa nacional que regulaba específica y solamente el tema de refugio data de 1987, el Decreto Ejecutivo No. 3293, Reglamento para a Aplicación de las Normas Contenidas en la Convención Sobre el Estatuto de los Refugiados y en su Protocolo de 1967.

aplicable a todos los refugiados, que luego tomarán sus propios matices en el caso de los niños, niñas y adolescentes.

1.2 Revisión histórica

1.2.1 Normativa internacional.

El instrumento universal de base sobre el derecho internacional de refugio es la Convención de 1951 y su Protocolo Adicional de 1967. Sin embargo, antes de que se llegara a ese consenso, las naciones del mundo se habían visto forzadas a lidiar con personas que cruzaban fronteras por motivos que la población mundial reconoció ameritaban un acuerdo para ofrecer protección. Estas respuestas variaban y fueron cambiando con el paso de los años. Según el Profesor James Hathaway, corresponden a tres tendencias: jurídica, social e individualista.⁵ La perspectiva jurídica tenía una relación intrínseca con la falta de protección estatal,⁶ mientras que la social se concentraba en la protección a personas que habían sido afectadas por estados de convulsión social, sin la necesidad de que la protección *de jure* de su Estado les haya sido negada.⁷ La visión individualista por su parte añadía la noción de que un refugiado era una persona que estaba en búsqueda de un escape de una percibida injusticia o incompatibilidad fundamental con su Estado de origen.⁸ El estatus de refugiado visto desde lo individual es un medio para facilitar el movimiento internacional de aquellos en búsqueda de libertad personal.⁹

Cada una de estas etapas produjo instrumentos internacionales en los que se reflejaba su enfoque y mediante los cuales se fue construyendo poco a poco la protección internacional a los refugiados como la conocemos hoy en día. Por ejemplo, para ilustrar la perspectiva jurídica se podría analizar el Arreglo con Respecto a la Emisión de Certificados de Identidad a los Refugiados Rusos¹⁰ del 5 de julio de 1922 que, como ya se comentó previamente, respondía a la falta de protección *de jure* que sufrían los ciudadanos

⁵ James Hathaway. *The Law of Refugee Status*. Canadá: Butterworths Canada, 1991, p. 2.

⁶*Id.*, pp. 2-3.

⁷ James Hathaway. "The Evolution of Refugee Status in International Law: 1920-1950". *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 33, No. 2 (1984), p. 361. <http://www.jstor.org/stable/759064> (acceso: 29/6/2014).

⁸ James Hathaway. *The Law of Refugee Status... Óp.cit.*, p. 5.

⁹*Id.*, p. 5.

¹⁰ *Arrangement with regard to the Issue of Certificates of Identity to Russian Refugees* (1922).

rusos como resultado de la culminación de la Primera Guerra Mundial y la revolución bolchevique en su país.

En 1933, después de haberse firmado varios Acuerdos que incluían a personas de otras nacionalidades,¹¹ se firma el primer instrumento de derecho internacional vinculante sobre refugio: La Convención con Respecto al Estatuto Internacional de los Refugiados. Dicha Convención tenía disposiciones que los previos arreglos no mencionaban. El Artículo 3 señalaba el principio de no devolución (*non-refoulement*), mientras que el Artículo 6 determinaba que las personas protegidas por la misma podrían gozar de los mismos derechos y privilegios que los nacionales y de la asistencia legal.¹² En general, la Convención de 1933 determinaba que los refugiados deberían tener las mismas condiciones que los nacionales o al menos, las mismas condiciones que otros extranjeros en lo laboral, lo educativo y lo fiscal.¹³

El siguiente momento, que responde a la perspectiva social, respondió a los eventos posteriores a la Primera Guerra Mundial, en específico a la situaciones de los ciudadanos alemanes.¹⁴ Como ya se vio, lo que se buscaba mediante estos nuevos arreglos y Convenciones era la protección a personas que se podría demostrar que, aunque tenían la protección *de jure* de sus Estados de origen, no tenían la protección *de facto* de los mismos y merecían protección internacional.

El Comité Intergubernamental sobre los Refugiados que trabajó desde 1938 a 1947 fue el primer órgano que ilustra la perspectiva individualista ya que incluyó en su definición a: “1. Persons who have not already left their countries of origin (Germany including Austria), but who must emigrate on account of their political opinions, religious beliefs and racial origin, [...]”,¹⁵ definición que siguió desarrollándose con el establecimiento de

¹¹Vid. El *Arrangement relating to the Issue of Identity Certificates to Russian and Armenian Refugee* (1926), y el *Arrangement Concerning the Extension to Other Categories of Certain Measures Taken in Favour of Russian and Armenian Refugees* (1928).

¹²*Convention of 28 October, 1933 relating to the International Status of Refugees*. (1933). Artículos 3 y 6.

¹³*Id.*, Artículos 7-14.

¹⁴ Instrumentos de este período son, por ejemplo el: *Provisional Arrangement concerning the Status of Refugees coming from Germany*. (1936), y la *Convention concerning the Status of Refugees coming from Germany*. (1938).

¹⁵*International Refugee Committee. Resolution of the Committee*, Doc. (14 de Julio de 1938) citado en: James Hathaway. *The Evolution of Refugee Status in International Law: 1920-1950*. *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 33, No. 2 (1984), p. 369. <http://www.jstor.org/stable/759064> (acceso:

la Organización Internacional para los Refugiados (*International Refugee Organization* por sus siglas en inglés, IRO).¹⁶ La Constitución de la IRO también determina que dicha organización podía reasentar a individuos o familias a terceros países,¹⁷ asistir a los refugiados en capacidad humanitaria¹⁸ y en general, estar encargada de la: “[...] repatriación; identificación, registro y clasificación; la ayuda y el cuidado; la protección política y jurídica; el transporte y la colonización y reinstalación en países que puedan y quisieran recibirlas [...]”.¹⁹ Además, la Constitución de la IRO, en el mismo Anexo I determinaba que las personas que alegaban que no podían regresar a su país de origen podían no ser retornadas si tenían objeciones con respecto a:

La persecución, o el temor bien fundado, de persecución por motivos raciales, religiosos, de nacionalidad y opiniones políticas, siempre que estas opiniones no se opongan a los principios de las Naciones Unidas, según enunciados en el Preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas; [...].²⁰

Aunque podría parecer que esta definición era bastante amplia, se encontraba constreñida de diferentes maneras. La primera es que las “objeciones válidas” solo se aplicaban a un cierto tipo de personas, un refugiado podía dejar de gozar de la protección debido a las cláusulas de cesación y finalmente, ciertas personas estaban totalmente excluidas de la protección—como criminales de guerra, traidores, etc.²¹ Es así que, desde su concepción en estos primeros arreglos y acuerdos se puede ver cómo se ha ido formando el derecho internacional del refugio. Se puede ver por ejemplo, cómo se comienzan a formar las nociones sobre el temor fundado, la persecución, los diferentes motivos por los cuales esto podría suceder, etc., que luego serán recogidos por la Convención de 1951.

En 1948 las Naciones Unidas comienzan a trabajar en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, la cual se finaliza en 1951. El desarrollo de la misma fue el resultado de

29/6/2014). “1. Personas que no hayan todavía dejado sus países de origen (Alemania, incluyendo a Austria), pero que deben emigrar debido a sus opiniones políticas, creencias religiosas y origen racial [...]”. Traducción libre.

¹⁶ La definición de la IRO incluía, además de las nociones de nacionalidad, raza, religión u opinión política, la necesidad de que la persona haya dejado su país de origen o lugar habitual de residencia. *Vid.* Constitución de la Organización Internacional de Refugiados. (1946). Anexo I.

¹⁷ Constitución de la Organización Internacional de Refugiados. (1946) Artículo 2 (1) (b) (ii).

¹⁸ *Id.*, Artículo 2 (1).

¹⁹ *Id.*, Preámbulo.

²⁰ *Id.*, Anexo I Sección C, 1(a).

²¹ James Hathaway. *The Evolution of Refugee Status in International Law: 1920-1950*. *Óp. Cit.*, p. 375, 376. <http://www.jstor.org/stable/759064> (acceso: 29/6/2014).

la colaboración entre varios órganos de las Naciones Unidas, comités *ad hoc*, y una conferencia de plenipotenciarios.²² La Conferencia para su adopción se llevó a cabo del 2 al 25 de julio de 1951 y la Convención entró en vigor el 22 de abril de 1954. Hasta la fecha, 145 países la han ratificado.²³

Al igual que los instrumentos que la precedieron, la Convención de 1951 en su origen se concentraba en la solución de una situación en particular: uno de los efectos causados por la Segunda Guerra Mundial fue el gran desplazamiento forzado de un gran número de personas que agravaba la situación ya existente por conflictos específicos que habían sucedido antes. La protección en la Convención de 1951 solo se extendía a personas afectadas por acontecimientos que hayan sucedido antes del 1ero de enero de 1951—y aunque respetaba la actuación de la IRO, también proponía que se podía reconocer a refugiados quienes no habían sido reconocidos por dicha organización. La definición de refugiado de la Convención de 1951 incluía el elemento de “encontrarse fuera de su país de origen” además de haberse incorporado algunas nociones que ya se habían desarrollado en las anteriores definiciones como “el temor fundado”, la “persecución” y algunos de los motivos para alegarla.²⁴

La Convención de 1951 en sí recogía otras nociones que ya se habían desarrollado con anterioridad sobre el estatus legal de los refugiados como por ejemplo, la posibilidad de acudir a tribunales,²⁵ el trato de nacionales u otros extranjeros en relación a educación,²⁶ trabajo y seguro social,²⁷ además del principio de no devolución,²⁸ las cláusulas de cesación,²⁹ exclusión³⁰ y cancelación.³¹ Un análisis a profundidad de los elementos de la Convención de 1951 se puede encontrar más adelante.

²² James Hathaway. *The Law of Refugee Status...* Óp.cit., p. 6

²³ ACNUR. *Estados Partes de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y el protocolo de 1967*. (2011). <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/0506> (acceso: 01/2/2015).

²⁴ Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (1951). Artículo 1 (A).

²⁵ *Id.*, Artículo. 16.

²⁶ *Id.*, Artículo. 22.

²⁷ *Id.*, Artículo. 24.

²⁸ *Id.*, Artículo. 33.

²⁹ *Id.*, Artículo. 1 (C).

³⁰ *Id.*, Artículo. 1 (F).

³¹ *Id.*, Artículo. 1 (E).

La creación del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR en adelante) mediante la Resolución 428 (V) de la Asamblea General el 14 de diciembre de 1950 también marcó un hito importante en el desarrollo del derecho internacional del refugio. Según su Estatuto, el ACNUR es encargado de la protección de los refugiados y de encontrar soluciones duraderas.³² En 1967 se concretó el Protocolo Adicional el cual contiene disposiciones para eliminar las restricciones de los ámbitos geográficos y temporales de la Convención de 1951.³³

Dentro de la normativa internacional cabe recalcar que organizaciones internacionales regionales tales como la Organizaciones de Estados Americanos (OEA), la Unión Europea (UE) y la Organización de Estados Africanos (OAU) también crearon instrumentos regionales sobre el refugio. Los países miembros de la OEA se reunieron para la creación de la Declaración de Cartagena en 1984 que contiene lo que se conoce como la “definición ampliada” debido a que desarrolla la posibilidad de que una persona sea refugiada por situaciones del contexto del país de origen y no solo por persecución individual como consta en la Convención de 1951. Los detalles de la definición ampliada contenida en la Declaración de Cartagena de 1984 se explorarán con más detalle adelante. Otro instrumento que se formó en el seno del sistema interamericano fue la Declaración de Brasil por la conmemoración de los 30 años de la Declaración de Cartagena. En la Declaración de Brasil, además de reconocer la importancia de la aplicación de la definición ampliada, los países de la región vieron la importancia de incluir el siguiente compromiso:

Promover la evaluación de las necesidades de protección de los niños, niñas y adolescentes acompañados y no acompañados, incluyendo su acceso a los procedimientos de determinación de la condición de refugiado y enfatizar que toda consideración en esta materia ha de regirse por los principios reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño, en particular el interés superior del niño y la no discriminación, procurando respetar la unidad familiar y reconociendo a los niños como sujetos de derecho y de protección especial.³⁴

La Declaración de Brasil tiene también su propio Plan de Acción en el cual se compromete a los países de la región a que unan sus esfuerzos y cooperen para erradicar la

³² Asamblea General de las Naciones Unidas. Resolución 428 (V). *Estatuto de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados*. 14 de diciembre de 1950. Cap I, I. El ACNUR ha determinado la existencia de tres soluciones duraderas: la repatriación voluntaria, la integración local o el reasentamiento. Para más información sobre estas opciones visitar: ACNUR. Soluciones Duraderas. <http://www.acnur.org/t3/que-hace/soluciones-duraderas/> (acceso: 27/2/2015).

³³Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados. (1967). Artículo. 1 (2) (3).

³⁴ Declaración de Brasil: Un Marco de Cooperación y Solidaridad Regional para Fortalecer la protección Internacional de las Personas Refugiadas, Desplazadas y Apátridas en América latina y el Caribe (2014), p. 5.

apatridia, mejorar los procedimientos de asilo en la región, apoyar en la implementación de soluciones duraderas sustentables y solidaridad con el triángulo norte de Centroamérica debido a la crisis de refugiados que se vive en esos países, entre otros acuerdos.³⁵

Por otro lado, en el ámbito de la Unión Europea, el “Tratado de Maastricht” (Tratado de Constitución de la Unión Europea) menciona en su Artículo 63, numerales primero y segundo que el Consejo debía, en el plazo de cinco años, desarrollar medidas en materia de asilo, normas mínimos para la concesión del estatuto de refugiado y en general, medidas para la protección que dichos grupos necesitan.³⁶ La OAU en 1969 adoptó la Convención de la OUA por la que se Regulan los Aspectos Específicos de Problemas de los Refugiados en África. Dicha Convención tiene, además de la definición contenida en la Convención de 1951, en su segundo Artículo:

El término "refugiado" se aplicará también a toda persona que, a causa de una agresión exterior, una ocupación o una dominación extranjera, o de acontecimientos que perturben gravemente el orden público en una parte o en la totalidad de su país de origen, o del país de su nacionalidad, está obligada a abandonar su residencia habitual para buscar refugio en otro lugar fuera de su país de origen o del país de su nacionalidad.³⁷

Esta definición es bastante similar a la definición ampliada que se encuentra en la Conclusión 3 de la Declaración de Cartagena de 1984. Cabe recalcar que estos instrumentos regionales respondieron a cambios en las dinámicas mundiales que seguían creando personas con necesidad de protección internacional, pero que sus circunstancias no cabían inevitablemente en la definición contenida en la Convención de 1951. Finalmente, es importante notar también que la definición que maneja la OAU tiene fuerza vinculante debido a que está dentro de una convención, mientras que la que se encuentra en la Declaración de Cartagena, por estar en una declaración, no la tiene.

1.2.2 Normativa nacional.

Dentro de la normativa nacional, la Constitución Política del Ecuador del año 1967 es el primer instrumento legal que reconoce el derecho a solicitar asilo, pero determinó que

³⁵ Plan de Acción de Brasil: Una Hoja de Ruta Común para Fortalecer la protección y promover Soluciones Sostenibles para las Personas Refugiadas, Desplazadas y Apátridas en América Latina y el Caribe dentro de un Marco de Cooperación y Solidaridad. Brasilia, (2014), pp. 3-10.

³⁶ Tratado Constitutivo de la Unión Europea. (1992). Artículo. 63 (1) (2).

³⁷ Convención de la OUA por la que se Regulan los Aspectos Específicos de Problemas de los Refugiados en África. (1969). Artículo 2.

fuera por persecución no motivada por la comisión de delitos comunes.³⁸ Dicha definición, a pesar de ser posterior a la existencia de la Convención de 1951, guarda poca relación con la misma.

La Constitución del año 1979 contenía una norma similar, en la cual se reconocía el derecho a solicitar asilo en el Ecuador,³⁹ al igual que su predecesora en el año 1984⁴⁰ y así también lo hacían las Constituciones de 1993⁴¹ y 1998.⁴² En todas las cartas magnas previas al 2008, el término utilizado es el de “asilo” y no “refugio”.

La Constitución vigente redactada en el 2008 contiene normas más específicas y desarrolladas. Es así que los Artículos 40 y 41 prescriben:

Art. 40.- Se reconoce a las personas el derecho a migrar. No se identificará ni se considerará a ningún ser humano como ilegal por su condición migratoria. [...]

Art. 41.- Se reconocen los derechos de asilo y refugio, de acuerdo con la ley y los instrumentos internacionales de derechos humanos. Las personas que se encuentren en condición de asilo o refugio gozarán de protección especial que garantice el pleno ejercicio de sus derechos. El Estado respetará y garantizará el principio de no devolución, además de la asistencia humanitaria y jurídica de emergencia. 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 irregularidad. El Estado, de manera excepcional y cuando las circunstancias lo ameriten, reconocerá a un colectivo el estatuto de refugiado, de acuerdo con la ley.⁴³

En la práctica, el Ecuador ha regulado la cuestión del refugio mediante la figura del decreto ejecutivo. El primero fue el Decreto Ejecutivo No. 3293 de 1987, Reglamento para la Aplicación en el Ecuador de las Normas Contenidas en la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y en su Protocolo de 1967. El Decreto Ejecutivo 3293 contenía tanto la definición de la Convención de 1951 como la definición ampliada de la

³⁸Constitución de la República del Ecuador. Artículo 84. Registro Oficial No. 133 de 25 de mayo de 1967.

³⁹Constitución de la República del Ecuador. Artículo. 17. Registro Oficial No. 800 de 27 de marzo de 1979.

⁴⁰Constitución de la República del Ecuador. Artículo 17. Registro Oficial No. 763 de 12 de junio de 1984.

⁴¹Constitución de la República del Ecuador. Artículo 17. Registro Oficial No. 183 de 5 de mayo de 1993.

⁴²Constitución de la República del Ecuador. Artículo 29. Registro Oficial No. 1 de 11 de agosto de 1998.

⁴³Constitución de la República del Ecuador. Artículos 40 y 41. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

Declaración de Cartagena de 1984.⁴⁴ Además de dichas normas, en el Decreto Ejecutivo 3293 también constaba una disposición que permitía que el Ministerio de Relaciones Exteriores determine de manera discrecional y colectiva a un grupo de personas como refugiados.⁴⁵ Además, se tomaban en cuenta tanto las cláusulas de cesación como las cláusulas de exclusión de la Convención de 1951.⁴⁶

En 1992 se promulgó el Decreto Ejecutivo 3301. Este Decreto también contenía las definiciones de la Convención de 1951 y de la Declaración de Cartagena pero la capacidad del Ministerio de Relaciones Exteriores de declarar a un colectivo como refugiados ya no se mencionaba. El Artículo 7 determinaba que una persona tenía un plazo de 30 días o hasta que se expire su autorización de permanencia en el país para solicitar refugio.⁴⁷ Este Decreto también contaba con el principio de no devolución,⁴⁸ las cláusulas de cesación⁴⁹ y de exclusión⁵⁰ contenidas en la Convención de 1951.

El Decreto 3301 sufrió varios cambios en el transcurso de los siguientes años. En el año 2009, se expidió el Decreto Ejecutivo 1635 que cambiaba algunas de las disposiciones del Decreto 3301. En específico, se suprimía el plazo determinado en el Artículo 7⁵¹ e introducía la nueva categoría de “solicitud de refugio manifiestamente infundada o abusiva” que proponía un procedimiento acelerado para la identificación y negación de este tipo de solicitudes en su tercer Artículo—sin necesidad de resolución por parte de la Comisión y a discreción del funcionario de la Dirección de Refugio que había receptado la solicitud—.⁵²

⁴⁴ Decreto Ejecutivo No. 3293. Reglamento para la Aplicación en el Ecuador de las Normas Contenidas en la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y en su protocolo de 1967. Artículos 1 y 2. Registro Oficial No. n/d de 30 de septiembre de 1987.

⁴⁵ *Id.*, Artículo. 3.

⁴⁶ *Id.*, Artículo. 4.

⁴⁷ Decreto Ejecutivo 3301. 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. Artículo 7. Registro Oficial No. 933 del 12 de mayo de 1992.

⁴⁸ *Id.*, Artículo. 13.

⁴⁹ *Id.*, Artículo. 33.

⁵⁰ *Id.*, Artículo 34.

⁵¹ Decreto Ejecutivo 1635. Reforma Decreto Ejecutivo 3301, Registro Oficial No. 933, 12 de Mayo de 1992 que contiene el Reglamento para la aplicación en el Ecuador de las normas contenidas en la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de Refugiados y en su Protocolo de 1957. Artículo. 1 Registro Oficial No. 565 de 7 de abril de 2009.

⁵² *Id.*, Artículo 3.- Agréguese en la final del Artículo 8 el siguiente párrafo:

Esta tendencia de limitar las disposiciones del Decreto 3301 se agravó con el Acuerdo Ministerial 000003 de 2011. Dicho Acuerdo, con sustento en el Artículo 35 de la Ley de Modernidad del Estado y en las Conclusiones No. 8, 30, 68 y 93 del Comité Ejecutivo del ACNUR amplió la noción de las solicitudes “manifiestamente infundadas o abusivas” recogiendo solamente algunos elementos que el Comité Ejecutivo del ACNUR había expresado en sus Conclusiones No. 28 y 30.⁵³

Sin embargo, el Acuerdo Ministerial 000003 no cumplía con varias de las recomendaciones de las ya mencionadas Conclusiones. El Artículo 7 del Acuerdo determinaba que el Director de Refugio podía calificar la solicitud como inadmisibles: “[...] sin que para ello sea necesaria la resolución por parte de la Comisión, la misma que no es susceptible de impugnación”,⁵⁴ que presentaba en sí dos problemas: primero, la calificación de una solicitud como “manifiestamente infundada o abusiva” no era realizada por la autoridad competente—la Comisión para Determinar la Condición de Refugio en el Ecuador—del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio e Integración sino solamente por el Director de Refugio y segundo, no permitía la apelación de dicha calificación a la solicitud vulnerando así el derecho a impugnar y a la tutela judicial efectiva.

La normativa vigente al momento es el Decreto Ejecutivo 1182, Reglamento para la Aplicación en el Ecuador del Derecho de Refugio Establecido en el Art. 41 de la Constitución de la República, las Normas Contenidas en la Convención de las Naciones Unidas de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y su Protocolo de 1967, el cual fue expedido el 30 de mayo de 2012.

La Dirección General de Refugiados del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio e Integración, al recibir solicitudes de refugio manifiestamente infundadas o abusivas, podrá, inmediatamente, o como máximo, hasta dentro de los diez (10) días hábiles subsiguientes, declarar su inadmisión motivada a trámite, sin que para ello sea necesaria la resolución por parte de la Comisión. En estos casos, se emitirá una certificación de presentación de la solicitud, que tendrá una validez de diez (10) días hábiles; y, con la notificación de inadmisión, se otorgará hasta treinta (30) días hábiles de plazo, para que la persona cuya solicitud no fuere admitida, regularice su situación migratoria o abandone el país”.

⁵³ La Conclusión No. 28 del Comité Ejecutivo del ACNUR reconocía la existencia de solicitudes manifiestamente infundadas o abusivas. *Vid.* ACNUR. Conclusión del Comité Ejecutivo N° 28 (XXXIII) Aplicación de las Conclusiones Anteriores del Subcomité sobre Protección Internacional en Relación con la Determinación de la Condición de Refugiado, Entre Otras Cosas, con Referencia a la Función que le cabe al ACNUR en los Procedimientos Nacionales de Determinación de la Condición de Refugiado. (1982). La Conclusión No. 30 consideraba que se podría proponer un procedimiento más rápido para tratar a las solicitudes manifiestamente infundadas o abusivas. *Vid.* ACNUR Conclusión del Comité Ejecutivo N° 30 (XXXIV). El Problema de las Solicitudes de Asilo o de la Condición de Refugiado Manifiestamente Infundadas o Abusivas. (1983).

⁵⁴ Ministerio de Relaciones Exteriores, Integración y Comercio. *Acuerdo Ministerial 000003*. Artículo. 7. Registro Oficial No. n/d de 11 de enero de 2011.

El Decreto Ejecutivo 1182 en su Artículo 8 solo se refería a la definición de la Convención de 1951. Esto fue modificado mediante sentencia de la Corte Constitucional,⁵⁵ la cual determinó que se debía incluir a la definición contemplada en la Declaración de Cartagena. Además, en la misma línea que fue comenzada por el Decreto 1635 y el Acuerdo Ministerial 000003, se dispone la creación de un mecanismo de admisibilidad de las solicitudes manifiestamente infundadas y abusivas, además de añadirse la categoría de “solicitud ilegítima”⁵⁶, la cual no existe en la Convención de 1951 ni en su Protocolo de 1967, y una tercera razón para la inadmisibilidad de las solicitudes: la no presentación de la solicitud de refugio en un plazo de 15 días contados desde la llegada del solicitante al territorio ecuatoriano.⁵⁷ Dicho plazo también fue reemplazado por la ya mencionada sentencia y cambiado por el límite de 3 meses. A pesar de que el cambio de 15 días a 3 meses para presentar una solicitud de refugio represente un avance, el resultado de tener un plazo en sí, tiene el efecto de que en el Ecuador no se reconoce la posibilidad de existencia de un refugiado *sur place*: una persona que se convierte en refugiado debido a circunstancias que hayan acontecido mientras que ella se encuentra fuera de su país de origen o de residencia habitual.⁵⁸ El Decreto Ejecutivo 1182 también contiene normas con respecto al principio de no devolución, la cesación, extinción (por razones de legitimidad) y revocatoria de la condición de refugiado. Además, establece las obligaciones y derechos de los refugiados entre los cuales se encuentran: la obligación de mantener vigentes sus documentos, la posibilidad de acceder a la naturalización y el derecho de acceder a: “[...] los programas gubernamentales de inclusión económica y social y podrán acudir a cualquier institución estatal u organismo público o privado, nacional o internacional para solicitar la asistencia que requieran [...]”.⁵⁹

⁵⁵ Corte Constitucional. *Sentencia No. 002-14-SIN-CC*. n/d.

⁵⁶ Decreto Ejecutivo 1182. Reglamento para la Aplicación en el Ecuador del Derecho de Refugio. Artículo 26.- Registro Oficial 727 del 19 de junio de 2012. “Las solicitudes ilegítimas son las presentadas por personas de las cuales existen motivos fundados para considerar que han cometido delitos, en territorio ecuatoriano, de las características de las que ameritan la exclusión establecida en el Artículo 10, no se admitirán a trámite por considerarse atentatorias a la seguridad o al orden público”. El Artículo 10 se refiere a las cláusulas de exclusión de la Convención de 1951.

⁵⁷ *Id.*, Artículo 13 (1), Artículo. 27.

⁵⁸ 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*. Ginebra: 1992, párr. 94-96.

⁵⁹ Decreto Ejecutivo 1182. Reglamento para la Aplicación en el Ecuador del Derecho de Refugio. Artículo 62. Registro Oficial 727 del 19 de junio de 2012.

Finalmente, existe el Acuerdo Ministerial 00071, el cual fue firmado el 7 de febrero de 2014 y que en su parte relevante determina:

Artículo 9.- Las actas y resoluciones, así como los informes emitidos por la Comisión para Determinar la Condición de los/las refugiadas en el Ecuador, tendrán el carácter de documentos reservados, conforme al Artículo 205, literal c) del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva.⁶⁰

El Artículo citado del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE en adelante) en esta disposición determina que los particulares tiene derecho a: “[...] c) Obtener copias certificadas de los documentos originales que consten en cualquier expediente administrativo, salvo que se trate de aquellos documentos calificados como reservado de conformidad con la legislación vigente”.⁶¹ El Acuerdo 00071 prescribe que los documentos ya mencionados son “documentos reservados” aludiendo al ERJAFE—solo un Decreto Ejecutivo—que a su vez alude a que dicha reserva debe realizarse por medio de una ley. No existe ley alguna en la que se determine que estos documentos son reservados. Es importante notar que el no poder acceder a los documentos pertinentes sobre su solicitud de asilo conculcaría el derecho de las personas a la información, el derecho a la tutela judicial efectiva, a poder preparar su defensa, entre otros.

1.3 La Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo Adicional de 1971

Como ya se ha mencionado, la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo Adicional de 1971 fueron los instrumentos universales de mayor impacto en el desarrollo del derecho internacional de refugio. La Convención de 1951 contiene la definición clásica de lo que se considera como refugiado en su Artículo I(A)(2):

A. A los efectos de la presente Convención, el término "refugiado" se aplicará a toda persona:

2) Que, como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1.º de enero de 1951 y debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a

⁶⁰Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana. Acuerdo Ministerial 000071. Artículo 9. 7 de febrero de 2014.

⁶¹Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. Artículo. 205 literal c). Registro Oficial 536 de 18 de marzo de 2002.

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.⁶²

Para que una persona sea refugiada de acuerdo con la Convención de 1951 debe existir una confluencia de varios elementos. Primero, debe encontrarse fuera de su país de nacionalidad, es decir, haber salido del territorio de la nación que le brindaba su protección tanto *de jure* como *de facto*. Segundo, debe tener temor fundado de, tercero, ser perseguida, y cuarto, que dichos temores fundados y persecución se base en motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas. El momento en el que se configuran estos elementos, la persona ha adquirido el estatus de refugiada y no con el reconocimiento oficial del país de acogida.

Ahora bien, los términos que se acaban de subrayar en el párrafo anterior han sido interpretados de manera diferente durante los años, por la misma naturaleza y edad de la Convención de 1951 que, como ya se revisó previamente, respondía a un momento específico en la historia. A continuación, se realizará una exposición de cada uno de los elementos que conforman la definición.

1.3.1 La persecución

La Convención de 1951 no contempla una definición de “persecución” *per se*. La opinión generalizada para explicar este vacío es que los redactores de la misma no querían exponer de manera taxativa lo que podía ser considerado como persecución o no, tomando en cuenta que limitar la definición podría resultar en detrimento de otros actos futuros que podrían ser persecución pero que no se habían pensado en ese momento.⁶³

⁶² Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (1951). Artículo I (A) (2).

⁶³Vid. Alice Edwards. *Las dimensiones de edad y género en el derecho internacional de refugiados*. En ACNUR, *Protección de los refugiados en el derecho internacional. Consultas Globales de ACNUR sobre Protección Internacional*. España, Icaria Editorial: 2010. “Como no hay una definición internacionalmente aceptada de qué constituye una ‘persecución’, sería poco aconsejable limitar su aplicación para abusos graves de derechos humanos. Es posible que aún no se hayan identificado o codificado en el derecho internacional todas las formas de persecución, sin embargo, el derecho internacional de los derechos humanos tiene un rol que cumplir al caracterizar algunos tipos de persecución como graves violaciones a los derechos humanos”, p. 55. Traducción libre. Vid. 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*. Ginebra: 1992. Vid. Andreas Zimmerman. *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol. A Commentary*. Oxford: 2011, p. 345: “Although the term ‘persecution’ is considered the key element to determine the refugee status of a given individual, it is neither defined in the 1951 Convention itself nor elsewhere”. “A pesar de que el término ‘persecución’ es considerado como el elemento clave para determinar el estatuto de refugiado de un individuo, no está ni definido en la Convención de 1951 ni en ningún otro lado”. Traducción libre.

A pesar de que la persecución no haya sido definida específicamente, es un elemento esencial de la definición de refugiado de la Convención de 1951; si no se puede comprobar que ha existido persecución, no se configuran los elementos de la definición y la persona no es un refugiado:

Putting the notion of persecution in a nutshell, it has often been referred to as the severe violation of human rights accompanied by a failure of the State to protect the individual.

'Persecution' thus contains two main elements, namely a sufficient severe human rights violation and a determination regarding the perpetrator of the violation.⁶⁴

Estos dos elementos, la violación grave a los derechos humanos y la determinación del “perpetrador de la violación” tampoco han tenido una definición específica por parte del ACNUR ni por la doctrina. La categoría de “graves violaciones a los derechos humanos” ha visto su desarrollo en el ámbito del derecho internacional público. Dicha categoría podría verse como:

La solución más razonable parece entonces mantener la categoría jurídica de graves violaciones reservada a aquellas situaciones en que por la naturaleza y seriedad del hecho ilícito, la calidad de inderogable del derecho humano concernido y el carácter de *ius cogens* de la norma que lo tutela, efectivamente existe una responsabilidad agravada que sin embargo por la ausencia del denominado “elemento internacional” no podemos clasificar como un crimen de lesa humanidad o como un crimen de guerra.⁶⁵

Además es importante comprender que la categoría “graves violaciones a los derechos humanos” es un *nomen iuris*:

El *nomen iuris* que desde el punto de vista penal se dé al suceso en el plano interno es intrascendente. [...] Sin embargo, los operadores de justicia encargados tanto de la investigación como de la sanción, deben comprender que no están sustanciando un proceso por un delito común, sino un proceso de justicia frente a graves violaciones a los derechos humanos, por lo que resulta necesaria la activación de medios, instrumentos y mecanismos para la persecución efectiva de tales conductas y la sanción de sus autores, con el fin de prevenirlas y evitar que queden en la impunidad.⁶⁶

⁶⁴ Andreas Zimmerman. *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol...* Óp. cit., p. 345. “Poniendo la noción de la persecución en resumen, ha sido referida usualmente como la severa violación de derechos humanos acompañada por un fracaso del Estado al proteger al individuo. ‘La persecución’ por lo tanto contiene dos elementos principales, en específico, una violación de derechos humanos lo suficientemente severa y una determinación con respecto al perpetrador de la violación”. Traducción libre.

⁶⁵ Juan Pablo Albán. “Las graves violaciones a los derechos humanos como categoría jurídica”. Publicado el 3 de noviembre de 2013. <https://prohomine.wordpress.com/2013/11/03/las-graves-violaciones-a-los-derechos-humanos-como-categoria-juridica/> (acceso: 15/1/2015)

⁶⁶ Juan Pablo Albán. “Las graves violaciones a los derechos humanos como categoría jurídica”. Publicado el 3 de noviembre de 2013. <https://prohomine.wordpress.com/2013/11/03/las-graves-violaciones-a-los-derechos-humanos-como-categoria-juridica/> (acceso: 15/1/2015)

La intención de la Convención de 1951 en relación a estas graves violaciones de derechos era el subrayar la incapacidad o falta de protección de un Estado hacia su población:

Second, the intention of the drafters was not to protect persons against any and all forms of even serious harm, but was rather to restrict refugee recognition to situations in which there was a risk of a type of injury that would be inconsistent with the basic duty of protection owed by a state to its own population.⁶⁷

Este “deber básico de protección” tampoco ha sido definido para los casos de refugio. Sin embargo, el Profesor Hathaway propone que dicho estándar se guía bajo la Carta Internacional de los Derechos Humanos, a saber: la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH en adelante), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP en adelante) y su Protocolo Facultativo de 1966, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC en adelante) y su Protocolo Facultativo de 2008. Los derechos que se considerarían inalienables y que por ende, podrían constituirse como un fracaso por parte del Estado de su deber mínimo de protección serían los que el PIDCP prescribe como no sujetos a suspensión ni por emergencia nacional ni por ninguna otra razón según el Artículo 4 numeral 2 del mismo Pacto. Entre estos se encuentran: el derecho a la vida, la prohibición a la tortura y a los tratos crueles y degradantes, la prohibición a la esclavitud, el derecho a la libertad y a la seguridad personal, el encarcelamiento por falta de cumplimiento de una obligación contractual, la no retroactividad de la ley con respecto a actos cometidos antes de que exista una ley que los condene, el reconocimiento a la personalidad jurídica y finalmente, la libertad de pensamiento, conciencia y religión.⁶⁸ Finalmente, menciona los derechos contenidos en el PIDESC sobre los cuales los Estados tienen una obligación de aplicación progresiva y de implementación no discriminatoria.⁶⁹

Sin embargo, existen discrepancias sobre si ese es el estándar que se debe seguir. Algunos autores están de acuerdo con la inclusión de estos derechos, pero también

⁶⁷ James Hathaway. *The Law of Refugee Status...* *Óp.cit.*, pp. 103-104. “Segundo, la intención de los redactores no era el proteger a las personas en contra de cada una y todas las formas de riesgo serio, sino que era el restringir el reconocimiento de refugiado a situaciones en las que había riesgo de un tipo de daño que sería inconsistente con el deber básico de protección que un Estado debe a su propia población”. Traducción libre.

⁶⁸ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. (1976). Artículo 4 numeral 2: “2. La disposición precedente no autoriza suspensión alguna de los Artículos 6, 7, 8 (párrafos 1 y 2), 11, 15, 16 y 18”.

⁶⁹ James Hathaway. *The Law of Refugee Status...* *Óp.cit.*, p. 110.

consideran que se debe incluir aquellos prescritos en la Convención Internacional para la Eliminación de Todas las formas de Discriminación Racial (1969), La Convención para la Erradicación de la Violencia en contra de la Mujer (1979) y la Convención de los Derechos del Niño (1989) y los instrumentos regionales relevantes como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969).⁷⁰

Por otro lado, existe la posición que critica esta unión tan relacionada con la Carta Internacional de Derechos Humanos, que, aunque ha sido explicada de manera jerárquica—el vulnerar los derechos contenidos PIDCP que no pueden ser suspendidos ni en emergencia nacional es una violación más grave que vulnerar los derechos contenidos en el PIDESC—no responde necesariamente a la jerarquía de los derechos en dichos Pactos y su posible aplicación en el contexto del refugio no fue algo que se haya discutido en el debate de los Pactos.⁷¹

In sum, to this reader the concept of “persecution” simply does not implicate the full range of rights listed in the Covenants, even after application of Hathaway’s carefully crafted qualifications. Or to put it in another way, the case is not compelling that the Covenants should be the sole determinants of the “core human rights” whose violations amount to persecution.⁷²

La falta de especificación por parte de la Convención de 1951 responde no tanto a un desliz por parte de los redactores sino a la necesidad de no poner una lista taxativa de lo que se puede considerar como persecución o de los derechos que se incluirían dentro de los posibles vulnerados. En general, la Convención contiene una obligación para con los Estados parte de crear sus propios procedimientos y esto ha resultado en que los Estados han interpretado—idealmente, dentro del marco del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional público—lo que este término y muchos otros significan con respecto a las solicitudes de refugio.

Siguiendo esta línea, 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

⁷⁰ Andreas Zimmerman. *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol...* Óp. cit., p. 347.

⁷¹ David A. Martin. “The Law of Refugee Status by James C. Hathaway”. *The American journal of International Law*, Vol. 87, No. 2 (abril, 1933), p. 350.

⁷² *Ibid.*, “En resumen, para este lector, el concepto de “persecución” simplemente no implica el rango completo de los derechos listados en los Pactos, aún después de la aplicación de las cualificaciones cuidadosamente formuladas por Hathaway. O, por ponerlo de otra manera, el caso no es irresistible de que los Pactos deberían ser los únicos determinantes del “núcleo de derechos humanos” sobre los cuales sus violaciones asciendan a la persecución”. Traducción libre.

el Estatuto de los Refugiados (en adelante, Manual de Procedimientos del ACNUR) reconoce que la Convención de 1951 no prescribe una definición específica de lo que se debe considerar como persecución,⁷³ pero determina que:

[...] 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.

52. El que otras amenazas o acciones lesivas equivalgan a persecución dependerá de las circunstancias de cada caso [...].

53. Puede ocurrir, además, que un solicitante haya sido objeto de diversas medidas que de por sí no supongan persecución (por ejemplo, de diferentes formas de discriminación), combinadas en algunos casos con otros factores adversos (como el clima general de inseguridad en el país de origen). En tales situaciones, los diversos elementos implicados pueden, considerados en conjunto, haber producido en la mente del solicitante efectos que justifiquen adecuadamente por “motivos concurrentes”, la alegación de fundados temores de ser perseguido.⁷⁴

El Manual de Procedimientos del ACNUR por lo tanto presenta, en primera instancia, una necesaria concurrencia con las razones para la persecución (raza, religión, nacionalidad, opinión política o grupo social determinado), en segunda instancia otras graves violaciones a los derechos humanos de cualquier manera todavía conectadas con las razones de persecución de la misma Convención de 1951 y sin fijar exactamente qué derechos caerían en la categoría de aquellos a los que graves violaciones podría constituirse como persecución. Finalmente, el ACNUR también nota que se podría dar una concurrencia de actos persecutorios que por sí solos no deberían ser considerados como tales pero a la luz del contexto del país de origen, se podrían incluir. Esta opinión más amplia que la propuesta por Hathaway no limita el campo de discusión sobre la violación de cuáles derechos podría constituirse como persecución, ni lo hace de manera jerárquica, permitiendo así una evolución constante que se puede adaptar a la siempre cambiante situación mundial.

Por otro lado, con respecto a la persecución existe la necesidad de tener una noción no solo de en qué consiste un acto persecutorio, los derechos vulnerados que se considerarían

⁷³ 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*. Ginebra: 1992, párr. 51.

⁷⁴*Id.*, párr.51-53.

dentro de los protegidos, sino que también se debe tomar en cuenta el concepto de quién es el agente persecutor:

Persecution is always conducted by one or more individuals that inflict harm on another individual or group of individuals. The persecutors can possibly be either persons acting on behalf of a State or non-State actors. The decisive factor is always the entity to which the acts are attributable. In case of acts of non-States actors the reaction of the State to such incident is decisive.⁷⁵

La respuesta del Estado a los agentes persecutores no estatales es, por lo tanto, un elemento muy importante cuando se está analizando la solicitud de refugio. La doctrina ha tomado una posición en la cual se determinan cuatro diversas respuestas del Estado con respecto a la persecución: Primero, cuando el Estado es el agente persecutor, segundo, cuando la persecución es tolerada por el Estado, tercero, cuando la persecución es permitida por el Estado y finalmente cuando el Estado ni tolera la persecución ni la permite pero no tiene la capacidad de respuesta para evitar siga sucediendo.⁷⁶

Sin embargo, el relacionar la persecución o la “validez” del agente persecutor a la actuación estatal es una visión muy limitada que no refleja el texto de la Convención de 1951:

The purpose is not to attribute responsibility, in the sense of State responsibility for the persecution. If it were, then qualifying as a refugee would be conditional on the rules of attribution, and protection would be denied in cases where, for any reason, the actions of the persecutors were not such as to involve the responsibility of the State. [...]. Moreover, while the inability in fact of a State to exercise control in certain circumstances may entail an absence of responsibility *vis-à-vis* the rights of other States there is no basis in the 1951 Convention, or in general international law, for requiring the existence of effective, operating institutions of government as a pre-condition to a successful claim to refugee status. In the same way, the existence or non-existence of governmental authority is irrelevant to the issue of individual responsibility for genocide, war crimes, or other serious violations of international humanitarian law.⁷⁷

⁷⁵ Andreas Zimmerman. *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol...* Óp. cit., p. 358. “La persecución siempre es realizada por uno o más individuos que infringen daño sobre otro individuo o grupo de individuos. Los persecutores también pueden posiblemente ser o personas actuando en nombre del Estado o de actores no Estatales. El factor decisivo siempre es la entidad a quien los actos sean atribuibles. En el caso de actos de actores no Estatales, la reacción del Estado a dicho incidente es decisiva.” Traducción libre.

⁷⁶ James Hathaway. *The Law of Refugee Status...* Óp. cit, p. 129. Vid. Andreas Zimmerman. *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol.* Óp. cit.,p. 358.

⁷⁷ Guy S. Goodwin-Gill. *The Refugee in International Law.* Reino Unido: Oxford University Press, 2011, p. 100. “Si fuere así, entonces el ser calificado como refugiado sería condicional a las reglas de atribución y la protección sería negada en los casos en los que, por cualquier razón, las acciones de los persecutores sean tales que no involucren una responsabilidad del Estado [...] Además, mientras que la inhabilidad de hecho de un Estado de ejercer control en ciertas circunstancias podría conllevar una ausencia de responsabilidad *vis-a vis* de los derechos de otros Estados no hay base en la Convención de 1951, en el

De esta manera, se debe tomar en cuenta tanto la persecución que sí puede ser atribuible al Estado, pero también la que no está necesariamente ligada a un acto u omisión del mismo. A pesar de esto, se debe recordar que en el núcleo de la necesidad de la protección internacional que brinda el reconocimiento del estatuto de refugiado está que la persona “no pueda o no quiera” acogerse a la protección de su Estado y se debe seguir tomando en cuenta la actitud del Estado hacia el agente persecutor no estatal. Como lo determina el Manual de Procedimientos del ACNUR:

La persecución suele ser resultado de la actuación de las autoridades de un país. Puede también emanar de sectores de la población que no respetan las normas establecidas por las leyes de su país. [...]. El comportamiento vejatorio o gravemente discriminatorio observado por ciertos sectores de la población local puede equipararse a la persecución si es deliberadamente tolerado por las autoridades o si éstas se niegan a proporcionar una protección eficaz o son incapaces de hacerlo.⁷⁸

1.3.2 El temor fundado

La Convención de 1951 también guarda silencio sobre el término “temor fundado” como base válida para una solicitud de refugio. Existen dos corrientes sobre lo que significa el “temor fundado”, una desarrollada por la doctrina y otra desarrollada por el ACNUR en su Manual de Procedimientos. El Manual de Procedimientos del ACNUR con respecto al temor fundado determina que:

Dado que el concepto de temor es subjetivo, la definición implica un elemento subjetivo en la persona que solicita ser reconocida como refugiado. Por consiguiente, la determinación de la condición de refugiado requiere primordialmente una evaluación de las declaraciones del solicitante más bien que un juicio sobre la situación imperante en su país de origen.

Al elemento del temor—estado de ánimo y condición subjetiva—se añade el calificativo de “fundado”. Ello significa que no sólo es el estado de ánimo de la persona interesada lo que determina su condición de refugiado, sino que esa tesitura debe estar basada en una situación objetiva. Por consiguiente, la expresión “fundados temores” contiene un elemento subjetivo y un elemento objetivo y, al determinar si existen temores fundados, deben tomarse en consideración ambos elementos.⁷⁹

derecho internacional en general, de requerir la existencia de instituciones operativas y efectivas del gobierno como una precondition para un reclamo exitoso al estatus de refugiado”. Traducción libre.

⁷⁸ 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*. Ginebra: 1992, párr. 65.

⁷⁹ 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*. Ginebra: 1992, párr. 37-38.

El ACNUR ha basado su interpretación del temor fundado en la propuesta de que dicho elemento de la definición de refugiado contiene los dos partes: el subjetivo o cómo la persona reacciona frente a la persecución, la existencia o no de miedo o temor y, el elemento objetivo, las características objetivas y el contexto del refugiado.

Para poder realizar una evaluación del elemento subjetivo, el Manual de Procedimientos del ACNUR establece que se debe tomar en cuenta la personalidad del solicitante, ya que no todos los individuos tendrían la misma reacción ante la misma amenaza,⁸⁰ pero también que dicho temor debe ser razonable:

Será necesario tener en cuenta los antecedentes personales y familiares del solicitante, su pertenencia a un determinado grupo racial, religioso, nacional, social o político, la forma en que interpreta su situación y sus experiencias personales; en otras palabras: cuanto pueda servir para indicar que el motivo predominante de su solicitud es el temor.⁸¹

Con respecto al temor objetivo, el ACNUR recuerda a las autoridades que están determinando la existencia o no de este elemento que no se les pide que hagan un juicio de valor sobre la situación del país del cual proviene el solicitante, aunque su conocimiento sea importante para la determinación final: la información sobre el contexto debe ser tomada en cuenta ya que la solicitud no puede ser determinada en abstracto.⁸²

Esta visión del temor fundado en dos partes tiene sus detractores. Una de las críticas que se realiza es el hecho de que el evaluar el temor fundado subjetivo puede resultar una tarea imposible debido a que la reacción de cada persona puede ser diferente tomando en cuenta su cultura o su historia pasada, haciendo difícil que exista una metodología probada y eficiente para determinar si tiene o no temor subjetivo.⁸³ Zimmerman recoge las críticas de la siguiente manera:

Overall, applying the combined subjective-objective approach, an applicant might be denied refugee status because he or she is either not in fact subjectively fearful, or is not able to express his or her fear, or simply because his or her fear cannot be identified by the respective decision-makers. In such cases a lack of the subjective element would lead

⁸⁰ *Id.*, párr. 40.

⁸¹ *Id.*, párr.41.

⁸² *Id.*, párr. 42.

⁸³ *Andreas Zimmerman. The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol...Óp. cit., p. 339.*

to the denial of protection despite the existence of a real risk of persecution. It is such scenarios which constitute the major arguments for favouring the objective approach.⁸⁴

Podría darse que el tratar de encontrar el temor subjetivo y no hacerlo, ya sea porque la persona no lo tiene, no lo expresa o peor aún, el entrevistador o autoridad no pudieron reconocerlo sea la razón por la cual la solicitud de refugio sea negada aun cuando exista persecución y un temor fundado objetivo.

La alternativa a este enfoque del temor fundado subjetivo y objetivo es el uso de una medición solamente objetiva. Hathaway señala que el separar entre lo objetivo y subjetivo es una interpretación posterior que no tiene una base histórica con respecto a la Convención de 1951 y que tampoco tiene base en los trabajos preparatorios—la intención de los redactores siempre fue la de extender la protección de la condición de refugiado a las personas que podrían demostrar una persecución pasada o futura—lo cual no tiene una relación específica con el estado mental de la persona: “The use of the term “fear” was intended to emphasize the forward-looking nature of the test, and not to ground refugee status in an assessment of the refugee claimant’s state of mind.”⁸⁵ De esta manera, el temor no debe ser demostrado como un sentido de trepidación sino como la posibilidad de un riesgo futuro:

Most critically, the protection of the Refugee Convention is not predicated on the existence of “fear “ in the sense of trepidation. It requires instead the demonstration of “fear” understood as a forward looking expectation of fear. [...]

An understanding of “fear” as forward-looking expectation of risk is fully justified by one of the plain meanings of the English text, and is confirmed by dominant interpretations of the equally authoritative French language text (“craignant avec raison”), which do not canvas subjective trepidation. This constructions avoids the enormous practical risks inherent in attempting objectively to assess the feelings and emotions of an applicant. [...] More generally, the human rights context of the Convention requires that protection be equally open to all on the basis of evidence of an actual and relevant form of risk.⁸⁶

⁸⁴ *Id.*, pp. 339-340. “En general, aplicando el enfoque combinado subjetivo-objetivo, se le podría negar el estatus de refugiado a un solicitante porque él o ella o no tiene de hecho un temor subjetivo, o porque no puede expresar su temor, o simplemente porque su temor no puede ser identificado por los que toman las decisiones. En estos casos una carencia del elemento subjetivo llevaría a que se niegue la protección a pesar de la existencia de un verdadero riesgo de persecución”. Traducción libre.

⁸⁵ James Hathaway. *The Law of Refugee Status... Óp.cit.*, pp. 68- 69. “El uso del término “temor” tenía la intención de enfatizar la naturaleza futura del examen, y no el de fundamentar el estatus de refugiado en una evaluación del estado mental del solicitante de refugio”. Traducción libre.

⁸⁶ University of Michigan Law School, *International Refugee Law: The Michigan Guidelines on Well-Founded Fear*, 28 March 2004, <http://www.refworld.org/docid/467fa3fb22.html> (acceso: 13/03/2015) “De manera más crítica, la protección de la Convención de Refugio no se basa en la existencia de “temor” en el sentido de la trepidación. En vez de eso, requiere que la demostración de “temor” sea entendido como una

En la misma línea y de acuerdo con lo propuesto por Hathaway, otros autores han determinado que, a pesar de que el examen sobre el temor fundado debe ser objetivo, no se debe dejar de lado el testimonio de la persona, el cual es de gran importancia para la determinación final de la solicitud de refugio.⁸⁷ Sin embargo, existe confusión ya que el realizar un examen objetivo del temor de la persona no significa obviar el testimonio o las actitudes de un solicitante, sino que significa el basar el análisis y la decisión en criterios objetivos y no arbitrarios sobre el estado mental o la capacidad de expresarlo del solicitante o en el examen por parte de la autoridad que entrevista de lo que se podría considerar como una expresión válida del temor.

La primera parte de determinar objetivamente el temor fundado tiene que ver con el contexto del país. Un país de origen con un *record* de derechos humanos poco prolijo podría producir un solicitante de refugio con un estándar de futuro riesgo de persecución para probar bajo, mientras que un país de origen con un buen *record* de derechos humanos produciría un solicitante de refugio con un estándar más alto que probar.⁸⁸ De manera importante debe recordarse que “ver el testimonio individual” de cada persona no requiere que se haga un análisis de su estado de ánimo (el temor fundado subjetivo) al contar su historia o sus reacciones hacia los eventos por los cuales fue perseguido, sino el reconocer los elementos de persecución, examinar la existencia de riesgo presente o futuro y de contraponer dicho testimonio con la información del país de origen que se tenga: situación de otras personas en similares situaciones, evidencia de persecución al solicitante por las razones tratadas y hasta, como ya se mencionó anteriormente, el estado de los derechos humanos en el país de origen.

Este debate sobre el temor fundado y su significado responde una vez más a la ambigüedad de la misma Convención de 1951, la cual fue redactada de una manera en la que los diversos términos que se utilizan puedan evolucionar y ser interpretados

expectativa de riesgo a futuro. [...]. Un entendimiento del “temor” como una expectativa de riesgo a futuro se justifica completamente por uno de los significados simples del texto en inglés, y se confirma por las interpretaciones dominantes del igualmente autorizado texto del idioma francés (“craignant *avecrasion*”), los cuales no cubren a la trepidación subjetiva. Esta construcción evita los enormes riesgos prácticos inherentes a tratar de objetivamente evaluar los sentimientos y emociones de un solicitante. [...] De manera más general, el contexto de derechos humanos de la Convención requiere que la protección esté igualmente abierta a todos con base en la evidencia de una forma actual y relevante de riesgo”. Traducción libre.

⁸⁷*Id.*, p. 83. *Vid. Andreas Zimmerman. The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol... Óp. cit.*, 340.

⁸⁸ James Hathaway. *The Law of Refugee Status... Óp.cit.*, p. 83

progresivamente, pero que han creado esta problemática que afecta cómo se revisan las solicitudes de refugio en diferentes países. Cabe recalcar que la visión puramente objetiva no ha sido recogida por el ACNUR y muchos de los países siguen utilizando la versión bipartita del temor fundado en razón a sus elementos tanto subjetivos como objetivos. A pesar de esto, es importante tomar en cuenta que atar la presencia del temor fundado a la actitud del solicitante de refugio puede llevar a una decisión errónea por parte de las autoridades ya que, como se mencionó con anterioridad, las personas reaccionan de diferentes maneras a las amenazas que hicieron que huyan. Esta decisión de alejarse del elemento subjetivo para decidir la existencia del temor fundado toma aún más importancia si se lo piensa desde el punto de vista de niños, niñas y adolescentes, quienes por un lado, podrían demostrar un exagerado temor a situaciones que objetivamente no lo ameritan, o, por otro lado, podrían ser incapaces de demostrar adecuado temor hacia situaciones en las que sus vidas, integridad física o libertad estarían verdaderamente en riesgo.

1.3.3 Razones de persecución: raza, nacionalidad, grupo social determinado, religión y opinión política

La Convención de 1951 determina que la persecución y el temor fundado deben estar ligados a uno de los siguientes motivos: raza, nacionalidad, grupo social determinado, religión u opinión política. Este elemento, llamado *nexus*⁸⁹ exige que la persona que solicita ser reconocida como refugiado necesariamente pueda explicar su solicitud con respecto a una de las ya citadas razones:

Under the Convention, then, if the peril a claimant faces—however wrongful it might be—cannot somehow be linked to her socio-political situation and resultant marginalization, the claim to refugee status must fail. Put succinctly, refugee law requires that there be a nexus between who the claimant is or what she believes and the risk of serious harm in her home state.⁹⁰

La necesidad de esta relación ha sido fuertemente criticada y ha sido, hasta cierto punto, superada por instrumentos internacionales sobre refugio que contienen “definiciones ampliadas” tales como la Declaración de Cartagena de 1984 y la definición vigente para la

⁸⁹ James Hathaway. *The Law of Refugee Status... Óp.cit. Vid. .Andreas Zimmerman. The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol... Óp. cit., p. 372.*

⁹⁰ James Hathaway. *The Law of Refugee Status... Óp.cit., pp. 136-137.* “Entonces, de conformidad con la Convención, si el peligro que un solicitante enfrenta—a pesar de qué tan dañino pueda ser—si no puede de alguna manera ser relacionado con su situación socio-política y que resulte en marginalización, la solicitud de estatus de refugiado debe fracasar. Puesto de manera sucinta, el derecho de refugio requiere que exista un *nexus* entre quién es el solicitante o lo que ella cree y el riesgo de daño serio en su Estado de origen”. Traducción libre.

OAU. Esto es útil en casos donde no se puede necesariamente realizar la relación de la persecución con el individuo, sino que se debe considerar el refugio por razones de peligrosidad en el contexto del país de origen en general.

1.3.3.1 Raza.

El concepto de “raza” no se encuentra definido explícitamente en la Convención de 1951, ni por medio de referencias a otros tratados ni con una definición propia en la misma. Esto sigue respondiendo al deseo de los participantes en la conferencia de plenipotenciarios y a los signatarios de la Convención de 1951 de no constreñir taxativamente los términos utilizados. Goodwin Gill señala que los tribunales internacionales (tales como los Tribunales Criminales Internacionales) han puesto en práctica el concepto de “raza” con respecto a la autodeterminación de identidades colectivas, lo cual responde a un elemento social y no una cuestión de hecho.⁹¹

Tomando en cuenta el desarrollo histórico de la Convención de 1951, se puede encontrar la razón para haber incluido al término “raza” en la misma. En el marco de la Segunda Guerra Mundial la idea era el poder proteger con este instrumento a los judíos que, aunque no practicaran la religión judía, estaban siendo perseguidos por el régimen nazi de cualquier manera, esto es, por un elemento racial y no religioso.⁹²

Sin embargo, el abogar por una interpretación más amplia—que por ejemplo incluya a la definición de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial de 1965 y a la autodeterminación—tiene sentido dentro del desarrollo del término en sí. El Manual de Procedimientos del ACNUR identifica al término raza de la siguiente manera:

En el presente contexto, el concepto de raza debe entenderse en su sentido más amplio, que abarca todos los grupos étnicos habitualmente denominados “razas”. Con frecuencia implicará también la pertenencia a un grupo social determinado de ascendencia común que constituye una minoría en el seno de una colectividad más amplia. La discriminación por motivos de raza ha sido condenada universalmente como una de las violaciones más palmarias de los derechos humanos. [...] Así ocurrirá siempre que, a causa de la discriminación racial, se vulnere la dignidad humana de una persona hasta un punto incompatible con los derechos humanos más elementales e inalienables, o

⁹¹ Guy S. Goodwin-Gill. *The Refugee in International Law... Óp. cit.*, p. 70.

⁹² James Hathaway. *The Law of Refugee Status... Óp.cit.*, p. 141. Vid. *Andreas Zimmerman. The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol... Óp. cit.*, p. 375.

cuando no hacer caso de barreras raciales lleve aparejadas graves consecuencias.⁹³

1.3.3.2 Nacionalidad

El Manual de Procedimientos del ACNUR determina que la nacionalidad es:

En este contexto, el término “nacionalidad” no debe entenderse sólo como “ciudadanía”, sino que designa también la pertenencia a un grupo étnico o lingüístico y, a veces, puede coincidir con el concepto de “raza”. La persecución por motivos de nacionalidad puede consistir en medidas y comportamientos contrarios a una minoría nacional (étnica, lingüística) y, en determinadas circunstancias, el hecho de pertenecer a esa minoría puede de por sí suscitar fundados temores de persecución.⁹⁴

En la interpretación de nacionalidad del ACNUR se puede encontrar entonces el concepto de minoría étnica; la posibilidad de existencia de nacionalidades diferentes dentro de un mismo Estado y la noción de que la “nacionalidad” este ligada a una autodeterminación por un grupo de personas que vive en el mismo Estado pero que se considera y es considerado diferente por el resto de ciudadanos. La interpretación presentada por el ACNUR puede dar paso a la confusión entre raza y nacionalidad en la Convención de 1951.

Sin embargo, a diferencia del concepto de raza, el haber incluido a la nacionalidad como una de las razones para la persecución no se puede encontrar en los trabajos preparatorios ni en el desarrollo histórico de la Convención de 1951.⁹⁵ Cabe recalcar que el término nacionalidad tiene en sí mismo un una noción de derechos políticos y civiles que no tiene el término de raza. Sin embargo el limitarse solamente a esta percepción causaría que la noción de nacionalidad no tenga mucha utilidad:

On the other hand, a narrow interpretation of ‘nationality’, as referred to in the list of possible reasons for persecution in Art. 1 A, Para. 2, as encompassing solely the legal bond between an individual and a State, would lead to the almost absurd assumption that the 1951 Convention was supposed to cover highly improbable situations in which a State had the intention to persecute its own citizens, merely on account of their status as nationals of that very State. Furthermore, those individuals who possess the nationality (i.e citizenship) of a State different from that of the alleged State of persecution will

⁹³ 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*. Ginebra: 1992, párr. 68.

⁹⁴ *Id.*, párr.74.

⁹⁵ *Andreas Zimmerman. The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol...Óp. cit.,p. 388.*

usually be entitled to the protection of the former and would therefore fail to bring a claim for refugee status in relation to the State of domicile.⁹⁶

De esta manera, al igual que el concepto de raza, la nacionalidad debe ser vista tanto desde el instrumento que permite que las personas gocen de los derechos que conlleva el ser nacional o ciudadano de un Estado, como la posibilidad de la existencia de nacionalidades dentro de un mismo Estado visto desde la autodeterminación y otros rasgos étnicos y culturales que crean la nacionalidad, ya que como fue expresado, la idea de que un Estado persiga a sus nacionales por ser parte del mismo no tiene sentido.

1.3.3.3 Grupo social determinado.

El concepto de grupo social determinado ha ido mutando y evolucionando desde la redacción, firma y ratificación de la Convención de 1951 para abarcar grupos de personas que previamente no se pensaba podrían ser perseguidas por su asociación a un grupo social determinado pero que se ha observado en el tiempo que ha pasado desde la firma y ratificación de la misma. La historia de por qué se decidió incluir este término no es tan clara como en el caso de otros términos. De acuerdo a los trabajos preparatorios de la Convención de 1951, el término “grupo social” fue incluido en uno de los últimos borradores del texto, a pedido del delegado suizo quien expresó solamente que de acuerdo a la historia, se puede encontrar evidencia de persecución por estos motivos y que por lo tanto, la Convención de 1951 debía referirse a lo antedicho de manera explícita.⁹⁷ Debido al poco debate que esto suscitó, no se sabe exactamente a qué grupos se estaba refiriendo el delegado o el alcance que debía tener el motivo de persecución por grupo social determinado.

Sin embargo, la categoría de grupo social determinado ha sido una de las que más ha evolucionado desde la firma de la Convención de 1951. Se han desarrollado dos corrientes para determinar la membresía a un grupo social determinado. Por un lado está la corriente que aboga por las “características protegidas” y por otro la noción de la “percepción social”. La primera se basa en la existencia de características inmutables e innatas que

⁹⁶*Ibid.*, “Por otro lado, una interpretación estrecha de ‘nacionalidad’ como está referida en la lista de posibles razones para la persecución en el Art. 1 A, párr. 2, como si solamente abarcara el vínculo legal entre un individuo y un Estado, llevaría a la casi absurda presunción de que la Convención de 1951 supuestamente debía cubrir situaciones altamente improbables en las cuales un Estado tenga la intención de perseguir a sus ciudadanos, meramente por su estatus como nacionales de ese Estado”. Traducción libre.

⁹⁷*Id.*, p. 391. *Vid.* James Hathaway. *The Law of Refugee Status*. Canadá: Butterworths Canada, 1991, p. 157. *Vid.* Guy S. Goodwin-Gill. *The Refugee in International Law... Óp. cit.*, p. 74.

diferencien a un grupo de personas de otro mientras que la percepción social se basa en que la sociedad considere que un grupo de personas tiene características que los hace diferentes del resto.⁹⁸

El ACNUR ha recogido las dos corrientes y en las Directrices sobre la Protección Internacional: “Pertenencia a un determinado grupo social” dentro del contexto del Artículo 1A(2) de la Convención sobre el Estatuto de los refugiados y/o de su Protocolo de 1967, ha establecido que:

El enfoque de las características protegidas sirve para identificar un conjunto de grupos que constituyen la parte central del análisis de percepción social. En consecuencia, es oportuno adoptar una única norma que incorpore ambos enfoques dominantes:

Un determinado grupo social es un grupo de personas que comparte una característica común distinta al hecho de ser perseguidas o que son percibidas a menudo como grupos por la sociedad. La característica será innata e inmutable, o fundamental de la identidad, la conciencia o el ejercicio de los derechos humanos..⁹⁹

Existe además la consideración de que se debería incluir a:

[...] (1) groups defined by an innate, unalterable characteristic; (2) groups defined by their past temporary or voluntary status, since their history or experience is not within their current power to change; and (3) existing groups defined by volition, so long as the purpose of the association is so fundamental to their human dignity that they ought not be required to abandon it.¹⁰⁰

Estos enfoques sobre lo que significa “pertenencia a un grupo social determinado” han permitido que se interprete este término para acoplarse a nuevas situaciones que no se hubiesen tenido en cuenta previamente. Por ejemplo, en el 2002 el ACNUR publicó “Directrices de Protección Internacional: La persecución por motivos de género en el contexto del Artículo 1A(2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, y/o su Protocolo de 1967” en la cual se determina que el pertenecer o auto identificarse como parte de un género, por tener una orientación sexual o el haber sido víctima de la trata de personas para la prostitución o explotación sexual forzosa puede ser visto como

⁹⁸Andreas Zimmerman. *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol...* Óp. cit., p. 392.

⁹⁹ ACNUR. *Directrices sobre la Protección Internacional: “Pertenencia a un determinado grupo social” en el contexto del Artículo 1A (2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y/o su Protocolo de 1967*. 7 de mayo de 2002.

¹⁰⁰ James Hathaway. *The Law of Refugee Status...* Óp.cit., p. 161. “[...] (1) grupos definidos por una característica innata e inalterable; (2) grupos definidos por un estatus temporal pasado o voluntario, dado que su historia o experiencia no está dentro de su poder para cambiarlo; y (3) grupos definidos por su voluntad, con tal de que el propósito de asociación es tan fundamental a su dignidad humana que no se debería requerir que ellos lo abandonen”. Traducción libre.

persecución por pertenecer a un grupo social determinado.¹⁰¹ Con respecto a los niños como posibles miembros de un grupo social determinado, el ACNUR ha reconocido que aunque no se encuentren separados de sus familiares, los niños tienen derecho a solicitar asilo y que en algunos casos la solicitud del niño puede ser la principal para el reconocimiento de la condición de refugiado por ser parte de un grupo social determinado que sufre de persecución.¹⁰²

1.3.3.4 Opinión política.

La Convención de 1951 contempla la posibilidad de que una persona sea perseguida y tenga temor fundado por razones de su “opinión política”. El debate dentro de esta categoría se ha concentrado en especificar exactamente qué puede ser considerado como una actividad que exprese opiniones políticas y cuándo se debe tomar en cuenta como un motivo para la persecución.

En la redacción de la Convención de 1951, se mencionó la posibilidad de incluir a la opinión política como un motivo de la persecución:

“[...] it was stated, without encountering any form of objection by other representatives, that not only diplomats fallen into disgrace of a government or party members whose political party has been outlawed, but also ‘individuals who fled from revolutions’ should fall within the political opinion category. This shows that not only members of a small political elite, but also members of the general public may be covered by the ‘political opinion’ alternative of Art. 1 A, para. 2.¹⁰³

La tradición latinoamericana sobre el refugio ha tendido a otorgar un lugar especial a la persecución por motivos de opinión política. Tres instrumentos internacionales, la Convención sobre el Asilo Político (1933), la Convención sobre el Asilo Diplomático (1954) y la Convención sobre el Asilo Territorial (1954), tratan sobre la posibilidad de que

¹⁰¹ Para más información, *vid.* ACNUR. *Directrices sobre protección Internacional: La persecución por motivos de género en el contexto del Artículo 1A(2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, y/o su Protocolo de 1967.* HCR/GIP/02/01 7 de mayo de 2002.

¹⁰² ACNUR. *Directrices de Protección Internacional: Solicitudes de asilo de niños bajo los Artículos 1(A)2 y 1(F) de la Convención de 1951 y/o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados.* HCR/GIP/09/08 de 22 de diciembre de 2009.

¹⁰³ ECOSOC Social Committee, UN Doc. E/AC.7SR.172 (1950), paras. 18-23; ECOSOC Social Committee, UN Doc. E/AC.7/SR.173 (1950), para. 5; también Hathaway, Status, p. 149. Citado en: *Andreas Zimmerman. The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol... Óp. cit., p. 400.* “[...] se declaró, sin encontrar ningún tipo de objeción de los otros representantes, que no solo los diplomáticos que hayan caído en la desgracia de un gobierno o miembros de un partido político que haya sido declarado ilegal, sino también ‘individuos que huyan de revoluciones’ deberían caer dentro de la categoría de la opinión política. Esto demuestra que no solo los miembros de una pequeña élite política, sino que también los miembros del público en general podrían estar cubiertos por la alternativa de la ‘opinión política’ del Art. 1 A, párrafo 2”. Traducción libre.

un país dé refugio a un nacional de otro Estado por razones de actividades políticas de una persona. Sin embargo, la existencia de estos instrumentos no cambia o disminuye la posibilidad de que cualquier persona se acoja a la definición de la Convención de 1951.

Dentro de la persecución por opinión política, se ha determinado la existencia de dos posibilidades: aquella que es expresada y la que es imputada. El Manual de Procedimientos del ACNUR considera que:

La definición se refiere a la persecución “por motivos de opiniones políticas”, pero tal vez no sea posible en todos los casos establecer un nexo causal entre la opinión expresada y las consecuencias que sufre o teme el solicitante. Sólo raras veces se han basado expresamente tales consecuencias en la manifestación de “opiniones”. Más a menudo, esas consecuencias se presentan en forma de sanciones por presuntos actos delictivos contra el poder establecido [...].¹⁰⁴

El Manual de Procedimientos del ACNUR también menciona que una persona pueda no haber expresado sus opiniones de ninguna manera, pero que el tenerla le ponga en una situación de peligro por lo mismo, y que eventualmente será expresada.¹⁰⁵ Esto se conoce como “opinión política imputada” y ha tenido un espacio importante en relación a las solicitudes de refugio por parte de ciudadanos colombianos. El ACNUR ha determinado que una persona puede ser perseguida por parte de los grupos armados en tanto que su colaboración (voluntaria o forzada) con otros grupos es visto como una demostración de estar de acuerdo con el segundo grupo y por ende ser perseguido por el primer grupo.¹⁰⁶

El momento de expresar la opinión política no debe tener importancia:

If the central issue of risk of relevant harm for a Convention reason is kept in focus, then it will be seen that there is no rational basis for distinguishing between an individual whose opinions and activities in the country of refuge represent a continuation of opinions and activities begun in the country of origin, and one whose political engagement only begins when he or she has left their homeland.¹⁰⁷

¹⁰⁴ 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*. Ginebra: 1992, párr. 81.

¹⁰⁵ *Id.*, párr. 82.

¹⁰⁶ ACNUR. *Directrices de Elegibilidad del ACNUR para la Evaluación de las Necesidades de Protección Internacional de los Solicitantes de Asilo de Colombia*. HCR/EG/COL/10/2. 27 de mayo de 2010.

¹⁰⁷ Guy S. Goodwin-Gill. *The Refugee in International Law... Óp. cit.*, p. 89. “La cuestión central del riesgo de daño relevante por una razón de la Convención se mantiene enfocada, entonces se verá que no hay una base racional para distinguir entre un individuo que sus opiniones y actividades en el país de refugio representan una continuación de opiniones y actividades comenzadas en el país de origen, y uno que su actividad política solo comience cuando él o ella haya dejado su patria”. Traducción libre.

De esta manera, un solicitante de refugio que basa su solicitud de reconocimiento en la categoría de la opinión política no debe necesariamente probar que haya realizado actos políticos en su país de origen que expresen dicha opinión, y con respecto a la opinión política imputada, tampoco deberá probar que posea en efecto la opinión que le está siendo imputada: en el primero de los casos debe demostrar que el expresarla lo pondrá en un alto nivel de riesgo, mientras que en la segunda debe demostrar que al serle imputada dicha opinión, puede sufrir de persecución.

1.3.3.5 Religión.

El último motivo por el cual la Convención de 1951 contempla que puede existir persecución es la religión. El Manual de Procedimientos del ACNUR se refiere a este motivo de la siguiente manera:

La persecución por “motivos de religión” puede adoptar diversas formas, por ejemplo, la prohibición de pertenecer a una comunidad religiosa, del culto en privado o en público, de la instrucción religiosa, o bien graves medidas de discriminación impuestas a las personas debido a la práctica de su religión o por pertenecer a una determinada comunidad religiosa.¹⁰⁸

La cuestión de la religión tiene dos ámbitos: primero, que cada persona tiene derecho a poseer sus creencias, ya sean teístas o ateas sin interferencia alguna por parte de las autoridades ni por parte de los otros ciudadanos en su contexto, mientras que un segundo ámbito se determina por la capacidad de la persona de expresar sus creencias y vivir de acuerdo con las mismas.¹⁰⁹

En un evento en el cual se vulneren esos espacios—también llamados *forum internum* y *forum externum*—puede suscitarse una situación de refugio por la vulneración de su derecho humano reconocido no solo en los ámbitos nacionales sino también en varios instrumentos internacionales.¹¹⁰

Las “Directrices de Protección Internacional: Solicitudes basadas en la Religión de acuerdo con el Artículo 1A (2) de la Convención de 1951 y/o el Protocolo de 1967 con respecto al Estatus de los Refugiados” del ACNUR establecen que las solicitudes que se

¹⁰⁸ 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*. Ginebra: 1992, párr. 72.

¹⁰⁹ James Hathaway. *The Law of Refugee Status...* *Óp.cit.*, p. 145-146.

¹¹⁰ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1976). Artículo. 18; Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), Artículo 13.

basan en la religión pueden tener relación con la religión como creencia (que incluye la no creencia), la religión como identidad y finalmente, la religión como modo de vida.¹¹¹

Por último, cabe recalcar que no toda limitación al libre ejercicio de la religión—en cualquiera de sus expresiones—puede ser considerada como persecución. El Artículo 18 (3) del PIDCP establece que se puede limitar este derecho pero que: “[...] estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás.”¹¹²

Cualquiera de las anteriores categorías descritas en la definición de la Convención puede ser alegada por los solicitantes de reconocimiento de su estatus de refugiado. Dichas categorías son taxativas, pero no son excluyentes entre ellas. Puede existir, como se vio con el motivo de raza y nacionalidad, una concurrencia de dos o más categorías.

1.3.4 El principio de *non-refoulement*, la exclusión, la cesación y la cancelación

La Convención de 1951 también contempla la posibilidad de que el reconocimiento del estatuto de refugiado sea negado a una persona por circunstancias *prima facie*, o que haya sido reconocido sin realmente haber configurado los elementos de la definición contenida en el Art.1 A (2) o que las circunstancias de la persecución y el temor fundado hayan desaparecido y que por ende, la persona ya no se encuentre en necesidad de protección internacional. En el primer caso, la Convención de 1951 prescribe la exclusión, en el segundo caso se considera la cancelación del estatuto de refugiado y finalmente, la tercera situación da paso a la cesación.

La posibilidad de que un Estado se refiera a estas cláusulas para negar el reconocimiento del estatuto de refugiado a una persona está ligado de manera muy cercana al principio de no devolución o *non-refoulement* el cual está establecido en el Artículo 33 de la Convención de 1951:

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

¹¹¹ ACNUR. *Guidelines on International Protection: Religion-Based Refugee Claims under Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*. HCR/GIP/04/06 28 de abril de 2004, p. 3.

¹¹²Pacto de Derechos Civiles y Políticos (1976), Artículo 18 (3).

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.¹¹³

Es importante reconocer que la prohibición de expulsión opera aunque no haya existido un reconocimiento formal de la condición de refugiado por el Estado: es decir, una persona que no posea la visa de refugio, pero que de cualquier manera es refugiada no puede ser devuelta a su país de origen ya que se estaría incumpliendo con lo expresado en el Artículo 33 de la Convención.

El Comité Ejecutivo del ACNUR ilustra el punto previamente expuesto:

[La obligación de no devolución] Se ha convertido en una norma del derecho consuetudinario internacional con carácter obligatorio para todos los Estados. Además, el derecho internacional de derechos humanos ha establecido la no devolución como un componente fundamental de la prohibición absoluta de la tortura y los tratos o las penas crueles, inhumanas o degradantes. También se reconoce que la obligación de no devolución afecta a los refugiados independientemente de su reconocimiento oficial y, por lo tanto, incluye a los solicitantes de asilo cuya situación todavía no se haya determinado.¹¹⁴

En el mismo documento citado, el ACNUR establece que, aunque las preocupaciones de los Estados puedan ser legítimas en casos de afluencia masiva de personas, nunca se puede excusar la devolución de los refugiados o el impedir que ingresen al territorio. De la misma manera, en casos individuales, las políticas migratorias dispuestas para evitar la migración irregular pueden afectar indistintamente a todas las personas que busquen entrar al territorio de un Estado, sin importar si son refugiados o no, y usualmente sin una oportunidad para que exista la determinación de la condición de refugiado durante el tiempo de detención o de estadía irregular.¹¹⁵

El principio de no devolución se encuentra también en otros instrumentos internacionales de derechos humanos, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH en adelante), en su Artículo 22, numeral 8, el Artículo 3 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles (CAT en adelante, por sus

¹¹³Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (1951). Artículo 33.

¹¹⁴ ACNUR. Comité Ejecutivo del programa del Alto Comisionado 52º período de sesiones. *Nota sobre protección Internacional*. A/AC.96/951 13 de septiembre de 2001.

¹¹⁵*Ibíd.*

siglas en inglés), Inhumanos o Degradantes y el Artículo 3 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades de la Unión Europea. El criterio de que el principio de no devolución es norma del derecho internacional consuetudinario ha sido expuesto en 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” del ACNUR en la cual no solo se considera que es norma de derecho internacional consuetudinario de acuerdo con el Artículo 38, literal b, numeral 1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, sino también por ser parte fundamental de la prohibición a la tortura, prohibición que ya ha alcanzado el estatus de norma de *ius cogens*.¹¹⁶

Lo propuesto por ACNUR es la visión más aceptada, aunque tenga sus detractores. Hathaway responde al principio de no devolución como norma de derecho internacional consuetudinario aplicable de manera general para evitar cualquier caso en el cual se esté poniendo en riesgo la vida, libertad o integridad física (incluyendo a los malos tratos y tortura) de la siguiente manera:

The obligation is simply to do something which provides a meaningful response to the humanitarian needs of the victims of serious disruptions of public order. We have not yet reached a point, though, of assimilating such persons to Convention refugees for the purpose of stipulating a duty to avert return in all cases.¹¹⁷

Sin embargo, el principio de no devolución, como norma de derecho consuetudinario se ha repetidamente establecido tanto por el uso generalizado como la *opinio juris* necesaria. Sobre la posibilidad de que haya pasado o pase eventualmente a ser norma de *ius cogens*, la “Declaración y Plan de Acción de México Para Fortalecer la Protección Internacional de los Refugiados en América Latina”—en la cual participó el Ecuador—reconoce el principio de no devolución en el nivel de norma de *ius cogens*.¹¹⁸ A pesar de que la Declaración y Plan Acción de México no son vinculantes, es importante notar que en la región existe una intención de elevar al principio a norma de *ius cogens*.

¹¹⁶ACNUR. *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*. 26 de enero de 2007.

¹¹⁷ James Hathaway. *The Law of Refugee Status... Óp.cit.*, p. 26-27. “The obligation is simply to do something which provides a meaningful response to the humanitarian needs of the victims of serious disruptions of public order We have not yet reached a point, though, of assimilating such persons to Convention refugees for the purpose of stipulating a duty to avert return in all cases”. Traducción libre.

¹¹⁸ Declaración y Plan de Acción de México Para Fortalecer la Protección Internacional de los Refugiados en América Latina. (2004).

El primer punto para poder interpretar el principio de no devolución o *non refoulement* es justamente el hecho de que se debe tomar en cuenta el original el francés para comprender exactamente hasta qué punto opera la “no devolución”:

The term *non-refoulement* derives from the French *refouler*, which means to drive back or repel, as of an enemy who fails to breach one’s defences. In the context of immigration control in continental Europe, *refoulement* is a term of art covering, in particular, summary reconduction to the frontier of those discovered without valid papers. *Refoulement* is thus to be distinguished from expulsion or deportation, the normal process whereby a lawfully resident alien may be required to leave a State, or be forcibly removed.¹¹⁹

De esta manera, una persona no solo que no puede ser deportada o expulsada, sino que también se debe permitir el ingreso de la misma al territorio y la determinación de su vuelta al país del cual vino debe ser guiada por el principio de no devolución.

Con respecto a la aplicación personal y territorial del principio de no devolución existen varias situaciones a tomarse en cuenta. La cuestión territorial es clara en cuanto que si una persona se encuentra en el territorio del Estado no puede ser devuelto al país o territorio en el cual su vida se encuentra en peligro. Sin embargo, el principio de no devolución tiene una aplicación extraterritorial también: si una persona está bajo la protección y autoridad de un Estado debe también respetarse el principio.¹²⁰ Con relación a la aplicación a la persona, existe la obligación de—como ya se observó previamente—no limitar la aplicación de este principio a una persona que haya sido reconocida formalmente como refugiado sino que también se aplica a los solicitantes de asilo y a las personas que se encuentran dentro del procedimiento de reconocimiento hasta que no exista una decisión final.¹²¹ Los individuos no protegidos por el principio de no devolución son aquellos que, se ha determinado que no existen los elementos de la definición de la Convención de 1951 (con respecto misma, el poder seguir aplicando el principio de no devolución en concordancia con otros tratados internacionales como la CAT), las personas a las cuales se

¹¹⁹ Guy S. Goodwin-Gill. *The Refugee in International law...Óp. cit.*, p. 201. “El término *non-refoulement* deriva del Francés *refouler*, que significa el ahuyentar o repeler, como a un enemigo que fracasa en penetrar las defensas de uno. En el contexto del control de la migración en la Europa continental, el *refoulement* es un término de arte que cubre, en particular, la reconducción sumaria a la frontera de aquellos encontrados sin papeles válidos. Por lo tanto, el *refoulement* debe ser distinguido de la expulsión o la deportación, el proceso normal por el cual a un extranjero con residencia regular se le pide que salga de un Estado, o en el cual sea desplazado por la fuerza”. Traducción libre.

¹²⁰Andreas Zimmerman. *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol...Óp. cit.*,p. 1362.

¹²¹*Id.*, p. 1370.

haya cesado, cancelado o revocado su estatuto de refugiado y las personas que caen bajo una cláusula de exclusión.

1.3.4.1 Exclusión.

La exclusión se aplica a las personas que no puedan acogerse a la protección internacional que asegura el reconocimiento de la condición de refugiado debido a haber participado en hechos de naturaleza muy grave. El Artículo 1 (F) de la Convención prescribe de manera taxativa que:

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

a) Que ha cometido un delito contra la paz, un delito de guerra o un delito contra la humanidad, de los definidos en los instrumentos internacionales elaborados para adoptar disposiciones respecto de tales delitos;

b) Que ha cometido un grave delito común, fuera del país de refugio, antes de ser admitida en él como refugiada;

c) Que se ha hecho culpable de actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas.¹²²

Cada una de estas razones para excluir a una persona que podría ser elegible para el reconocimiento de su estatus de refugiado está relacionada con actos o circunstancias individuales. El ACNUR ha mencionado que la existencia de las cláusulas de exclusión:

[...] se fundamenta en que ciertos actos son tan graves que vuelven a sus autores indignos de recibir protección internacional como refugiados. El propósito primario de estas cláusulas es privar a los culpables de atrocidades y delitos comunes graves de la protección internacional normalmente brindada a los refugiados. Con ello se impediría que tales personas abusen de la institución del asilo para evitar la rendición de sus cuentas ante la justicia.¹²³

La primera situación que amerita la exclusión está determinada en el Artículo 1 F (a), y conlleva el hecho de haber cometido delitos contra la paz, delitos de guerra y/o delitos contra la humanidad. La definición de estos crímenes ha tenido un largo desarrollo histórico desde la Segunda Guerra Mundial con el Estatuto del Tribunal Militar de Núremberg. Sin embargo, las definiciones más contemporáneas se encuentran en el Estatuto de la Corte Penal Internacional (Estatuto de Roma).¹²⁴ En general se debe tomar en

¹²² Convención sobre el Estatuto de los Refugiados. (1951), Artículo 1(F).

¹²³ ACNUR. *Directrices sobre Protección Internacional. La aplicación de las cláusulas de exclusión: El Artículo 1F de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados*. HCR/GIP/03/05. 4 de septiembre de 2003, párr. 2.

¹²⁴ Estatuto del Tribunal Internacional para la Ex Yugoslavia. Resolución 837 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. (1993).

cuenta que el nivel de responsabilidad que amerita la exclusión por estos crímenes no es total. El mero hecho de pertenecer a una organización que haya cometido dichos delitos no es lo mismo que ser cómplice de los mismos o en el caso de la aquiescencia pasiva.¹²⁵

Con respecto al “grave delito común antes de ser admitido en el país de refugio” la Convención de 1951 no explica el término y esto ha creado un amplio campo de interpretación por parte de los Estados que aplican la misma. Ejemplo de aplicaciones que se han tomado la libertad de interpretación hasta llegar a la confusión es el mismo Ecuador que determina en el Artículo 55 del Decreto Ejecutivo 1182: “La Comisión procederá a la revocatoria del conocimiento de la condición de solicitante de refugio o del reconocimiento de la condición de refugiado/a cuando se determine que la persona refugiada se ha visto inmersa en delitos [...]”.¹²⁶ Esta revocatoria no solo ignora el límite geográfico del Artículo 1 F (b) de la Convención que expresamente dice “cometidos en el país de origen”, ignora el límite temporal, “antes de ser admitida en é como refugiada”, sino que también abre la categoría a cualquier delito, en vez de solamente graves delitos comunes.

De cualquier manera, el ACNUR también recomienda que para que el grave delito común sea una verdadera categoría de exclusión y pueda ser aplicada se deben tomar en cuenta: 1) Un equilibrio entre la naturaleza del delito y la persecución que se tema por el mismo, y, 2) Tener en cuenta todos los factores pertinentes con respecto al delito que se cometió, incluyendo tanto a los atenuantes como a los agravantes.¹²⁷

La última categoría de exclusión se refiere a “actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas”. Dichas finalidades y principios se encuentran prescritos en los Artículos 1 y 2 de la Carta de las Naciones Unidas.¹²⁸ Las interpretaciones sobre esta cláusula de exclusión varían, pero la posición oficial del ACNUR con respecto a esta categoría de exclusión se observa en su Manual de Procedimientos, en el cual se hace referencia a la comisión de actos que también podrían ser considerados como delitos contra la paz, delitos de guerra o contra la humanidad ya que éstos van en contra de los principios

¹²⁵ Guy S. Goodwin-Gill. *The Refugee in International Law...* Óp. cit., p. 168.

¹²⁶ Decreto Ejecutivo 1182. Reglamento para la Aplicación en el Ecuador del Derecho de Refugio. Artículo 55. Registro Oficial 727 del 19 de junio de 2012.

¹²⁷ 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*. Ginebra: 1992, párr. 156, 157..

¹²⁸ Carta de las Naciones Unidas (1945). Artículos 1 y 2.

de las Naciones Unidas y que de cualquier manera, dentro del contexto, estos “actos contrarios” deben también tener una naturaleza delictiva. Además, concluye que para que una persona pueda ser excluida de acuerdo a esta cláusula, “[...] tiene que haber ocupado un puesto de autoridad en un Estado Miembro y haber sido elemento determinante de la infracción por su Estado de estos principios”.¹²⁹

1.3.4.2 Cesación.

Dado que la condición de refugiado ha sido concebida como un estado transitorio y temporal, la Convención de 1951 contempla las razones por las cuales dicha condición ya no existe y ya no se requiere de la protección internacional. La desaparición de las causas por las cuales una persona puede ser considerada como refugiada o la existencia de una voluntariedad de acogerse a la protección de su Estado de origen o residencia habitual se conoce como “cesación”. La cesación se encuentra regulada en el Artículo 1 (C) de la Convención de 1951 y al igual que con la exclusión, este Artículo es taxativo:

C. En los casos que se enumeran a continuación, esta Convención cesará de ser aplicable a toda persona comprendida en las disposiciones de la sección A precedente:

- 1) Si se ha acogido de nuevo, voluntariamente, a la protección del país de su nacionalidad, o
- 2) Si, habiendo perdido su nacionalidad, la ha recobrado voluntariamente; o
- 3) Si ha adquirido una nueva nacionalidad y disfruta de la protección del país de su nueva nacionalidad; o
- 4) Si voluntariamente se ha establecido de nuevo en el país que había abandonado o fuera del cual había permanecido por temor de ser perseguida; o
- 5) Si, por haber desaparecido las circunstancias en virtud de las cuales fue reconocida como refugiada, no puede continuar negándose a acogerse a la protección del país de su nacionalidad. [...]
- 6) Si se trata de una persona que no tiene nacionalidad y, por haber desaparecido las circunstancias en virtud de las cuales fue reconocida como refugiada, está en condiciones de regresar al país donde antes tenía su residencia habitual.¹³⁰

Para el primer numeral, el ACNUR ha señalado que es importante que la persona se haya efectivamente y voluntariamente acogido a la protección de su Estado de origen.¹³¹ De esta manera, el ser obligado a acogerse a la protección de su país mediante la ayuda

¹²⁹ 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*. Ginebra: 1992, párr. 163.

¹³⁰ Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (1951). Artículo 1 (C).

¹³¹ ACNUR. *Las Cláusulas de Cesación: Directrices para su Aplicación*. 26 de abril de 1999, párr. 8..

consular por instrucciones o exigencias de las autoridades del país de asilo (por ejemplo la necesidad de conseguir un pasaporte o papeles de identidad para poder acceder a servicios en el país de asilo) no puede ser considerado como una acogida voluntaria, y tampoco como una verdadera muestra de intención. La siguiente categoría es la readquisición de la nacionalidad de su país de origen o residencia habiéndola perdido previamente. Aquí también se debe hacer un análisis de la voluntariedad y la efectividad pero no necesariamente de la intención:

[...] esta cláusula de cesación no requiere normalmente la evaluación de la intención o el propósito del refugiado. Se considera generalmente que la nacionalidad refleja el vínculo entre el ciudadano y el Estado, y en tanto el refugiado haya recuperado su nacionalidad perdida, la intención de obtener la protección de su gobierno puede presumirse. La recuperación voluntaria de la nacionalidad es una clara indicación que existe una normalización del vínculo entre el refugiado y el gobierno respecto del cual tenía un temor fundado de persecución.¹³²

La siguiente razón, la adquisición de una nueva nacionalidad y el disfrutar de la protección del Estado que ha otorgado la nueva nacionalidad opera de manera similar. Existiendo la protección efectiva por parte de un nuevo Estado, recaería sobre aquel el resguardo de la persona y ya no se requeriría de la protección suplementaria del reconocimiento de la condición de refugiado. Sin embargo, de perderse de la nueva nacionalidad o de configurarse nueva persecución, la persona podría volver a convertirse en un refugiado y buscar protección internacional en otro Estado.¹³³

El restablecimiento en el país de origen por parte del refugiado es la siguiente categoría. Es importante notar aquí que debe existir un verdadero “establecimiento” ya que una visita temporal o con fines diferentes no se puede considerar como la configuración de los elementos necesarios. Como lo ha determinado el ACNUR: “La duración de la permanencia, sin embargo, es sólo uno de los factores para determinar si la persona se ha ‘establecido’. Otro indicador es el sentido de ‘compromiso’ que el refugiado tiene respecto a la permanencia en el país de origen”.¹³⁴

Las dos siguientes razones están relacionadas con una desaparición de las circunstancias: en el primer caso, el en apartado (5) del Artículo, se refiere la desaparición de circunstancias de refugiados con nacionalidad, mientras que el apartado (6) se refiere a

¹³²ACNUR. *Las Cláusulas de Cesación: Directrices para su Aplicación*. 26 de abril de 1999, parr 5.

¹³³*Ibid.*

¹³⁴*Id.*, párr. 21.

apátridas. En los dos casos, se asume que las razones por las cuales se configuró la condición de refugiado han desaparecido o cambiado y por lo tanto la persona “[...] no puede continuar negándose a acogerse a la protección del país de su nacionalidad”. El Ecuador en su Decreto Ejecutivo 1182 ha añadido una cláusula de cesación más que no tiene sustento en la Convención de 1951 que determina que: “Asimismo, cesará la condición de refugiado si la persona hubiese retornado a su país de origen, sin la autorización escrita de la autoridad competente”.¹³⁵

1.3.4.3 Cancelación.

La cancelación de la condición de refugiado presupone que se haya dado el reconocimiento a una persona no digna de haberlo recibido y que dicho reconocimiento deba ser retirado. En palabras del ACNUR:

Cancelación: La decisión de invalidar el reconocimiento de un estatuto de refugiado que no debería haberse otorgado jamás. La cancelación afecta a determinaciones firmes, esto es, contra las cuales no proceden apelaciones o revisiones de ninguna clase. Tiene el efecto de cancelar el estatuto de refugiado y declararlo inválido desde la fecha de la determinación inicial (*ab initio* o *ex tunc*—desde el inicio o desde ese momento).¹³⁶

Con respecto a la cancelación el Decreto Ejecutivo 1182 utiliza el término “extinción” para la misma y añade la noción de la “legitimidad” de la solicitud que se estaría revisando:

Art. 54.- La Comisión procederá a la extinción de oficio, por razones de legitimidad, de la condición de refugiado/a cuando se determine, con posterioridad a la resolución por la cual se otorgó el Estatuto, que tal decisión carece de fundamento, bien porque la persona solicitante no satisfacía los criterios de inclusión y su reconocimiento se produjo por una representación inexacta o forjada de los hechos, o bien porque de haberse conocido aquellos hechos se hubiera aplicado una de las cláusulas de exclusión a las que se refiere el Artículo 10 de este Reglamento, en el momento de la resolución [...].¹³⁷

El hecho de que la cancelación esté malinterpretada en el Decreto Ejecutivo 1182 no solo se desapega de lo determinado en la Convención de 1951, sino que, en la práctica,

¹³⁵ Decreto Ejecutivo 1182. Reglamento para la Aplicación en el Ecuador del Derecho de Refugio. Artículo. 52 (6). Registro Oficial 727 del 19 de junio de 2012.

¹³⁶ ACNUR. *Nota sobre la Cancelación del Estatuto de refugiado*. 22 de noviembre de 2004, párr. 1 (i). *Vid.* ACNUR *Manual de procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado*, 1979, reeditado enero de 1992 (citado en adelante como “Manual del ACNUR”), párr. 117. *Vid.* S. Kapferer, *Cancellation of Refugee Status*, UNHCR Legal and Protection Policy Research. Departamento de protección internacional, PPLA/2003/02, marzo de 2003.

¹³⁷ Decreto Ejecutivo 1182. Reglamento para la Aplicación en el Ecuador del Derecho de Refugio. Artículo 54. Registro Oficial 727 del 19 de junio de 2012.

vulnera normas de derecho internacional público que existen para la protección de los refugiados, las cuales no debe ser arbitrarias y deben ceñirse al marco existente.

1.4 La Declaración de Cartagena de Indias de 1984

Si bien la Convención de 1951 y su Protocolo de 1967 son los instrumentos base con respecto a la protección internacional para los refugiados, ciertas regiones han respondido mediante otros instrumentos para solucionar las crisis de refugiados específicas que se han dado desde la firma y ratificación de la misma.

Un ejemplo de esto es la Declaración de Cartagena de Indias que surgió del “Coloquio Sobre la Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá: Problemas Jurídicos y Humanitarios” llevado a cabo en 1984. Dicha Declaración respondía a la problemática histórica del momento en el cual existían graves desplazamientos de personas por el ambiente de inestabilidad política en la región.

Debido a su naturaleza—realizada en un Coloquio—y como mera Declaración, no es un instrumento jurídico vinculante. A pesar de esto ha tenido un gran impacto en la práctica sobre refugio de los países de América Latina. Esto es debido mayoritariamente a que en su texto se amplía la definición de refugiado a 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.¹³⁸

Los elementos que se deben tomar en cuenta para el análisis son los siguientes: 1) elemento de huida, 2) amenaza a la vida, seguridad o libertad y, 3) razones por las cuales están siendo amenazados. A continuación se revisará brevemente cada uno de estos.

Con respecto a la huida, se puede entender de la misma manera en la que se concibe el elemento de “haber salido de su país de origen” de la Convención de 1951. Mientras que la persona se encuentre dentro del territorio de su Estado de residencia u origen, sigue dentro de su jurisdicción y no puede solicitar ni recibir la protección internacional que conlleva el reconocimiento de refugiado.

Los derechos que deben ser vulnerados se revisaron en la Conferencia Internacional Sobre Refugiados Centroamericanos (CIFERCA) que se reunió en 1989 y emitió el

¹³⁸Declaración de Cartagena de Indias (1984). Conclusión 3.

documento: “Principios y Criterios para la Protección y Asistencia para los Refugiados, Repatriados y Desplazados Centroamericanos en América Latina” en el cual se determina que:

27. La Declaración de Cartagena toma como punto de partida de la definición de refugiado la necesidad del individuo de recibir protección internacional y, en particular, la necesidad de proteger su integridad física. Por lo tanto, los derechos protegidos son el derecho a la vida, a la seguridad y libertad incluyendo el derecho a no ser sujeto a detención a arresto arbitrario o a la tortura, según el Derecho Internacional. La primera de las dos características de la definición ampliada contenida en la Declaración de Cartagena se cumple, por consiguiente, cuando en un momento determinado existe una amenaza a alguno de estos derechos.¹³⁹

Con respecto a los criterios de las razones por las cuales estos derechos deben estar amenazados, la CIFERCA determina que los términos de: violencia generalizada, agresión externa, conflictos internos y otras circunstancias que perturben seriamente el orden público deben ser tomadas en cuenta con respecto al Derecho Internacional Humanitario, a saber: las Convenciones de Ginebra, su Artículo 3 común y los dos primeros Protocolos Adicionales¹⁴⁰ y más recientemente el Artículo 8 *bis* del Estatuto de la Corte Penal Internacional con respecto a la agresión externa. Con respecto a: “[...] otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público [...]” se señala que: “[...] deben ser resultado de actos del hombre y no de desastres naturales.”¹⁴¹

El mismo documento se refiere a las “violaciones masivas de derechos humanos” de la siguiente manera:

Se considera cumplido este elemento cuando se producen violaciones en gran escala que afectan los derechos humanos y libertades fundamentales consagradas en la Declaración Universal de Derechos Humanos y otros instrumentos relevantes. En particular, pueden considerarse como violaciones masivas de Derechos Humanos, la

¹³⁹ Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), Artículos 3 y 9; Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre (1948), Artículos I y XXV; Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos (1976), Artículos 6, 9, 10 y 11; Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), Artículos 4 y 7. Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 1986-87, p. 304; Convención Americana de Derechos Humanos (1969), Artículo 5. Citados en: Conferencia Internacional Sobre Refugiados Centroamericanos (CIFERCA). *Principios y Criterios para la Protección y Asistencia para los Refugiados, Repatriados y Desplazados Centroamericanos en América Latina*. CIREFCA 89/9, p. 9.

¹⁴⁰ Conferencia Internacional Sobre Refugiados Centroamericanos (CIFERCA). *Principios y Criterios para la Protección y Asistencia para los Refugiados, Repatriados y Desplazados Centroamericanos en América Latina*. CIREFCA 89/9, p. 10.

¹⁴¹ *Id.*, p. 11.

negación de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales en una forma grave y sistemática, así como aquellas que son objeto de la Resolución 1503.¹⁴²

El Ecuador, después de haber reconocido a la definición contenida en la Declaración de Cartagena como instrumento válido en los Decretos Ejecutivos que regulaban el refugio, decidió en el 2012 en el Decreto Ejecutivo 1182 eliminarla y no referirse a la Declaración ni siquiera dentro de los considerandos. En el 2014 la Corte Constitucional del Ecuador en la Sentencia No. 022-14-SIN-CC consideró que la Declaración de Cartagena a pesar de ser un “instrumento auxiliar” no tiene carácter vinculante, pero que a pesar de esto, es “innegable” que la ampliación del concepto fortalece la protección asistencia de las personas refugiadas y que:

Tal situación analizada a la luz del texto constitucional se relaciona efectivamente con el Artículo 11 numeral 3 de la Constitución, que establece la aplicación directa de los derechos y garantías establecidos en instrumentos internacionales de derechos humanos, en concordancia con el Artículo 436 de la Norma Fundamental, que consagra la aplicación directa de las normas previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución.¹⁴³

La Corte Constitucional continúa su análisis basándose en el principio *pro persona* y decide incluir en el Decreto Ejecutivo 1182 la definición ampliada, “[...]en concordancia con el sistema garantista ecuatoriano”.¹⁴⁴

Este análisis de la Corte, a pesar de concluir en la inclusión de la definición ampliada no es totalmente correcto. Una de las grandes críticas que se sostienen con respecto a la aplicación de la Declaración de Cartagena por parte de los países latinoamericanos es justamente este carácter “residual” que se le ha otorgado:

The main findings of this study regarding state practice and the development of the regional refugee definition in Latin American countries are overwhelmingly negative. Generally speaking, the national systems are poorly regulated and developed. Although the regional refugee definition formally exists in law, it is seldom applied. Officers generally consider asylum requests on what is deemed the ‘principal bracket’ or ‘primary fragment or clause’ of the national refugee definition, which is the definition of the 1951 Convention. The statement of one practitioner is illustrative, ‘There is no hierarchy between the two variants included in the law; it would be a mistake to consider one over

¹⁴² Cooperación Internacional para Prevenir Nuevos Flujos de Refugiados, Nota del Secretario General de la ONU, doc. ONU A/41/324, párrafo 35. Resolución ECOSOC 1503 (XLVIII), la cual establece un procedimiento especial para instancias que revelan una constante violación de Derechos Humanos y libertades fundamentales en forma grave y sistemática. Citados en: Conferencia Internacional Sobre Refugiados Centroamericanos (CIFERCA). *Principios y Criterios para la Protección y Asistencia para los Refugiados, Repatriados y Desplazados Centroamericanos en América Latina*. CIREFCA 89/9, p. 12.

¹⁴³ Corte Constitucional. *Sentencia No. 002-14-SIN-CC*. n/d, p. 51.

¹⁴⁴ *Id.*, p. 52.

the other. However, we do haul custom into the equation and probably give greater weight to the definition based on the Convention'.¹⁴⁵

La Corte Constitucional al realizar su análisis cae en la misma confusión al señalar la complementariedad de la definición de Cartagena con respecto a la de la Convención de 1951. El resultado de subsumir a Cartagena a la primera definición es que al presentarse una solicitud, los elementos que se buscan son, en primera instancia, los de la Convención y luego los de Cartagena, y no se realiza un análisis que permita determinar que un refugiado lo es solo por la configuración de los elementos de Cartagena. De esta manera, se crean varios problemas: 1. La definición de Cartagena es más amplia que la definición de la Convención de 1951, y al usarse primero la de la Convención, se crea un primer filtro innecesario. 2. Solamente después de haberse pasado ese filtro, los oficiales deciden usar la definición de Cartagena, quitando autoridad e independencia a la definición de la Declaración y, 3. Se corre el riesgo de que al usar las dos, la práctica sea que las solicitudes tengan elementos de las dos definiciones, volviéndose un elemento adicional que se tenga que comprobar y no un proceso de análisis separado.¹⁴⁶

Del análisis de la Corte Constitucional, se puede colegir que la intención de la misma, sobre la correcta interpretación de la definición ampliada con respecto a la definición tradicional, es que sea aplicada de manera suplementaria y no como una definición regional válida por sí misma.

1.5 Conclusiones del Comité Ejecutivo del ACNUR y Jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Como se observó previamente, el derecho de solicitar asilo se encuentra en varios instrumentos de derechos humanos tanto a nivel universal como a nivel regional. El contenido del derecho a solicitar asilo, la definición de refugiado o la protección que esto conlleva no se ha quedado estático desde 1951. Varios órganos especializados como el

¹⁴⁵ Entrevista con autoridades de la Conare, Buenos Aires, Argentina, 17 Mayo 2012 citado en: .Reed-Hurtado, Michael. *The Cartagena Declaration of Refugees and the protection of People Fleeing Armed Conflict and Other Situations of Violence in Latin America*. ACNUR-Division of International protection, Junio, 2013, p. 19. 62. "Similar statements were recorded in interviews with officials in Brazil and Mexico. A pesar de que la definición regional de refugiado existe formalmente en la ley, casi nunca se aplica. Los oficiales usualmente consideran las solicitudes en lo que se considera el "soporte principal" o "cláusula o fragmento primordial" de la definición nacional de refugiado, la cual es la definición de la Convención de 1951. La declaración de un practicante es ilustrativa, 'No hay una jerarquía entre las dos variantes incluidas en la ley; sería un error el considerar a una sobre la otra. Sin embargo, si acarreamos a la costumbre en la ecuación y probablemente damos más peso a la definición basada en la Convención'". Traducción libre.

¹⁴⁶*Id.*, p. 21.

Comité Ejecutivo del ACNUR (EXCOM en adelante) o la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH en adelante) han discutido sobre el contenido, interpretación y aplicación del derecho a solicitar refugio.

Las conclusiones del EXCOM no son instrumentos vinculantes, pero sí tienen una fuerza de *soft law*:

Representan el conocimiento internacional experto en las cuestiones relacionadas como refugiados, y se pueden tomar como expresiones de las opiniones de la comunidad internacional, puesto que la participación en las reuniones del EXCOM no se limita a, y generalmente sobrepasa, el número de sus Estados miembros. Como ya se comentó, el conocimiento experto del Comité y el hecho de que sus decisiones se tomen por consenso, confieren peso a sus Conclusiones.¹⁴⁷

Desde su creación, el EXCOM ha emitido varias Conclusiones y su fuerza se puede demostrar por ejemplo en el caso de la Conclusión No. 30 sobre las solicitudes fraudulentas y los procedimientos acelerados de determinación de la condición de refugiado que ha sido recogido por la legislación en materia de refugio en el Ecuador.

Otros órganos del sistema de Naciones Unidas también han emitido decisiones y observaciones generales pertinentes al tema de refugio. El Comité de los Derechos Humanos ha emitido las Observaciones Generales 15 y 17 sobre La Situación de los Extranjeros con Respecto al Pacto y sobre Los Derechos del Niño, respectivamente.¹⁴⁸

Con respecto al sistema interamericano de derechos humanos, tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH en adelante) como la Corte IDH han tratado peticiones y casos, además de la emisión de varias Opiniones Consultivas por parte de la Corte IDH sobre el tema de refugio.

Dentro de sus funciones la CIDH se ha pronunciado varias veces sobre temas de asilo. Haciendo uso de su posibilidad de pedir medidas cautelares a los Estados, las ha pedido con respecto al caso de un ciudadano de Sri Lanka en 1997 que iba a ser deportado desde

¹⁴⁷Consejo Internacional para la Política sobre los Derechos Humanos. *Nuevas Normas de Derechos Humanos: Aprendiendo de la Experiencia*, 2006, p. 59.

¹⁴⁸Vid. Comité de los Derechos Humanos. *Observación General No. 15, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto*, 27º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7, párr. 159 (1986), y Comité de los Derechos Humanos. *Observación General No. 17, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos*, Artículo 24 - Derechos del niño, 35º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 (1989), párr. 169.

Canadá a su país de origen a pesar de ser refugiado reconocido,¹⁴⁹ la situación de la práctica de Estados Unidos de detener barcos con ciudadanos haitianos para detenerlos y devolverlos a su país de origen sin la posibilidad de solicitar refugio que resultó en una petición presentada frente a la CIDH sobre la cual se emitió un informe,¹⁵⁰ la no expulsión y el ejercicio efectivo del derecho a la educación de las niñas dominicanas (a las cuales les fue negada la nacionalidad) Yean y Bósica. Esta última situación pasó hasta la Corte IDH la cual emitió una sentencia condenando las acciones de República Dominicana con respecto a los derechos de las niñas.

De las peticiones individuales presentadas frente a la CIDH, además de las ya mencionadas, cabe recalcar el Informe No. 5-87 sobre la situación de 77 refugiados de El Salvador que fueron atacados por el ejército hondureño, el Informe No. 27-91 con respecto a la detención y desaparición forzada de German Ventura Hernández, un refugiado guatemalteco en México, el Informe No. 136-11 sobre el caso de la familia Pacheco Tineo que pasó luego a ser el primer caso sobre refugio que la Corte IDH trató.

Finalmente, en varias ocasiones la CIDH ha atendido solicitudes sobre el tema de refugio en varios países. De éstas, las más pertinentes han sido tres audiencias otorgadas a organizaciones ecuatorianas. En el 2012 la CIDH escuchó a la Universidad San Francisco de Quito sobre “La Situación de los Solicitantes de Refugio y Refugiados en el Ecuador”, el 31 de octubre de 2013 sobre la “Situación de los Derechos Humanos de los Refugiados en las Américas”, a Asylum Access y otras organizaciones y el 27 de octubre de 2014 se dio la audiencia solicitada por Asylum Access Ecuador, Sin Fronteras (México) y USCRI (U.S Committee for Refugees and Immigrants) entre otras organizaciones sobre “La Situación de los Derechos Humanos de las Personas Solicitantes de Refugio y Refugiadas en las Américas en el 30avo Aniversario de la Declaración de Cartagena”. En todas estas audiencias, los peticionarios se refirieron a las condiciones de alta vulnerabilidad en las que se encuentran los solicitantes de refugio y refugiados reconocidos en los países mencionados de la región.

Por su lado, la Corte IDH ha emitido cuatro Opiniones Consultivas con respecto al tema de refugio: La Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica

¹⁴⁹Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (1997).

¹⁵⁰ CIDH. Informe No. 51/96[1] *Decisión de la Comisión en cuanto al Mérito del Caso 10.675 Estados Unidos*. [2] 13 de marzo de 1997.

Relacionada con la Naturalización (Opinión Consultiva OC-4 del 19 de enero de 1984), La Condición Jurídica y Derechos de los Inmigrantes Indocumentados (Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003), El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal (Opinión Consultiva OC-16/99 del 1ero de octubre de 1999), La Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño (Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002) y finalmente Los Derechos y Garantías de Niñas y Niños en el Contexto de la Migración y/o en Necesidad de Protección Internacional (Opinión Consultiva OC-21/14 del 19 de agosto de 2014).

Con respecto a casos contenciosos, la Corte IDH ha tratado de manera tangencial el tema de refugio en algunos casos, por ejemplo el ya mencionado caso de las niñas Yean y Bósico vs. República Dominicana. El primer caso que trata sobre refugio específicamente es Pacheco Tineo vs. Bolivia que con sentencia de 25 de noviembre de 2013. La Corte IDH con respecto al fondo de la sentencia consideró que entre las garantías mínimas del debido proceso en procedimientos de carácter migratorio se debe tomar en cuenta que los migrantes en situación irregular son un grupo en situación de vulnerabilidad y de acuerdo a esto al iniciar acciones contra los mismos, se debe respetar sus derechos humanos¹⁵¹ y que las políticas migratorias de los Estados deben no deben apuntar o centrarse en la detención obligatoria de los migrantes irregulares ya que esto sería arbitrario.¹⁵² De esta manera, la Corte IDH determina que cuando se está dando un procedimiento que pueda resultar en la expulsión deportación de una persona, se deben tomar en cuenta los siguientes elementos:

i) Ser informado expresa y formalmente de los cargos en su contra, si los hubiere, y de los motivos de la expulsión o deportación. Esta notificación debe incluir información sobre sus derechos tales como:

a. La posibilidad de exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión y oponerse a los cargos en su contra;

b. La posibilidad de solicitar y recibir asesoría legal, incluso a través de servicio público gratuito de ser aplicable y, de ser el caso, traducción o interpretación, así como asistencia consular, si correspondiere;

ii) En caso de decisión desfavorable, debe tener derecho a someter su caso a revisión ante la autoridad competente, presentarse o hacerse representar ante ella para tal fin, y

¹⁵¹Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Pacheco Tineo vs. Bolivia*. Sentencia del 25, 2013. Series C No. 272, párr. 129.

¹⁵²*Id.*, párr. 131.

iii) La eventual expulsión solo podrá efectuarse tras una decisión fundamentada conforme a la ley y debidamente notificada.¹⁵³

La Corte IDH reconoce que de acuerdo al Artículo 22.8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH en adelante) que: “[...] en el sistema interamericano está reconocido el derecho de cualquier persona extranjera, y no solamente a los asilados o refugiados, a la no devolución indebida cuando su vida, integridad y/o libertad estén en riesgo de violación, sin importar su estatuto legal o condición migratoria en el país en el que se encuentre.”¹⁵⁴

Con respecto al procedimiento de reconocimiento de la condición de refugiado, la Corte IDH hizo énfasis en el carácter declarativo y no constitutivo del reconocimiento formal por parte de un Estado, ya que, como se ha visto previamente, el refugiado se constituye como tal al momento de la configuración de los elementos de la definición en la Convención de 1951 y que la persona al ser reconocida, conserva el estatuto de refugiado reconocido hasta que se aplique una de las cláusulas de cesación.¹⁵⁵ Además, la Corte IDH reconoce, como lo ha hecho previamente¹⁵⁶ que las garantías del debido proceso se deben respetar en este procedimiento de carácter administrativo.¹⁵⁷

Además, la Corte observó que la determinación de si la familia estaba en riesgo de ser devuelta a Perú era competencia de la CONARE (Comisión Nacional de Refugiados), algo que no sucedió. Además, a pesar de poder aplicarse procedimientos acelerados cuando existan solicitudes manifiestamente infundadas y abusivas:

No obstante, dadas las graves consecuencias que puede tener una determinación errónea para el solicitante, aún en estos procedimientos deben respetarse las mínimas garantías de audiencia, de determinación de ese carácter infundado o abusivo de la

¹⁵³ *Id.*, párr. 133.

¹⁵⁴ “Incluso, según informó el perito Murillo, en países como México, Argentina, Costa Rica y Nicaragua, precisamente para dar contenido normativo al Artículo 22.8, han adoptado normativa interna que consagra protección complementaria a extranjeros que no son refugiados pero que igualmente necesitan protección porque no pueden ser devueltos al país de origen o a un tercer país sin que ello implique un riesgo para su vida o su seguridad por alguno de los motivos protegidos en la Convención Americana. CFR. Declaración pericial rendida por Juan Carlos Murillo ante la Corte Interamericana en la audiencia pública celebrada el 20 de junio de 2012” Citado en: Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Tineo Pacheco v. Bolivia*. Sentencia del 25, 2013. Series C No. 272, párr. 135.

¹⁵⁵ *Id.*, párr. 145-148.

¹⁵⁶ *Vid.*, Corte IDH, *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72.

¹⁵⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Pacheco Tineo v. Bolivia*. Sentencia del 25, 2013. Series C No. 272. párr. 157, 159-160.

solicitud por parte de la autoridad competente y de posibilitar la revisión de la decisión negativa antes de una expulsión.¹⁵⁸

La Corte IDH también realiza un análisis en la Sección VII-3 con respecto a los derechos de los niños de la familia Pacheco Tineo que fueron afectados por las actuaciones de las autoridades bolivianas. Sobre este tema se tratará más adelante en el segundo capítulo.

1.6 Generalidades del procedimiento del reconocimiento de la condición de refugiado en el Ecuador.

Ahora bien, después de haber revisado el marco jurídico y teórico que debe nutrir a los procedimientos de asilo en los países, es importante comprender cómo funciona el procedimiento de reconocimiento de la condición de refugiado en el Ecuador. Como ya se mencionó, el Decreto Ejecutivo 1182 prescribía que una persona debía solicitar refugio dentro de los 15 días de haber llegado al país, plazo que se extendió a tres meses.¹⁵⁹ Las solicitudes presentadas después de ese plazo no son admitidas a trámite. En el evento de no ser admitida a trámite una solicitud, el Art. 33 del Decreto Ejecutivo 1182 determinaba que se tenían 3 días para apelar la decisión de inadmisión. La Corte Constitucional determinó que este plazo no estaba justificado y lo aumentó a 15 días, el período que se tiene de acuerdo al ERJAFE,¹⁶⁰ pero si fue inadmitida por ser considerada “ilegítima”, es decir, porque el solicitante incurrió en ciertos delitos graves en el Ecuador, al solicitante no se le provee de recurso de impugnación alguno.¹⁶¹ Cabe recalcar que la existencia de una

¹⁵⁸ Comité Ejecutivo del Alto Comisionado para los Refugiados de la ONU, El problema de las solicitudes de asilo o de la condición de refugiado manifiestamente infundadas o abusivas, No. 30 (XXXIV) (1983) párr. e. Citado en: Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Tineo Pacheco v. Bolivia*. Sentencia del 25, 2013. Series C No. 272., párr. 172.

¹⁵⁹ Decreto Ejecutivo 1182. Reglamento para la Aplicación en el Ecuador del Derecho de Refugio. Artículo 27. Registro Oficial 727 del 19 de junio de 2012. “Toda solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado/a será presentada dentro de un plazo de 15 días posteriores al ingreso a territorio ecuatoriano, directamente por la persona interesada o por un representante debidamente autorizado ante las siguientes autoridades:

1. Ante el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio e Integración; o,
2. Ante las autoridades competentes del Ministerio del Interior, Policía Nacional o Fuerzas Armadas, en los lugares donde no existan Oficinas del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio e Integración.

En el caso de autoridades de frontera, éstas deberán permitir el ingreso al territorio ecuatoriano de los solicitantes de refugio.

Las solicitudes que no reúnan estos requisitos no serán admitidas”.

¹⁶⁰ Corte Constitucional. *Sentencia No. 002-14-SIN-CC*. n/d. p. 49.

¹⁶¹ Decreto Ejecutivo 1182. Reglamento para la Aplicación en el Ecuador del Derecho de Refugio. Artículo 33. Registro Oficial 727 del 19 de junio de 2012.

categoría de solicitud “ilegítima” es invención del Decreto Ejecutivo 1182, ya que no se contempla esta figura en el derecho internacional de refugio, ni en la Convención de 1951, los instrumentos regionales o en otro tipo de instrumentos de *soft law*.

Si la solicitud es admitida a trámite, la Dirección de Refugio emite un certificado provisional que señala la condición de solicitante de refugio de su portador.¹⁶² A continuación, ya propiamente dentro del procedimiento de elegibilidad, se convoca al solicitante a una o varias entrevistas, en las cuales se recoge la información necesaria para poder determinar la condición de refugiado.¹⁶³ Si después de las entrevistas, la Comisión reconoce el estatus de refugiado, se expide un carné con vigencia de dos años.¹⁶⁴

Sin embargo, si la Comisión decide que la solicitud no configura los elementos necesarios para determinar la condición de refugiado, se produce una resolución negativa motivada.¹⁶⁵ Esta resolución se puede impugnar por vía administrativa en el plazo de quince días.¹⁶⁶

En el caso de que la apelación presentada fuere negada, el Art. 50 del Decreto Ejecutivo 1182 prescribe que dicha negativa puede ser objeto de un Recurso Extraordinario de Revisión, agotándose así los recursos en vía administrativa. Sin embargo, previo a la sentencia por parte de la Corte Constitucional, la presentación de dicho recurso no impedía que el solicitante sea deportado y tampoco le confería el estatus de solicitante,¹⁶⁷ lo cual también le priva de tener un documento que acredite su condición de refugiado o el hecho de que las autoridades no han decidido todavía de manera definitiva sobre su solicitud. Sin embargo, a pesar de haber sido eliminado el segundo inciso del Artículo 50, la Corte no plasmó en la norma el efecto suspensivo del recurso extraordinario de revisión en este caso y tampoco prohibió explícitamente la deportación.

Al finalizar el proceso del Recurso Extraordinario de Revisión en sede administrativa, el afectado puede presentar su caso frente al Tribunal de lo Contencioso Administrativo o

¹⁶²*Id.*, Artículo 34.

¹⁶³*Id.*, Artículo 36.

¹⁶⁴*Id.*, Artículos 45 y 46.

¹⁶⁵*Id.*, Artículo 42.

¹⁶⁶*Id.*, Artículo 48. El texto original del Artículo prescribía la obligación de hacerlo en 5 días, pero por la sentencia de la Corte Constitucional este plazo también fue ajustado a 15 días.

¹⁶⁷*Id.*, Artículos 50 y 51.

una acción de protección de acuerdo a lo consagrado en la Constitución y en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, aunque ninguno de estos recursos le vuelven a otorgar el estatus de solicitante de refugio, por la naturaleza de los mismos.

1.7 Conclusión

El derecho internacional de refugio tuvo su primera aparición como una solución a situaciones aisladas que comenzaron a surgir a comienzos del siglo pasado. La presencia de la Liga de las Naciones hizo posible que se llegase a varios acuerdos específicos entre los países europeos. Sin embargo, al terminarse dichas situaciones, se vio la necesidad de seguir brindando apoyo y protección internacional a personas que, por otros acontecimientos violentos en sus países de origen seguían siendo forzados a huir de los mismos y buscar protección en otros lugares. La Convención de 1951 y su Protocolo de 1967, esta vez, bajo la tutela de la Organización de las Naciones Unidas se convirtieron en las respuestas mundiales para tratar el problema de los refugiados.

La Convención de 1951 propone el marco jurídico bajo el cual los Estados parte de la misma deben regular sus procedimientos de reconocimiento de la condición de refugiado. La definición con todos los elementos vistos a lo largo de este capítulo es la culminación de un ejercicio de reflexión jurídica sobre el tipo de protección y la aplicación del mismo que se debe asegurar a los refugiados. La presencia de temor fundado, persecución y los cinco motivos por los cuales una persona puede solicitar refugio fueron poco explicados a propósito en la Convención de 1951, tomando en cuenta la gran evolución y adaptabilidad que se ha exigido de estos términos.

A partir de la Convención de 1951 y los instrumentos regionales como la Declaración de Cartagena que surgieron después, para extender la protección a otras personas que no podían aludir una persecución individualizada sino un contexto en el cual su vida, libertad o integridad personal se ven amenazadas, la doctrina, la jurisprudencia y órganos tanto del sistema universal como del sistema interamericano se han pronunciado sobre su interpretación y aplicación. Estos aportes son extremadamente relevantes ya que guían a los países en su aplicación de la Convención de 1951 y los otros instrumentos internacionales sobre el tema.

Los países que han ratificado la Convención de 1951, entre ellos el Ecuador, deben ceñirse a lo que se encuentra en la misma. Como se ha podido observar en las páginas precedentes, el Ecuador no ha reconocido esta obligación. Las varias vulneraciones de derechos, cambios a los términos de la Convención de 1951 y el añadir categorías que no se contemplan en la misma no han resultado en una mayor protección sino en un detrimento de la misma que puede brindar el Ecuador a los refugiados que cada día llegan al país. Existe por lo tanto, una necesidad real de revisar la normativa ecuatoriana con respecto al refugio, para asegurar que cumpla con los estándares internacionales y sea verdaderamente efectiva con respecto a la protección.

CAPÍTULO II: EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

2.1 Introducción

El interés superior del niño se encuentra en el Artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 (CDN en adelante). Desde su aparición, se ha convertido en uno de los pilares en los temas de niñez y adolescencia, cambiando la manera en la que se debe tratar a los niños, niñas y adolescentes. El principio exige que tanto el Estado, como la sociedad, la familia y cualquier otro actor que trate temas de niñez, tomen en cuenta el interés superior del niño para sus actuaciones y toma de decisiones que afecten a este sector de la población. Esto también es válido para niños, niñas y adolescentes refugiados, el principio del interés superior del niño debe ser respetado y utilizado en los procedimientos que los afecten, específicamente, en el procedimiento de reconocimiento de la condición de refugiado y en las acciones que se tomen para proteger al niño, niña o adolescente tanto antes como después de haberse llegado a una resolución.

Para comprender exactamente a qué se refiere el interés superior del niño y, consecuentemente en el tercer capítulo dar las guías y estándares básicos que se deben aplicar en el caso de niños, niñas y adolescentes refugiados, en este capítulo se propone una exploración del principio del interés superior del niño. Se debe comenzar con una revisión de la normativa histórica del principio del interés superior del niño, específicamente su primera aparición en la Declaración sobre los Derechos del Niño. Luego, es importante concentrarse en la CDN como primer instrumento legal internacional vinculante que expone el principio del interés superior del niño como lo comprendemos y aplicamos en la actualidad. Para poder comprender esto y su impacto en el trato de la niñez y la adolescencia, se realizará un análisis de cómo la CDN ayudó a conformar el necesario paso de la doctrina de la situación irregular a la doctrina de la protección integral. En una siguiente sección, se tratará el contenido en particular del interés superior del niño, lo cual es de gran importancia para este trabajo. Una vez explorado el principio, se hará un examen de las obligaciones específicas del Estado con respecto a los niños, niñas y adolescentes y los derechos específicos que deben ser garantizados. A continuación, se hará un análisis del principio del interés superior del niño en la normativa nacional, lo cual ayudará a comprender cómo el principio es tratado en el Ecuador y cuál ha sido su aplicación.

Es importante realizar esta revisión del concepto ya que la propuesta de este trabajo es proponer los estándares y guías básicas que el Ecuador está obligado a tomar en cuenta con respecto a los niños, niñas y adolescentes refugiados, basándose en el principio del interés superior del niño. Por lo tanto, una revisión extensa del tema se justifica, haciendo énfasis en los aspectos que afectarían de manera especial al procedimiento administrativo de reconocimiento de la condición de refugiado en el Ecuador.

2.2 Normativa Histórica

El principio del interés superior del niño es un concepto relativamente joven. El primer instrumento legal internacional que lo menciona es la Declaración sobre los Derechos del Niño de 1959 aprobada por la Asamblea General de la ONU en la cual se estableció que:

El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño.¹⁶⁸

Además de mencionar al principio del interés superior del niño y la protección especial que merece, la Declaración sobre los Derechos del Niño estipula en su Preámbulo que la infancia es sujeto de derechos.¹⁶⁹ Esto representa un avance debido a que previo a dicho instrumento, y como se verá más adelante, los niños no eran considerados como sujeto de derecho, sino como objetos de derecho: no tenían derechos fundamentales propios, el rol del Estado y la sociedad era la mera protección y no el garantizar que los niños, niñas y adolescentes puedan gozar efectivamente de sus derechos.

Debido a estar recogido en una declaración y no en una convención o tratado, el principio del interés superior del niño y las otras estipulaciones de la Declaración sobre los Derechos del Niño de 1959 no eran vinculantes. A pesar de esto, se debe reconocer la importancia de la Declaración como predecesor de la CDN de 1989 y como primer instrumento internacional que comienza a reflejar la necesidad del cambio en el trato a los niños, niñas y adolescentes.

¹⁶⁸ Declaración sobre los Derechos del Niño (1959).

¹⁶⁹ Farith Simon Campaña. *Derechos de la niñez y adolescencia: de la Convención sobre los Derechos del Niño a las Legislaciones Integrales*. Quito: Editorial Cevallos, 2008 p. 44.

El siguiente instrumento internacional que menciona al principio del interés superior del niño es la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW por sus siglas en inglés). En su Artículo 5 (b) prescribe que dentro del marco de la educación familiar: “[...]en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos.”¹⁷⁰ y en el Artículo 16, numeral primero, inciso (d) prescribe: “Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial;[...]”.¹⁷¹ Sin embargo, como se puede notar, la CEDAW se refiere al tema de la niñez con respecto a los padres, usando el vocablo “hijos” en vez de niños, atando la protección a esa condición.

Estos dos instrumentos comenzaron lo que culminaría con la CDN en 1989. Si bien es cierto, tanto la Declaración sobre los Derechos del Niño como la CEDAW no lo mencionan utilizando el lenguaje que luego se plasmaría en la CDN, representan la intención universal de cambiar el paradigma con respecto a los niños, niñas y adolescentes y sus derechos. A continuación, se verá el impacto de la CDN en este tema.

2.3 La Convención sobre los Derechos del Niño y la doctrina de la protección integral.

La CDN fue el primer instrumento legal internacional de naturaleza vinculante que formuló el principio del interés superior del niño como lo entendemos en la actualidad. Para comprender a la CDN es importante conocer las particularidades de cómo se trataba a los niños, niñas y adolescentes antes y después de la misma. Por lo tanto, en esta sección se discutirá cómo la CDN es uno de los elementos más importantes que existieron para pasar de la doctrina de la situación irregular (tratar a los niños como objeto de derecho que requerían protección) a la doctrina de la protección integral (sujetos de derecho a los cuales el Estado y otras entidades deben asegurar el efectivo goce de sus derechos).

Mediante un proceso comenzado en 1976, la Convención sobre los Derechos del Niño con la Resolución 31/169 de la Asamblea General de la ONU por el Año Internacional del Niño comienza su proceso de redacción y debate, el cual culmina en 1978

¹⁷⁰ Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (1979). Artículo 5.

¹⁷¹ *Id.*, Artículo 16.

con la entrega final del borrador polaco.¹⁷² Finalmente, en 1989 la Convención sobre los Derechos del Niño se encontraba lista para ser firmada y ratificada por los Estados. Desde el primer borrador, se incluyó una noción del principio del interés del niño que fue cambiando para llegar al texto que fue aprobado por los Estados. Por lo tanto, la CDN se convierte en el primer instrumento internacional de naturaleza vinculante que contiene un Artículo específico para el principio del interés del niño, obligando a los Estados parte a utilizarlo como principio guía en los asuntos que afecten a niños.

Otros avances que la CDN representó en el tema de la infancia incluyen el:

[...] considerar a los niños como sujetos de derecho, integralidad (la CDN contiene en su texto tanto derechos económicos, sociales y culturales como derechos civiles y políticos), lo cual implicó en su momento un rompimiento con la práctica de Naciones Unidas de aprobar de manera diferenciada estos derechos en instrumentos diferenciados [...].¹⁷³

Sin embargo, como señala el mismo autor:

Me parece que todo lo señalado es importante, sin embargo no encuentro que sean “novedosos”, ya que en la mayor parte de los casos han sido establecidos con anterioridad por otros instrumentos internacionales, por ejemplo los Pactos, la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, etc.¹⁷⁴

Cabe recalcar que la CDN ha tenido tres Protocolos Facultativos: el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía del 2002, el Protocolo relativo a la participación de niños en los conflictos armados que entró en vigor en el 2002 y finalmente el Protocolo relativo al procedimiento de comunicaciones que entró en vigor en el 2012.

Aunque la CDN sí contenía elementos que ya se habían visto en otros instrumentos, es importante notar que la CDN sí representa un cambio de paradigma en la manera en la que se atiende a la situación de los niños:

De suyo este es uno de los grandes avances que se le atribuyen al consenso ético expresado en la amplia aceptación de la CIDN: el haber logrado la instalación de un nuevo paradigma en la materia de políticas públicas y de decisión de asuntos de la

¹⁷² Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights. *Legislative History of the Convention on the Rights of the Child. Volume 1.* New York and Geneva: 2007, p. 28 -29.

¹⁷³ Farith Simon Campaña. *Derechos de la niñez y adolescencia: de la Convención sobre los Derechos del Niño a las Legislaciones Integrales.* Quito: Editorial Cevallos, 2008, p. 132.

¹⁷⁴ *Id.*, pp. 134-135.

infancia, que se traslada desde la doctrina de la situación irregular a una función adjudicativa y de distribución, protección y promoción de derechos. Más bien me atrevo a sugerir que esto ha implicado la consolidación de un mismo paradigma que es indiscutido para el caso de los adultos: la legitimidad de la actuación estatal queda marcada por el catálogo de derechos definidos en las constituciones de los estados democráticos de derecho.¹⁷⁵

El cambio de paradigma también es reconocido por Cillero, quien comenta: “La Convención sobre los Derechos del Niño es, precisamente el instrumento internacional que permitió expandir la ciudadanía a la infancia ya que reconoce que todos los niños, niñas y adolescentes tienen derechos ante el Estado y la comunidad [...]”.¹⁷⁶ Dicho cambio se refiere al paso de la doctrina de la situación irregular a la doctrina de la protección integral en el tema de niñez y adolescencia. Para verdaderamente comprender la importancia de este hito en los temas de niñez y adolescencia, es importante revisar brevemente a qué se refieren estas doctrinas y sus diferencias.

La doctrina de la situación irregular tiene sus inicios en las primeras leyes específicas sobre el tema de la infancia en Argentina (1919) y en Venezuela (1939) en las cuales se trataba el tema de menores de edad infractores: “[...] los que eran tratados, en términos generales, de igual forma que los adultos, únicamente recibiendo una rebaja del tiempo de la pena aplicable”.¹⁷⁷ La doctrina de la situación irregular se concentraba en el trato de los niños niñas y adolescentes (llamados menores hasta la aparición de la CDN)¹⁷⁸ para la solución de la situación irregular en la que se hallaban. Dicha doctrina:

[...] divide a la infancia entre quienes tienen y pueden y los que no, sometiéndonos a un tratamiento diferencial, sujetos a la “beneficencia” protectora, los excluidos de oportunidades sociales, con una progresiva imposición de reglas que criminalizan su situación de pobreza, tomando como objeto de derechos las diversas situaciones de hecho

¹⁷⁵Ricardo Garrido Álvarez, *El Interés Superior del Niño y el Razonamiento Jurídico*. Universidad Autónoma de México. México: 2013, p. 121.

¹⁷⁶Miguel Cillero Bruñol. “Los derechos del niño: De la proclamación a la protección efectiva”. *Justicia y Derechos del Niño Número 3*. (UNICEF. Buenos Aires, 2001), p. 50.

¹⁷⁷ Farith Simon Campaña. *Derechos de la niñez y adolescencia: de la Convención sobre los Derechos del Niño a las Legislaciones Integrales*. Quito: Editorial Cevallos, 2008, p. 165.

¹⁷⁸ Es necesario resaltar el cambio de posición con respecto a utilizar el término niño, niña o adolescente en vez de utilizar “menor”. Como ha sido notado, por ejemplo por Contró: “El lenguaje no es neutral, sino que refleja y al mismo tiempo construye realidades. Esto es especialmente notorio en el ámbito jurídico. La forma en la que designamos determinado fenómeno manifiesta la manera en la que lo concebimos.[...] El vocablo menor refleja una situación relacional en la que siempre habrá un mayor, por a que a primera vista parece desaconsejable su uso, y es precisamente ésta la primera de una serie de razones que motivan a la argumentación a favor de cambiar esta denominación fuertemente arraigada en el léxico jurídico”. Mónica González Contró. *¿Menores o Niñas, Niños y Adolescentes? Reflexiones en el Contexto del Debate en América Latina*. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3011/7.pdf> (acceso: 3/07/2014).

adversas, para responder con una especie de marcaje jurídico a la apropiación del ser, desmoronando su condición humana, al someterse a la institucionalización (léase internamiento y privación de libertad). Serán pues los confinados de la sociedad todos aquellos niños que al presentar ciertas características (que más bien condiciones), sociales se les tutelarán con la represión judicial e institucional.¹⁷⁹

La doctrina de la situación irregular por lo tanto solo entra a ser considerada cuando existe una “situación irregular”: falta de protección, abuso, delincuencia, etc. No basa su tratamiento de la infancia en asegurar que como personas gocen de sus derechos sino que solamente interviene en el momento en el que un niño o niña se encuentra amenazada. Aquellos que se encuentren bajo amenaza: “[...] se los protegerá y controlará su conducta a través de los mecanismos judiciales y administrativos creados por la Ley, que vienen a compensar las debilidades del sistema social y familiar”.¹⁸⁰

La función de la autoridad (sea administrativa, legislativa o judicial) en la doctrina de la situación irregular es la de dar “protección especial”. Dicha protección:

[...] permite que el Estado tome las medidas que considere necesarias para ejecutarlas sin considerar ningún límite en particular, en la práctica aparece que el “derecho” más importante de niños, niñas y adolescentes es la posibilidad de intervención del Estado en su vida y su familia sin reconocer garantías mínimas actuando “*in loco parentis*”, es decir, en reemplazo de los progenitores teniendo como consideración principal un supuesto “cuidado y bienestar” de la persona menor de edad y no la garantía de sus derechos.¹⁸¹

El interés superior del niño para esta doctrina, es un concepto definitivamente arbitrario. Concede al juez la posibilidad de tomar decisiones solamente orientados por este principio pero sin límites jurídicos plausibles: La función del interés superior del niño en este contexto es iluminar la conciencia del juez o la autoridad para que tome la decisión correcta, ya que está huérfano de otras orientaciones jurídicas más concretas y específicas.¹⁸²

¹⁷⁹ Emilio Yuri Bauiz. *La Doctrina para la Protección Integral de los Niños: Aproximaciones a su definición y principales consideraciones*. Ministerio de Salud de Costa Rica, Dirección de Servicios de Salud. Costa Rica: s/f., p. 2.

¹⁸⁰ Miguel Cillero Bruñol. “Los derechos del niño: De la proclamación a la protección efectiva”. *Justicia y Derechos del Niño Número 3*. (2001), p. 51.

¹⁸¹ Farith Simon Campaña. *Derechos de la niñez y adolescencia: de la Convención sobre los Derechos del Niño a las Legislaciones Integrales*. Quito: Editorial Cevallos, 2008, p. 168.

¹⁸² Miguel Cillero Bruñol. “El Interés Superior del Niño en el Marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”. *Derechos y Garantías de la Niñez y la Adolescencia: Hacia la Consolidación de la Doctrina de Protección Integral*. Santamaría Ávila Ramiro, Ledesma Corredores María Belén (Ed), Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, UNICEF y ACNUDH: 2010, p. 9.

Esta doctrina, que era la principal para tratar al tema de niños/as previo a la doctrina de la protección integral, considera a los niños solamente dentro del marco de las situaciones específicas de carencia, necesidades que deben ser atendidas y en general, desde el punto de vista de la beneficencia. La doctrina de la protección integral por otro lado, es descrita como el paso de las necesidades a los derechos:

[...] se entiende como un cambio de óptica en la relación del Estado y los adultos con la infancia. En lugar que el niño se vea como un mero receptor o beneficiario de la asistencia social, él es concebido como un sujeto de derecho frente al Estado y la sociedad, una persona a la que se le reconoce el derecho a ser protegido integralmente en su desarrollo y frente al cual existen obligaciones muy concretas y específicas.¹⁸³

El cambio más importante es justamente la concepción del niño para el derecho. La doctrina de la protección integral exige que a los niños se los trate como *sujetos* de derecho y no ya como *objetos* de derecho.¹⁸⁴ “Los niños son sujetos de derecho en el sentido de que como seres individuales tienen la titularidad de ellos. Los derechos del niño no son derechos de colectividades o grupos, sino derechos subjetivos imputados a ellos como personas humanas”.¹⁸⁵

Al dejar de pensar en la infancia como objeto de protección cuando se encuentra en situaciones de irregularidad y comenzar a verla como sujeto de derechos el objetivo cambia hacia la plena satisfacción de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, de los cuales son titulares al igual que los adultos.

La doctrina de la protección integral tiene cuatro elementos importantes:

[...] consideración de los niños como sujetos plenos de derechos; reconocimiento de todos los derechos para todos los niños, niñas y adolescentes; diferenciación entre niños, niñas y adolescentes víctimas de violaciones y adolescentes acusados de delitos; y, el establecimiento de una diferenciación entre protección social y protección jurídica.¹⁸⁶

Con respecto a la protección social y jurídica, el cambio radica en que se desjudicializa el trato con los niños, es decir, ya no solo se tienen medidas judiciales para las

¹⁸³Miguel Cillero Bruñol. “Infancia, Autonomía y Derechos: Una cuestión de Principios”. *Boletín del Instituto Interamericano del Niño*, N° 234. (Montevideo, 1997), p. 7.

¹⁸⁴Inés Weinberg, M.. *Convención sobre los derechos del niño*. Rubinal-Culzoni Editores. Buenos Aires: 2002, pp. 99, 100.

¹⁸⁵ Miguel Cillero Bruñol. “Los derechos del niño: De la proclamación a la protección efectiva”. *Justicia y Derechos del Niño Número 3*. (2001), p. 55.

¹⁸⁶ Farith Simon Campaña. *Derechos de la niñez y adolescencia: de la Convención sobre los Derechos del Niño a las Legislaciones Integrales*. Quito: Editorial Cevallos, 2008, p. 175.

infracciones, sino que también se requiere del desarrollo de políticas sociales para dar efectividad a los derechos de los niños.¹⁸⁷

La doctrina de la protección integral, por ende, descansa en y se retroalimenta en la CDN. La CDN en sí tiene cuatro principios básicos que guían la normativa que contiene y las obligaciones de los Estados parte:

1. La no discriminación, o universalidad (Artículo 2)
2. La dedicación al interés superior del niño (Artículo 3)
3. El derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo (Artículo 6)
4. EL respeto por los puntos de vista del niño (Artículo 12).¹⁸⁸

La no discriminación exige que todos los derechos que están consagrados en la CDN deban ser aplicados a todos los niños sin excepción, de manera universal y además el proteger a niños en situaciones de disparidad o de discriminación. El principio del interés superior del niño exige que se deberá en general, motivar todas las actuaciones públicas o privadas que conciernen a niños, niñas y adolescentes, tanto en lo judicial como en políticas públicas. Sobre este principio se volverá con más detalle en la siguiente sección. El siguiente principio básico de la CDN es el derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo, el cual está ligado a poder alcanzar un nivel de vida adecuado, poder disfrutar de sus derechos y acceder a salud y educación, entre otros. Finalmente, la opinión del niño se debe tomar en cuenta en cualquier proceso que les afecte, y aunque está plasmado en el Artículo 12 de la CDN, dicho instrumento prevé que se deberán respetar varias libertades civiles como la libertad de expresión, la libertad de pensamiento y religión o el acceso a la información.¹⁸⁹

Es importante también mencionar que para efectos de la CDN, según su Artículo 1, un niño es toda persona menor a los 18 años,¹⁹⁰ aunque luego establezca diferentes edades

¹⁸⁷*Id.*, p. 177.

¹⁸⁸ UNICEF. *Estado Mundial de la Infancia. Edición Especial. Conmemoración de los 20 años de la Convención sobre los Derechos del Niño*. UNICEF. Nueva York (2009), p. 7.

¹⁸⁹*Id.*, pp. 8 y 9.

¹⁹⁰Convención sobre los Derechos del Niño. (1989). Artículo 1. “Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”.

para ciertas actividades (por ejemplo el reclutamiento para conflictos armados que se establece en 15 años).¹⁹¹

A pesar de ser más específico que la Declaración sobre los Derechos del Niño sobre el tema—la Declaración no contenía ninguna definición para lo que se consideraría como “infancia”—se ha notado que existen algunos problemas con este Artículo y con la CDN, a saber: 1) no existe un límite establecido a cuándo comienza la protección de la infancia contiene la noción “antes y después del nacimiento” contenida en el Preámbulo no tiene un valor de interpretación amplio y la CDN se aplica a los niños después del nacimiento, 2) no es determinante con respecto al límite de los 18 años para considerar a una persona dentro de la niñez—añade la posibilidad de que sea determinado por “la ley aplicable”, lo cual no evita que un Estado pueda determinar el fin de la infancia mucho antes de los 18 y, 3) existe un problema de género, se refiere en general a “niño” en su traducción al español a diferencia del indeterminado “*child*” en inglés.¹⁹²

2.4 Contenido del principio del interés superior del niño

Se ha mencionado ya varias veces al principio del interés superior del niño y cómo está estipulado en la CDN y en la normativa internacional. Sin embargo, la exploración del mismo exige una investigación más detallada ya que una comprensión verdadera del mismo es absolutamente necesaria para entender cómo se debería dar su aplicación en el procedimiento de reconocimiento de la condición de refugiado en el Ecuador. El principio del interés superior del niño se encuentra en el Artículo 3, numeral 1 de la CDN y además es uno de los pilares de la misma:

1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.¹⁹³

El principio del interés superior del niño, por lo tanto, determina la obligación de todos los involucrados en situaciones en las cuales haya niños de por medio que “atiendan al

¹⁹¹ *Id.*, Artículo 38.

¹⁹² Farith Simon Campaña. *Derechos de la niñez y adolescencia: de la Convención sobre los Derechos del Niño a las Legislaciones Integrales*. Quito: Editorial Cevallos, 2008, p. 100.

¹⁹³ Convención sobre los Derechos del Niño (1989). Artículo. 3 (1).

interés superior del niño”. Este mandato ha sido objeto de variadas discusiones debido a lo que resultado ser una difícil interpretación y aplicación práctica:

La ambigüedad de la referencia al “interés superior”, y las propias connotaciones del mismo, han hecho que existan algunas opiniones que consideran al mismo inadecuado por que resta valor a los derechos de los niños como tal. No obstante estas opiniones, y los temores que su aplicación genera, su importancia es innegable.¹⁹⁴

El interés superior del niño ha sido identificado como un concepto jurídico indeterminado por la doctrina, lo cual no significa que no tenga contenido, sino que debe ser interpretado de manera dinámica y flexible.¹⁹⁵

Como menciona Cillero:

Generalmente, se cree que el interés superior del niño es una directriz vaga, indeterminada y sujeta a múltiples interpretaciones, tanto de carácter jurídico como psicosocial, que constituiría una especie de excusa para tomar decisiones al margen de los derechos reconocidos en razón de un etéreo interés superior de tipo extra-jurídico.¹⁹⁶

Añade además que este carácter indeterminado de la noción del principio del interés superior del niño ha sido un impedimento para la interpretación uniforme del mismo, y que debido a esto, las exigencias de la seguridad jurídica no se han cumplido cuando se ha aplicado este principio, basadas las autoridades en un marco ampliamente discrecional y arbitrario.¹⁹⁷

Esta caracterización del principio del interés superior del niño como “indeterminado” que ha da paso a la arbitrariedad ha sido criticada. Si bien es cierto, la falta de comprensión por parte de los operadores de justicia sobre el principio del interés del niño, ha resultado en el abuso del mismo, el principio en sí no es por su propia naturaleza tan ambiguo y arbitrario como se le ha atribuido. La propuesta de Cillero, a saber, que: “En términos simples el interés superior del niño consistiría en la más amplia satisfacción de los

¹⁹⁴ Farith Simon Campaña. *Derechos de la niñez y adolescencia: de la Convención sobre los Derechos del Niño a las Legislaciones Integrales*. Quito: Editorial Cevallos, 2008, p.113.

¹⁹⁵ Isaac Ballesté Ravetllat “El Interés Superior Del Niño: Concepto Y Delimitación Del Término.” *Educatio Siglo XXI* 30, no. 2 (2012), p. 92.

¹⁹⁶ Miguel Cillero Bruñol “El Interés Superior del Niño en el Marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”. *Derechos y Garantías de la Niñez y la Adolescencia: Hacia la Consolidación de la Doctrina de Protección Integral*. Santamaría Ávila Ramiro, Ledesma Corredores María Belén (Ed), Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, UNICEF y ACNUDH: 2010, p. 2

¹⁹⁷ *Ibíd.*

derechos a los que la convención se refiere en el resto de tratado”.¹⁹⁸ Cillero lo establece de la siguiente manera:

Desde el reconocimiento explícito de un catálogo de derechos, se superan las expresiones programáticas del ‘interés superior del niño’ y es posible afirmar que el interés superior del niño es la plena satisfacción de sus derechos. El contenido del principio son los propios derechos; interés y derechos, en este caso, se identifican. Todo ‘interés superior’ pasa a estar mediado por referirse estrictamente a lo ‘declarado derecho’; por su parte, sólo lo que es considerado derecho puede ser ‘interés superior’.¹⁹⁹

De esta manera, el marco para la duda sobre la interpretación del principio del interés superior del niño se reduce notablemente, ya que su aplicación no se deja a la arbitrariedad ni a la subjetividad de la autoridad que está tomando las decisiones, sino que lo enmarca dentro del goce de los derechos de la misma CDN.

El Comité de los Derechos del Niño (CRC en adelante por sus siglas en inglés) reconoce a este análisis como válido y considera que el principio del interés superior del niño es un concepto triple, como derecho sustantivo, principio jurídico interpretativo y como norma de procedimiento:

a.- Un derecho sustantivo: El derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se podrán en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños en concreto o genérico o a los niños en general [...].

b.-Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo.

c.-Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías

¹⁹⁸ Ricardo Garrido Álvarez. *El Interés Superior del Niño y el Razonamiento Jurídico*. Universidad Autónoma de México. México: 2013, p. 120.

¹⁹⁹ Miguel Cillero Bruñol. “El Interés Superior del Niño en el Marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”. *Derechos y Garantías de la Niñez y la Adolescencia: Hacia la Consolidación de la Doctrina de Protección Integral*. Santamaría Ávila Ramiro, Ledesma Corredores María Belén (Ed), Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, UNICEF y ACNUDH: 2010, p. 10.

procesales. Además la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho.²⁰⁰

Es importante comprender estas tres dimensiones del principio del interés superior del niño para poder aplicarlo y evitar la ya discutida arbitrariedad que se ha dado en su aplicación. Primero, el CRC destaca que el principio del interés superior del niño es un derecho sustantivo; es decir, el niño, niña o adolescente tiene el derecho a que se aplique, tenga en consideración y que esto resulte en un efectivo ejercicio del mismo. El CRC también menciona que dicho principio debe tomarse en cuenta no solo en casos individuales, sino que también con respecto a decisiones que afecten a grupos de niños. Por ejemplo, en lo que nos compete: el procedimiento del reconocimiento de la condición de refugiado en el Ecuador, tanto en leyes, políticas públicas y protocolos, como en casos individuales, debe tomar en cuenta al interés superior del niño cuando un niño, niña o adolescente se encuentre afectado por las decisiones tomadas. Por otro lado, el CRC establece también que el principio del interés superior del niño es un principio jurídico interpretativo en casos que involucren a niños, niñas y adolescentes, es decir, en cuando existan más de una interpretación o aplicación posible, se deberá alimentar dicha interpretación con el principio del interés superior del niño para salvaguardar los intereses del niño, niña o adolescente en cuestión, o en su generalidad. Finalmente, una correcta aplicación del interés superior del niño implica considerarlo como una norma de procedimiento y el CRC se refiere específicamente a su valor dentro de las garantías del debido proceso. El principio del interés superior del niño se debe tener en consideración al tomar decisiones, en la motivación y justificación de las mismas y también con respecto a las “posibles repercusiones”. Esto es importante ya que el CRC reconoce la posibilidad de que en el caso de un adulto, la decisión se pueda tomar, pero en el caso de un niño, las repercusiones puedan ser lo suficientemente negativas para el interés superior del niño como para poder justificarse.

La consideración del interés superior del niño en los temas relacionados a la infancia debe estar orientado a la satisfacción plena de los derechos del niño, niña o adolescente en

²⁰⁰Comité de los Derechos del Niño. *Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (Artículo 3, párrafo 1)*. 29 de mayo de 2013, párr. 6.

cuestión, utilizando los derechos contenidos en la CDN como el marco de derechos en el cual se debe justificar la decisión del juez o autoridad que está tomando las decisiones.²⁰¹

El entender y aplicar el principio del interés superior del niño de esta manera sobrepasa la ambigüedad y arbitrariedad con la que se podría estar aplicando este principio. Ya no cabe dentro de la visión del “juez buen padre de familia” que sin límite jurídico alguno, decide caso por caso lo que él piensa que es mejor para el niño, y concentrado solamente en alguna situación de violación de derechos, carencia de protección o amenaza a su integridad, sino que su decisión debe estar dentro de un marco de derechos que deben ser respetados y considerando la opinión del niño en cuestión. Volviendo al cambio de paradigma con respecto a la doctrina de la situación irregular y la doctrina de la protección integral, el juez o la autoridad ya no solo se limita a reparar situaciones irregulares o de vulneración de derechos, sino que debe tomar medidas preventivas para evitar que dichas situaciones irregulares se den.

El interés superior del niño está relacionado también con los otros principios de la Convención. Su relación con la prohibición de discriminación se entiende en tanto que los Estados deben tomar medidas apropiadas para asegurar el efectivo goce de los derechos sin discriminación alguna, como ya se ha visto, tanto en casos individuales como en cuestiones que afecten a un grupo de niños, niñas y adolescentes.

El principio del interés superior del niño ha sido desarrollado de una manera más extensa por el Comité sobre los Derechos del Niño, la Corte Interamericana y, con respecto al trato de los niños refugiados, por el Comité Ejecutivo del ACNUR. Sus posiciones y recomendaciones se revisarán más adelante sin embargo, es importante notar que:

En definitiva, lo que se propone con la idea rectora o con el principio del interés superior del niño es, justamente, que la consideración del interés del niño debe primar al momento de resolver sobre cuestiones que le afecten. En realidad, este principio sólo exige tomar en cuenta o en consideración al niño como un ser humano, como un verdadero sujeto poseedor de derechos que deben ser respetados, especialmente por los adultos y por el Estado.²⁰²

²⁰¹ Cillero, Miguel. “El Interés Superior del Niño en el Marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”. *Derechos y Garantías de la Niñez y la Adolescencia: Hacia la Consolidación de la Doctrina de Protección Integral*. Santamaría Ávila Ramiro, Ledesma Corredores María Belén (Ed), Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, UNICEF y ACNUR: 2010, p. 11

²⁰² Gonzalo Aguilar Cavallo. “El principio del Interés Superior del Niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. *Estudios Constitucionales*. (2008), p. 229.

2.5 Obligaciones del Estado que se derivan del interés superior del niño

2.5.1 Obligaciones generales

Los Estados tienen obligaciones generales de derechos humanos establecidos por los convenios, tratados, normas de derecho internacional consuetudinario y normas de *ius cogens*. Antes de comenzar con las obligaciones específicas de la CDN es importante mencionar algunas de las obligaciones generales que tiene el Ecuador con respecto a las personas que se encuentran a su jurisdicción y competencia. Por ejemplo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), de la cual el Ecuador es parte, estipula en sus Artículos 1 y 2 que:

1. 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.

Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

2. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el Artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.²⁰³

Las obligaciones generales de respetar, garantizar y adoptar las medidas por parte de los Estados han sido interpretadas por la Corte IDH en varias ocasiones. De manera notable, la Corte se pronunció en el caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras* con respecto a este tema. Con respecto a la obligación de respetar, la Corte IDH explica: “El ejercicio de la función pública tiene unos límites que derivan de que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado”.²⁰⁴ La obligación de garantizar por su lado:

Esta obligación implica el deber de todos los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es

²⁰³ Convención Americana sobre Derechos Humanos. (1969). Artículos 1 y 2.

²⁰⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Fondo*. Sentencia del 28 de julio de 1988. Series C No. 7, párr. 165.

posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos.²⁰⁵

El deber del Estado de prevenir, investigar y sancionar, al igual que el de adoptar medidas para evitar la vulneración de derechos no pueden ser dejados de lado en la discusión. La Corte IDH en el mismo caso recalca que:

En efecto, un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la transgresión, puede acarrear la responsabilidad del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir a violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención.²⁰⁶

De esta manera, el Estado ecuatoriano tiene estas obligaciones generales en relación a todos los derechos humanos contenidos en la CADH, incluyendo el derecho a solicitar asilo, el debido proceso, el derecho a la tutela judicial efectiva, etc. En la misma línea, el Estado ecuatoriano es parte del PIDCP al igual que del PIDESC. El PIDCP contiene en su primer Artículo disposiciones similares a la CADH en tanto que compromete al Estado a “respetar y garantizar a todos los individuos que se encuentren n su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto [...]”²⁰⁷ sin realizar distinción por las razones ya mencionadas en el Artículo 1 de la CADH. Asimismo contiene una disposición en el numeral segundo de su primer Artículo que obliga a la Estado a adoptar medidas legislativas o de otras índoles necesarias para asegurar el goce de los derechos contenidos en el PIDCP.

Por otro lado, el PIDESC determina que los Estados deberán:

[...] adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.²⁰⁸

²⁰⁵ *Id.* párr. 166.

²⁰⁶ *Id.* párr. 172.

²⁰⁷ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. (1966). Artículo. 1.

²⁰⁸ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (1966). Artículo 2.1.

Las obligaciones del PIDESC son de mejora progresiva de los derechos contenidos en el mismo. Dicha obligación de progresividad no puede ser justificada o menoscabada por los Estados.

2.5.2 Obligaciones específicas

La CDN también complementa estas obligaciones contraídas por los Estados. Su Artículo 2 prescribe:

1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.

2. Los Estados partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.²⁰⁹

Además, los Artículos 4 y 5 establecen que:

Artículo 4. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional.

Artículo 5. Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.²¹⁰

De los Artículos citados se desprenden varias obligaciones. Primero, el respeto por parte del Estado de los derechos de los niños contenidos en la CDN. Segundo, el respeto y la aplicación de estos derechos sin discriminación alguna a todos los niños sujetos a su jurisdicción y la toma de medidas progresivas con respecto a los derechos económicos, sociales y culturales. Tercero, la adopción de medidas de toda índole necesarias para dar efectividad a los derechos contenidos en la CDN y cuarto, el respeto a las responsabilidades y deberes de los padres o de las personas encargadas de los niños.

²⁰⁹ Convención sobre los Derechos del Niño (1989). Artículo 1.

²¹⁰ Convención sobre los Derechos del Niño. Artículos (1989). Art 4 y 5.

De esta manera:

Los principales compromisos del Estado son que inicien y continúen de manera progresiva medidas, incluyendo a aquellas de tipo legislativo de acuerdo a los derechos humanos. Además, deben adecuar el sistema judicial para que los tribunales que tengan que ver con cuestiones de niños sean una garantía de cumplimiento de los derechos humanos. Por el lado de lo administrativo, se deben crear condiciones de adecuación para que los derechos no sean amenazados, y que los servidores públicos y las instituciones del sistema público cumplan y garanticen los derechos de los niños. En cuestiones de educación, se deberá tomar en cuenta la no discriminación y su difusión, además de dar capacitación sobre derechos humanos.²¹¹

Aparte de estas obligaciones generales—en el sentido de que se refieren a la aplicación general de los derechos en la CDN y la manera en la que se debe hacerlo—la CDN contiene varios Artículos que expresan obligaciones con respecto a temas específicos:

El complejo tejido de derechos y responsabilidades que unen al niño, con la familia y el Estado, ocupa un lugar importante en la Convención. Por cierto, la mayor parte de los Artículos dedicados a la definición de los derechos y libertades del niño, 6 a 41 tratan de las obligaciones del Estado hacia el niño sin referirse al papel de la familia. No obstante, al menos 11 Artículos son dedicados a diversos aspectos de la relación entre Estado, familia y niño, explicitando el papel de la familia en cuanto co-responsable con el Estado en la realización de algunos de los derechos del niño, trazando los límites de la autoridad paterna y materna frente a la autonomía y el bienestar del niño, y, finalmente, definiendo las responsabilidades del Estado en la tutela de esos límites.²¹²

Ejemplos de dichas obligaciones del Estado que están contenidas en los Artículos 6 al 41 son: la obligación de garantizar la supervivencia y desarrollo del niño,²¹³ la inscripción inmediata después del nacimiento del niño y el derecho a tener nombre, nacionalidad, conocer sus padres, y evitar la apatridia,²¹⁴ no separar a los niños de sus padres a menos de que sea absolutamente necesario para el interés superior del niño y aunque se lo haga, mantener el contacto con ellos,²¹⁵ derecho a la reunificación familiar cuando los niños vivan en un país diferente al cual en el que residen sus padres,²¹⁶ el derecho de los niños,

²¹¹Emilio Yuri Bauiz. *La Doctrina para la Protección Integral de los Niños: Aproximaciones a su definición y principales consideraciones*. Ministerio de Salud de Costa Rica, Dirección de Servicios de Salud. Costa Rica: s/f., pp. 9, 10.

²¹² Daniel O'Donnell. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Normativa, Jurisprudencia y Doctrina de los Sistemas Universal e Interamericano*. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Bogotá: 2004, p. 13.

²¹³ Convención sobre los Derechos del Niño (1989). Artículo 6.

²¹⁴*Id.*, Artículo 7.

²¹⁵*Id.*, Artículo 9.

²¹⁶*Id.*, Artículo 10.

niñas y adolescentes a expresar su opinión y que dicha opinión sea tomada en cuenta,²¹⁷ protección a vida privada,²¹⁸ protección a los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar,²¹⁹ acceso al “[...] más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud[...]”,²²⁰ y acceso a la educación de manera progresiva y en “condiciones de igualdad de oportunidades”²²¹ entre otros.

Con respecto a los niños refugiados, el Artículo 22 de la CDN establece que:

Art. 22. 1.- Los Estados Partes adoptarán medidas adecuadas para lograr que el niño que trate de obtener el estatuto de refugiado o que sea considerado refugiado de conformidad con el derecho y los procedimientos internacionales o internos aplicables reciba, tanto si está solo como si está acompañado de sus padres o de cualquier otra persona, la protección y la asistencia humanitaria adecuadas para el disfrute de los derechos pertinentes enunciados en la presente Convención y en otros instrumentos internacionales de derechos humanos o de carácter humanitario en que dichos Estados sean partes.

2.- A tal efecto los Estados Partes cooperarán, en la forma que estimen apropiada, en todos los esfuerzos de las Naciones Unidas y demás organizaciones intergubernamentales competentes y organizaciones no gubernamentales que cooperen con las Naciones Unidas por proteger y ayudar a todo niño refugiado y localizar a sus padres o a otros miembros de su familia, a fin de obtener la información necesaria para que se reúna con su familia. En los casos en que no se pueda localizar a ninguno de los padres o miembros de la familia, se concederá al niño la misma protección que a cualquier otro niño privado permanente o temporalmente de su medio familiar, por cualquier otro motivo como se dispone en la presente Convención.²²²

Este Artículo es de suma importancia ya que reconoce el derecho de un niño, niña o adolescente de buscar asilo y ser reconocido como tal, por las propias circunstancias de su caso, sino que también establece la obligación del Estado de, primero, llevar a cabo procedimientos de reconocimiento de la condición de refugiado para menores no acompañados o separados y segundo, la obligación de dar la protección internacional requerida para estos casos.

²¹⁷ *Id.*, Artículo 12.

²¹⁸ *Id.*, Artículo 16.

²¹⁹ *Id.*, Artículo 20.

²²⁰ *Id.*, Artículo 24.

²²¹ *Id.*, Artículo 28.

²²² *Id.*, Artículo 22.

2.6 Normativa nacional.

Con este preámbulo de las normas internacionales, el contenido del principio del interés superior del niño y las obligaciones tanto generales como específicas de los Estados,, es importante revisar cómo se han aplicado en el Ecuador. Dentro de la legislación ecuatoriana, el principio del interés superior del niño realizó una tardía aparición. En el Código de Menores de 1992 el Artículo 6 establecía:

Art. 6.- En todas las medidas que conciernan a menores de edad, sean tomadas por las autoridades administrativas, jurisdiccionales, de las instituciones públicas o privadas o el legislativo, se atenderá primordialmente el interés superior del menor y el respeto a sus derechos. Se deberán tomar en cuenta, al apreciar los hechos, los usos y costumbres propios del medio social y cultural en que el menor se ha desenvuelto habitualmente, siempre que no estén en oposición a la Ley.²²³

Dicho Código de Menores fue derogado en el 2003 con la expedición del Código de la Niñez y la Adolescencia que también menciona al principio del interés superior del niño en su Artículo 11, con una redacción más explicativa de lo que conlleva que el anterior código sobre la materia:

Art. 11.-El interés superior del niño es un principio que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; e impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento.

Para apreciar el interés superior se considerará la necesidad de mantener un justo equilibrio entre los derechos y deberes de niños, niñas y adolescentes, en la forma que mejor convenga a la realización de sus derechos y garantías.

Este principio prevalece sobre el principio de diversidad étnica y cultural.

El interés superior del niño es un principio de interpretación de la presente Ley. Nadie podrá invocarlo contra norma expresa y sin escuchar previamente la opinión del niño, niña o adolescente involucrado, que esté en condiciones de expresarla.²²⁴

El texto del Código de las Niñez y la Adolescencia tiene una relación más cercana con el principio como se encuentra consagrado en la CDN: se trata de un “ejercicio efectivo de los derechos de los niños, niñas y adolescentes” y no como en su antecesor solamente la noción de “respeto a sus derechos”. Además, incluye en su inciso final la orden de tomar en cuenta la opinión del niño/a, que está en concordancia con el Artículo 12 de la CDN y que es uno de los pilares de la misma.

²²³ Código de Menores. Artículo 6. Registro Oficial Suplemento 995 del 7 de agosto de 1992.

²²⁴ Código de la Niñez y de la Adolescencia. Artículo 11. Registro Oficial 737 del 3 de enero de 2003.

Además del Artículo 11, el Código de la Niñez y la Adolescencia también contiene otras normas que sustentan el trato que se debe dar a los niños, niñas y adolescentes en el Ecuador. El Artículo 15 determina que:

[...] Los niños, niñas y adolescentes extranjeros que se encuentren bajo jurisdicción del Ecuador, gozarán de los mismos derechos y garantías reconocidas por la ley a los ciudadanos ecuatorianos, con las limitaciones establecidas en la Constitución y en las leyes.²²⁵

Otro Artículo que cabe mencionar es el Artículo 13 el cual prescribe:

El ejercicio de los derechos y garantías y el cumplimiento de los deberes y responsabilidades de niños, niñas y adolescentes se harán de manera progresiva, de acuerdo a su grado de desarrollo y madurez. Se prohíbe cualquier restricción al ejercicio de estos derechos y garantías que no esté expresamente contemplado en este Código.²²⁶

Finalmente, el Artículo 65 del mismo Código determina que:

Art. 65.- Validez de los actos jurídicos.- La capacidad jurídica respecto a los actos celebrados por niños, niñas y adolescentes se estará a lo previsto en el Código Civil, a excepción de los siguientes casos:

[...] Los adolescentes podrán ejercer directamente aquellas acciones judiciales encaminadas al ejercicio y protección de sus derechos y garantías. Los niños y niñas podrán pedir directamente auxilio para la protección de sus derechos cuando deban dirigir la acción contra su representante legal.²²⁷

De esta manera, el Código de la Niñez y la Adolescencia prescribe un sistema que contiene varias de las nociones y principios que se han discutido hasta este momento. Por ejemplo, el Artículo 11, donde se encuentra el principio del interés superior del niño, se recoge la importancia del efectivo goce de los derechos como consideración primordial, además de obligar tanto a entes públicos como privados a que lo utilicen como norma de interpretación y que motiven sus decisiones en el mismo. El ya mencionado Artículo 15 extiende los derechos y obligaciones a los niños, niñas y adolescentes ecuatorianos a todos los niños que se encuentren en la jurisdicción del Ecuador, lo cual incluye a los niños extranjeros y a aquellos que sean refugiados. Con respecto al Artículo 13 sobre el ejercicio progresivo, se denota la importancia de considerar la madurez y edad del niño para que pueda ejercer progresivamente sus derechos: en los casos concretos, va a ser diferente si se está tratando con un niño o niña o con un adolescente; su opinión, entendimiento y madurez deben ser factores que se deben tomar en cuenta. Esto se demuestra en el Artículo

²²⁵ Código de la Niñez y de la Adolescencia. Artículo 15. Registro Oficial 737 del 3 de enero de 2003.

²²⁶ Código de la Niñez y de la Adolescencia. Artículo 13. Registro Oficial 737 del 3 de enero de 2003.

²²⁷ Código de la Niñez y de la Adolescencia. Artículo 65. Registro Oficial 737 del 3 de enero de 2003.

15 del Código en el cual están las excepciones a la regla de la capacidad de los adolescentes. El reconocer que un adolescente puede ejercer directamente las acciones judiciales pertinentes para la protección de sus derechos reconoce el ejercicio progresivo de los derechos y además permite que los mismos adolescentes puedan llevar acciones judiciales y administrativas sin la necesidad de tener un representante legal—esto sin dejar de lado que tienen derecho a una asistencia legal—.

En la actual Constitución ecuatoriana, el principio del interés superior del niño se encuentra consagrado en el Art. 44:

Art. 44.- El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas.²²⁸

En dicho Artículo, la Constitución recoge lo dispuesto en la normativa internacional. Se menciona el desarrollo integral, el ejercicio pleno de los derechos y el principio del interés superior del niño. Esto propuso el marco para el desarrollo de otras leyes que recogen los derechos de los niños dentro de sus materias especializadas. Por ejemplo, el principio ha sido establecido en otros cuerpos normativos que regulan los derechos de los niños, como la Ley Orgánica de Educación Intercultural²²⁹ y La Ley Orgánica de Comunicación.²³⁰ Esto, por su lado, demuestra el compromiso del Ecuador de comenzar a tomar en cuenta al principio dentro de la normativa nacional que afecte a niños, niñas y adolescentes, lo cual representa un avance para el país con respecto a la aplicación del mismo y a dejar de lado la doctrina de la situación irregular por la doctrina de la protección integral.

2.7 Conclusión

A lo largo de este capítulo se ha explorado el principio del interés superior del niño y se ha hecho énfasis en la gran importancia que tiene su correcta aplicación. El principio del interés superior del niño es fundamental para asegurar el efectivo goce de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Concordando con el CRC, el principio es un derecho

²²⁸ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 44. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

²²⁹ Ley Orgánica de Educación Intercultural. Artículos 12, 55 y 56. Registro Oficial Suplemento 417 del 31 de marzo de 2011.

²³⁰ Ley Orgánica de Comunicación. Artículo 10, 15 y 104. Registro Oficial Suplemento 22 del 25 de junio de 2013.

sustantivo, una norma de interpretación y una norma procedimental que se debe aplicar por todas las entidades públicas y privadas que traten con temas de niñez.

La CDN plasmó este principio como uno de sus pilares y con buena razón. Esto permitió que se pase de la doctrina de la situación irregular, en la cual se tomaba en cuenta solamente una protección arbitraria y después del hecho con respecto a niños, niñas y adolescentes en situaciones de vulnerabilidad, a la doctrina de la protección integral en la cual el objetivo es asegurar el efectivo goce de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Este cambio exige además que las políticas públicas, leyes, protocolos y decisiones de los operadores de justicia estén justificados y motivados por el principio del interés superior del niño.

Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a que siempre se tenga en mente su interés superior lo cual debe plasmarse en el respeto intrínseco de sus derechos. Esto incluye la correcta aplicación del debido proceso, el tomar en cuenta su opinión y la constante atención por parte de las autoridades de los efectos que sus decisiones puedan tener en los casos en los que están involucrados niños, niñas y adolescentes ya sea de manera individual como de manera general.

Los niños, niñas y adolescentes refugiados también gozan de estos derechos y es obligación del Estado el hacerlos efectivos, por todos los medios que estén a su alcance. Si bien es cierto se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad, los niños, niñas y adolescentes refugiados también tienen derecho a que su interés superior sea tomado en cuenta y que las decisiones de las autoridades estén nutridas por el mismo. En el siguiente capítulo, se verá en detalle cómo esto se podría contemplar en el ordenamiento jurídico ecuatoriano que trata la cuestión de refugio.

CAPÍTULO III: APLICACIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN EL RECONOCIMIENTO DE LA CONDICIÓN DE REFUGIO EN EL ECUADOR

3.1 Introducción

Realizada ya la revisión tanto del tema de refugio como del tema del interés superior del niño, se encuentra un marco jurídico y práctico que podrá dar luces a cómo el Ecuador puede aplicar el principio del interés superior del niño en el reconocimiento de la condición de refugio en el Ecuador en las situaciones en las que esté involucrado un niño, niña o adolescente ya sea que se encuentre acompañado por su familia u otro tipo de representante o si se encuentra solo.

En este capítulo, se hará una revisión de los lineamientos generales de cómo estos dos temas pueden ser aplicados en el Ecuador, específicamente con respecto a los niños, niñas y adolescentes acompañados, no acompañados y separados, cómo y cuándo se debe realizar la determinación del interés superior del niño, la importancia de la reunificación familiar y el derecho del niño de participar en los procedimientos.

Con esto en mente, en este capítulo se realizará un comentario a la aplicación del interés superior del niño en el procedimiento de refugio. Para poder lograr esto, se han identificado los momentos desde la llegada del niño, niña o adolescente al país, hasta la finalización del procedimiento, haya sido negativa o positiva su solicitud. De esta manera, primero se examinará el estado de la situación específicamente con respecto a los niños, niñas y adolescentes refugiados—analizando tanto lo que se encuentra en la normativa como en otros instrumentos creados por el Estado para tratar el tema. A continuación, la investigación se concentrará en el procedimiento administrativo en sí, haciendo énfasis en la identificación de los niños, niñas y adolescentes que requieren de protección internacional y la recepción de su solicitud, las garantías que tienen que darse en las entrevistas, el derecho del niño a participar en el procedimiento, las medidas de protección disponibles para la protección de los niños y el proceso de la reunificación familiar. Adicionalmente en esta sección se revisará también cómo se debe realizar el análisis de la solicitud, específicamente con respecto a los elementos de la definición de refugiado, el debido proceso, la carga de la prueba y la aplicación de las cláusulas de exclusión. Finalmente, en una última sección se examinarán las medidas posteriores al reconocimiento o negativa de la solicitud de refugiado, particularmente con respecto al

alcance y temporalidad de las obligaciones del Estado ecuatoriano y las salvaguardas que deben existir en los procesos de deportación.

3.2 Lineamientos generales: La situación actual de los instrumentos sobre niños, niñas y adolescentes refugiados en el Ecuador y recomendaciones generales

3.2.1 Situación actual

Previo a comenzar con los lineamientos generales que deberían aplicarse a la situación de niños, niñas y adolescentes en condición de refugio, se debe revisar el marco de actuación que existe en el Ecuador para lidiar con este tipo de casos. En primera instancia, cabe recalcar que el Decreto Ejecutivo 1182 no regula la posibilidad de que un niño, niña o adolescente solicite refugio por sí solo, ni menciona el interés superior del niño como principio de interpretación, derecho sustantivo o como norma de procedimiento, ni los derechos de los niños refugiados en su articulado.

Sin embargo, esto no significa que el Ecuador no haya realizado esfuerzos para lidiar con este problema desde las entidades responsables, algo que fue reconocido por los miembros de la sociedad civil en sus aportes a la conmemoración de los 30 años de la Declaración de Cartagena.²³¹ Esta voluntad se puede ver plasmada en varios documentos que han sido producidos por el Ecuador con respecto al tema. Por ejemplo el Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana publicó el “Manual de Procedimientos de Atención a Niños, Niñas y Adolescentes en Situación de Movilidad Humana”, (Manual de Atención a Niños, Niñas y Adolescentes en adelante) donde existe una sección dedicada al manejo de las solicitudes de niños, niñas y adolescentes separados y no acompañados que solicitan refugio.

En este punto es importante notar específicamente a qué se refiere que exista un niño, niña o adolescente “no acompañado” o “separado”. Los niños, niñas o adolescentes no acompañados son aquellos que: “[...] han quedado separados de ambos padres y otros parientes y no están al cuidado de un adulto que, por ley o por costumbre, es responsable de hacerlo”,²³² y los niños, niñas y adolescentes separados son aquellos que han sido: “[...]”

²³¹ Conmemoración de Cartagena + 30. Aportes de la Sociedad Civil Ecuatoriana. <https://movilidadhumana.files.wordpress.com/2014/04/ecuador-documentos-pac3ads-cartagena-30-mercosur-ampliado.pdf> (acceso: 03.03.2015)

²³² Comité Internacional de la Cruz Roja. *Directrices Generales Inter-Agenciales sobre Niños y Niñas no Acompañados y Separados*. Ginebra: 2004, p. 9

separados de ambos padres o de su anterior tutor legal o la persona que acostumbra a cuidarlos, pero no necesariamente de otros parientes. Esta categoría entonces, incluye a niños y niñas acompañados por otros adultos de su familia”.²³³

Un primer instrumento que se debe comentar es el Manual de Atención a Niños, Niñas y Adolescentes en Situación de Movilidad Humana del Ministerio de Relaciones Exteriores (Manual de Atención a Niños, Niñas y Adolescentes en adelante) que propone una ruta de acción tanto para niños no acompañados como separados. En el primer caso, el Manual dispone que la autoridad que identifique uno de estos casos debe acompañarlo y referirlo a las oficinas de la Dirección de Refugio, para que el procedimiento de reconocimiento de la condición de refugiado comience de manera prioritaria en menos de una semana. Luego, se da aviso a la Policía Especializada para Niños, Niñas y Adolescentes (DINAPEN en adelante) quien a su vez dará aviso al Juez de la Niñez y la Adolescencia para que dicte las medidas de protección necesarias.²³⁴ En el segundo caso—de niños, niñas y adolescentes separados—el adulto que los acompaña debe demostrar con documentación la autorización de los padres que le otorgue representación legal del niño. En el caso de hacerlo, el Manual determina que se seguirá el caso del niño, niña o adolescente separado dentro del caso del adulto que lo acompaña, pero de no tener dicha documentación, el caso se continuará como si se tratase de un niño, niña o adolescente separado.²³⁵

A pesar de ser un avance importante, el mismo Manual de Atención a Niños, Niñas y Adolescentes reconoce que no es suficiente:

Es importante mencionar que dichos procedimientos, referidos desde la Dirección de Refugio del Ministerio de Relaciones Exteriores, no resuelven necesariamente la crítica realidad de los NNA a su llegada al país; de ahí la necesidad de que el Estado y las instituciones vinculadas en temas de refugio, establezcan con claridad los procedimientos de acogida de los NNA en situación de movilidad humana desde el primer momento en

²³³ Id., p. 10.

²³⁴ Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana. *Manual de Procedimientos de Atención a Niños, Niñas y Adolescentes en Situación de Movilidad Humana*. Fondo para el Logro de los Objetivos de Desarrollo del Milenio, 2013, p. 44. <http://cancilleria.gob.ec/manual-de-procedimientos-de-atencion-a-ninos-ninas-y-adolescentes-en-situacion-de-movilidad-humana/> (acceso: 2/12/2013).

²³⁵ Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana. *Manual de Procedimientos de Atención a Niños, Niñas y Adolescentes en Situación de Movilidad Humana*. Fondo para el Logro de los Objetivos de Desarrollo del Milenio, 2013, p. 45. <http://cancilleria.gob.ec/manual-de-procedimientos-de-atencion-a-ninos-ninas-y-adolescentes-en-situacion-de-movilidad-humana/> (acceso: 2/12/2013).

que ingresan al país y durante el período que demora la consecución del estatuto de refugiado, precautelando el cumplimiento absoluto de sus derechos.²³⁶

Por otro lado, la Defensoría Pública estableció una guía para los defensores públicos titulada: “Protocolo para la Eliminación de Barreras de Acceso a la Justicia para la Población en Condiciones de Movilidad y Refugio” (Protocolo de la Defensoría Pública en adelante) en diciembre de 2014, donde también se propone una protocolo de intervención por parte de la misma en casos de niños, niñas y adolescentes no acompañados y separados. En el mismo, esta entidad decide que:

En los casos de menores no acompañados en el Ecuador, no atraviesan un procedimiento de asilo de dos etapas. Es decir, son sometidos solamente a la etapa de fondo, y no a la etapa de admisibilidad. Esto significa que los menores no acompañados serán sometidos a una entrevista dentro de este proceso.²³⁷

Esto representa un avance al Manual de Atención a Niños, Niñas y Adolescentes que no menciona la posibilidad de que a los niños, niñas y adolescentes no acompañados no se les aplique la etapa de admisibilidad. Es más, el Manual de Atención a Niños, Niñas y Adolescentes menciona explícitamente que: “[...] el momento en que un niño, niña o adolescente no acompañado se acerca a las Oficinas de la Dirección de Refugio, accede al proceso de registro y entrevista de admisibilidad y elegibilidad ese mismo día [...]”,²³⁸ explícitamente mencionando que la etapa de admisibilidad se aplica a este grupo de solicitantes.

El Protocolo de Atención de la Defensoría Pública dedica un capítulo entero al tema de niños, niñas y adolescentes, pero se concentra solamente en los “menores extranjeros no acompañados” presentes en el Ecuador. El Protocolo señala que los niños, niñas y adolescentes no acompañados deben ser protegidos por el Estado ecuatoriano:

Para el caso en estudio, el o la menor de edad que ha ingresado al Ecuador sin estar acompañado de sus padres o representantes legales, desprovisto de documentación y sin

²³⁶ Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana. *Manual de Procedimientos de Atención a Niños, Niñas y Adolescentes en Situación de Movilidad Humana*. Fondo para el Logro de los Objetivos de Desarrollo del Milenio, 2013, p. 47. <http://cancilleria.gob.ec/manual-de-procedimientos-de-atencion-a-ninos-ninas-y-adolescentes-en-situacion-de-movilidad-humana/> (acceso: 2/12/2013).

²³⁷ Defensoría Pública del Ecuador. Protocolo para la Eliminación de Barreras de Acceso a la Justicia para la Población en Condiciones de Movilidad y Refugio. Colección Documentos de Política No. 11, Programa EUROsociAL. Ecuador 2014, p. 69.

²³⁸ Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana. *Manual de Procedimientos de Atención a Niños, Niñas y Adolescentes en Situación de Movilidad Humana*. Fondo para el Logro de los Objetivos de Desarrollo del Milenio, 2013, p. 45. <http://cancilleria.gob.ec/manual-de-procedimientos-de-atencion-a-ninos-ninas-y-adolescentes-en-situacion-de-movilidad-humana/> (acceso: 2/12/2013).

haber formalizado su ingreso en los puestos fronterizos de control migratorio, merece la máxima atención de parte del Estado ecuatoriano, tal como lo dispone la Constitución de la República, la Convención Internacional de los Derechos del Niño y el Código de la Niñez y la Adolescencia [...].²³⁹

También menciona que los niños, niñas y adolescentes no acompañados están protegidos por el principio de no devolución y que: “[...] tampoco podrá ser sometido a procesos de deportación ni menos podrá ser internado en algún centro de privación de libertad o de detención provisional o en un Centro para Adolescentes Infractores”.²⁴⁰

El Protocolo determina que los niños, niñas o adolescentes deben ser: “[...] entregados de manera inmediata para su cuidado y atención a algún familiar que se encuentre en el país [...]. Si carece de un familiar en Ecuador, debe ser incorporado a una casa hogar estatal o privada [...]”.²⁴¹ También se establece en el Protocolo que la primera autoridad que debe ser notificada sobre la presencia del menor es la Junta Cantonal de Protección de Derechos de la Niñez y Adolescencia y paralelamente a la DINAPEN.²⁴² Además el Protocolo exige que: “Si se trata de un menor que busca refugio en el Ecuador, bajo ninguna circunstancia debe comunicarse su presencia en el país a ninguna entidad del país de origen, como el Consulado que represente los intereses de sus nacionales en el Ecuador o autoridad diplomática de ese Estado [...]”,²⁴³ lo anterior en aras de la confidencialidad.

Sobre las medidas de protección que se deberán instaurar, el Protocolo recomienda que además de ser asignado un tutor, se permita que el niño, niña o adolescente tenga un representante legal,²⁴⁴ que represente al niño, niña o adolescente tanto en el procedimiento administrativo como en el proceso judicial que terminará con la toma de medidas de protección por parte de un Juez de la Niñez y la Adolescencia.²⁴⁵

Se observan varios problemas en la propuesta de la Defensoría Pública. Primero, se concentra solamente en niños, niñas y adolescentes no acompañados. Ni siquiera menciona

²³⁹ Defensoría Pública del Ecuador. Protocolo para la Eliminación de Barreras de Acceso a la Justicia para la Población en Condiciones de Movilidad y Refugio. Colección Documentos de Política No. 11, Programa EUROSociAL. Ecuador 2014., p. 62.

²⁴⁰ *Id.*, p. 63.

²⁴¹ *Id.*, p. 64.

²⁴² *Id.*, pp. 64-65.

²⁴³ *Id.*, pp. 65-66.

²⁴⁴ *Id.*, p. 67.

²⁴⁵ *Id.*, p. 68.

a aquellos que se encuentren separados o que, aunque se encuentren dentro de su núcleo familiar, quieran solicitar asilo. Segundo, exige que el niño, niña o adolescente que esté no acompañado sea “entregado inmediatamente” a sus familiares o a una casa de acogida. No existe recomendación alguna que exija que las autoridades revisen si la medida de ser entregado a sus familiares está de acuerdo con el interés superior del niño, niña o adolescente en cuestión, se da prioridad a su estancia con familia solo por el hecho de los lazos biológicos que existen, sin pensar en la situación en particular del niño, niña o adolescente. Un tercer problema que se observa es la prohibición total de comunicar que el niño, niña o adolescente se encuentra en el Ecuador al consulado o representante diplomático de su país de origen. Es verdad que los procesos de asilo deberán gozar de confidencialidad, especialmente en los casos en los que se alega persecución por parte del Estado. Sin embargo, en el caso de niños, niñas y adolescentes, las autoridades deberían realizar una decisión informada, sustentada en el interés superior del niño, para determinar si se puede solicitar ayuda consular en cada caso en particular. Cuarto, y a diferencia del Manual de Atención a Niños, Niñas y Adolescentes, el Protocolo de la Defensoría Pública exige que la Junta Cantonal de Protección de Derechos sea notificada paralelamente a la DINAPEN. En general, y a pesar de haber citado a las normas en las que se encuentra determinado el interés superior del niño, el Protocolo de la Defensoría Pública parece olvidar esta obligación, tanto como derecho sustantivo, norma de interpretación y norma de procedimiento.

Finalmente, otro avance que se puede mencionar sobre la problemática de los niños, niñas y adolescentes que solicitan refugio es la creación de rutas de acción localizadas en los lugares donde se han identificado casos de niños, niñas y adolescentes solicitando refugio. Un ejemplo de esto es la “Ruta de Atención, Protección y Restitución de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes no Acompañados y Separados en Procedimiento de Determinación de Refugio” que próximamente se adoptará en la ciudad de Guayaquil y que nació de un esfuerzo de la sociedad civil y el Concejo Cantonal de la Niñez y la Adolescencia de Guayaquil. Dicha ruta de atención compromete el apoyo de la Dirección de Refugio, la DINAPEN, el Ministerio de Inclusión y Equidad Social (MIES), la Junta Cantonal de Protección de Derechos (JCPD), la Cruz Roja Internacional, HIAS, la

Defensoría del Pueblo, la Defensoría Pública, a los Juzgados de la Niñez, Familia y Adolescencia y al ACNUR.²⁴⁶

Si bien es cierto, todos estos documentos son esfuerzos por parte de varias entidades y comienzan a crear el marco en el que se debe actuar, sigue existiendo un vacío ya que no existe una directriz clara, precisa y nacional por parte de la Dirección de Refugio y las entidades con competencia en temas de niñez sobre cómo proceder con los casos de niños, niñas y adolescentes que solicitan refugio, no solamente los que se encuentran separados y no acompañados, sino también los que quisieran presentar su solicitud como la principal de su grupo familiar. Esto se evidencia solamente al ver las contradicciones que existen entre los documentos analizados. Por ejemplo, la Defensoría Pública determina que no se puede aplicar la etapa de admisibilidad a niños, niñas y adolescentes mientras que el Manual de Atención a Niños, Niñas y Adolescentes del Ministerio de Relaciones Exteriores la menciona explícitamente. De cualquier manera, no es un problema que exista en los manuales o protocolos, como ya se vio, la imposición de la etapa de admisibilidad en sí no responde al derecho internacional de refugio ni a la salvaguarda de los derechos de las personas que solicitan reconocimiento de la condición de refugiado en el Ecuador. Además, estando explícitamente en el Decreto Ejecutivo 1182, estas entidades no pueden tomar decisiones de no aplicar la etapa de admisibilidad, aunque sí se lo puede argumentar. Las medidas a ser tomadas son diferentes en los documentos, lo cual evidencia dos situaciones. La primera, que es necesario un consenso claro sobre las acciones y rutas a ser tomadas y la segunda, la gran dificultad que representa la solución de este problema.

Es importante notar que el CRC también ha comentado específicamente sobre el Ecuador en materia de la protección de niños, niñas y adolescentes en situación de refugio, con ocasión del informe del país presentado en el 2010. En aquella ocasión, el CRC notó:

El Comité recomienda que el Estado parte adopte medidas legislativas o de otro tipo para proteger a los niños solicitantes de asilo y refugiados, en particular los no acompañados o separados de su familia. A este respecto, debería tener en cuenta la Observación general N° 6 del Comité (2005) sobre el trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen. También recomienda que se asegure de que los niños solicitantes de asilo y

²⁴⁶ Concejo Cantonal de la Niñez y la Adolescencia de Guayaquil. Ruta de Atención, Protección y Restitución de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes no Acompañados y Separados en Procedimiento de Determinación de Refugio. http://issuu.com/concejocantonalninezadolescenciagua/docs/procedimientos_-_ruta_de_atencion (acceso: 03.03.2015)

refugiados tengan un nivel de vida adecuado, lo que comprende el suministro de agua y alimentos, así como el acceso a los servicios de atención de salud y las escuelas sin discriminación.²⁴⁷

Los insumos del CRC, tanto los que son específicos para el Ecuador como aquellos que se refieren a situaciones generales son guías importantes para la materia de la infancia en el Ecuador. Para cumplir con sus obligaciones internacionales y asegurar el correcto trato de niños, niñas y adolescentes en su territorio, tanto nacionales como extranjeros, el Ecuador debe hacer uso de estas guías.

3.2.2 Recomendaciones generales

Realizado ya este análisis de cómo se encuentra el Ecuador con respecto a la problemática presentada por niños, niñas y adolescentes en condición de refugio, es importante comenzar a delimitar los estándares básicos que se deberían tomar en cuenta tanto en las políticas públicas, protocolos, rutas de acción, etc., como en la solución de casos individuales de niños, niñas y adolescentes refugiados. El primer concepto que se debe tomar en cuenta, y nunca perder de vista durante todo el trato con niños y niñas por parte del Estado es la doctrina de la protección integral. Las autoridades podrían estar tentadas a tratar el tema de niños, niñas y adolescentes refugiados desde la doctrina de la situación irregular debido a la situación de vulnerabilidad especial que tiene este grupo humano. A pesar de esta situación—que dicha doctrina definitivamente calificaría como “irregular”—el objetivo siempre deberá ser asegurar el efectivo goce de los derechos de los niños y niñas y no meramente la corrección de condiciones que estén vulnerando sus derechos. Si la actuación del Estado se basa en la doctrina de la protección integral en relación a las leyes, políticas públicas y trato tanto general como individualizado con esta población se podrán hacer efectivos los derechos de los niños y niñas y, al tratarlos como sujeto y no objeto de derecho para asegurar una verdadera prevención, protección y goce de los derechos.

El segundo elemento que se debe tomar en cuenta son los principios rectores de la CDN, a saber: la no discriminación o universalidad, el principio del interés superior del niño, el derecho a la vida, el desarrollo y la supervivencia y finalmente el derecho del niño a opinar. Una vez más, se recalca que las políticas públicas, las leyes y normas que regulen la situación de refugio en el Ecuador y el trato de casos individuales deberán nutrirse de

²⁴⁷ Comité de los Derechos del Niño. *Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes en Virtud del Artículo 44 de la Convención. Observaciones Finales del Comité de los Derechos del Niño: Ecuador*. 2 de marzo de 2010, párr. 67.

estos principios para asegurar el efectivo goce de los derechos de los niños. Solamente si se toman en cuenta estos principios, el Ecuador puede producir una política pública e instrumentos legales que cumplan con las obligaciones que el Estado tiene hacia los niños, niñas y adolescentes refugiados.

Con respecto a la normativa nacional vigente, una observación importante que se debe realizar es la regulación del derecho a solicitar asilo por medio de una ley y no por medio de un Decreto Ejecutivo. En primera instancia, cabe recalcar que el derecho al asilo es un derecho de rango constitucional y tanto la normativa nacional como la normativa internacional prescriben que la regulación de derechos se deberá realizar mediante una ley, en el caso ecuatoriano mediante ley orgánica, como lo prescriben los Artículos 132 y 133 de la Constitución, los cuales prevén que los derechos constitucionales deberán regularse mediante ley. El Artículo 132 determina que: “[...] Se requerirá de ley en los siguientes casos: 1. Regular el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales [...]”,²⁴⁸ mientras que el Artículo 133 determina que: “[...] Serán leyes orgánicas: [...] 2. Las que regulen el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales”.²⁴⁹ Dichas leyes deberán pasar por el debate y aprobación de la Asamblea Nacional, en lo que debería ser un riguroso proceso legislativo que existe para salvaguardar el ejercicio de los derechos y garantías protegidos en la Constitución.

En agosto de 2014, la Corte Constitucional emitió la sentencia No. 002-14-SIN-CC con respecto a las acciones de inconstitucionalidad presentadas por la Universidad San Francisco y la Fundación Asylum Access en contra del Decreto Ejecutivo 1182. En esta sentencia, respondiendo al argumento sobre la inconstitucionalidad por vulneración al principio de reserva de ley, la Corte Constitucional se pronunció citando el Artículo 147 de la Constitución en la cual se le atribuye al Presidente de la República la posibilidad de expedir reglamentos necesarios para la aplicación de las leyes y los que convengan para la buena marcha de la administración pública²⁵⁰ y que el Decreto Ejecutivo 1182 responde a

²⁴⁸ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 132. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

²⁴⁹ *Id.*, Artículo 133.

²⁵⁰ *Id.*, Artículo 147.

esta lógica²⁵¹ ya que regula lo determinado en la Ley de Extranjería sobre la visa de refugio²⁵² y expresa:

Desde esta perspectiva, es evidente que bajo el marco de protección constitucional e internacional descrito, la norma jurídica acusada de inconstitucional no regula de forma general el contenido y alcance del derecho al refugio, sino que coadyuva a asegurar su pleno ejercicio sin que tal situación vulnere el principio de reserva de ley, al establecer requisitos básicos para la configuración de la condición de refugiada o refugiado, complementando de tal forma la regulación que corresponde a la Ley de Extranjería en relación a la situación de los extranjeros residentes en el Ecuador.²⁵³

Además, aunque reconoce que el derecho al asilo es un derecho constitucional, la Corte considera que una lectura literal del Artículo 133 conllevaría que todas las normas deban ser leyes orgánicas ya que: “[...] derivaría en imponer al legislador exclusivamente la emisión de leyes orgánicas, sobre la base que todas las normas regulan de cierto modo el ejercicio de los derechos contenidos en la Constitución [...]”.²⁵⁴ Este argumento por parte de la Corte Constitucional no interpreta la norma de manera correcta ya que, como determina el Artículo 147 de la Constitución, el Presidente puede emitir reglamentos, pero esta normativa no puede ni contravenir ni modificar las leyes²⁵⁵ a las que acompañan. Al ser el Decreto Ejecutivo 1182 la única norma que regula el tema de refugio en el Ecuador, y siendo un Decreto Ejecutivo, el Ecuador debe corregir esta inconstitucionalidad y emitir una ley que regule la cuestión de refugio en el país.

De esta manera, se ve en la misma Constitución la necesidad de que el Ecuador remita a la Asamblea Nacional una Ley en la cual se regule el tema de refugio, tomando en cuenta no solo la situación de los niños, niñas y adolescentes, sino que también corrigiendo las varias vulneraciones de derechos que contiene y que se han visto a lo largo de este trabajo. Una ley clara, precisa y garantista de los derechos de la población refugiada representaría un avance para el Estado ecuatoriano que concretaría las obligaciones internacionales que el Ecuador ha contraído en los diversos tratados de derechos humanos que ha ratificado.

²⁵¹ Corte Constitucional. *Sentencia No. 002-14-SIN-CC*. n/d p. 42-43.

²⁵² En primer lugar, cabe recalcar que existe la confusión entre una calidad migratoria y la necesidad de protección internacional. El refugio es la segunda opción, y no debe considerarse como calidad migratoria. En segundo lugar, la Ley de Extranjería meramente menciona la existencia de una visa de refugio, pero no regula en absoluto su ejercicio, procedimiento y garantías.

²⁵³ Corte Constitucional. *Sentencia No. 002-14-SIN-CC*. n/d 45.

²⁵⁴ Corte Constitucional. *Sentencia No. 002-14-SIN-CC*. n/d, p. 43.

²⁵⁵ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 147, numeral 13. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

Cabe mencionar que desde el 2014 se ha impulsado un Proyecto de Ley sobre Movilidad Humana, el cual ha estado listo desde ese año, y la Asamblea Nacional lo ha calificado como una prioridad para el año 2015.²⁵⁶ Sin embargo, no se ha comenzado el debate sobre la misma hasta la fecha.

Finalmente, es importante recordar que la determinación del interés superior del niño es esencial durante todo el procedimiento, desde la identificación del niño, niña o adolescente refugiado hasta después de que las autoridades hayan llegado a una decisión con respecto al caso. En relación a este tema, resalta la “Observación General No. 14 del año 2013: Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (Artículo 3, párrafo 1)” del Comité de los Derechos del Niño (CRC en adelante por sus siglas en inglés). En dicha Observación General el CRC realiza un extenso análisis jurídico del principio del interés superior del niño, que incluye su relación con otros principios generales de la Convención, su aplicación y las garantías procesales que se deberían tomar en cuenta.

Recordando lo ya expuesto, es en este documento que el CRC determina que el principio del interés del niño es un derecho sustantivo, un principio jurídico fundamental y una norma de procedimiento a ser respetados en los temas concernientes a un niño o a varios de ellos.²⁵⁷ Además, la OG No. 14 delimita las obligaciones del Estado con respecto a este principio, estableciendo específicamente tres:

- a) La obligación de garantizar que el interés superior del niño se integre de manera adecuada y se aplique sistemáticamente en todas las medidas de las instituciones públicas, en especial en todas las medidas de ejecución y los procedimientos administrativos y judiciales que afectan directa o indirectamente a los niños;
- b) La obligación de velar por que todas las decisiones judiciales y administrativas, las políticas y la legislación relacionadas con los niños dejen patente que el interés superior de estos ha sido una consideración primordial; ello incluye explicar cómo se ha examinado y evaluado el interés superior del niño, y la importancia que se le ha atribuido en la decisión.
- c) La obligación de garantizar que el interés del niño se ha evaluado y ha constituido una consideración primordial en las decisiones y medidas adoptadas por el

²⁵⁶ Asamblea Nacional. Proyecto de Ley de Movilidad entre las Prioridades del próximo Año. <http://www.asambleanacional.gob.ec/es/noticia/proyecto-de-ley-de-movilidad-entre-las-prioridades-para-el> (acceso: 3/06/2015).

²⁵⁷ Comité de los Derechos del Niño. *Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (Artículo 3, párrafo 1)*. 29 de mayo de 2013, párr. 6.

sector privado, incluidos los proveedores de servicios, o cualquier otra entidad o institución privadas que tomen decisiones que conciernan o afecten a un niño.²⁵⁸

Estas obligaciones, considera el CRC, se encuentran contenidas en el Artículo 3, numeral 1 de la CDN y resultan de amplio alcance ya que incluyen a las esferas públicas y privadas, judiciales y administrativas y en general nombra al principio como “consideración primordial”.

EL CRC también consideró pertinente realizar un análisis del lenguaje del Artículo 3.1, decidiendo que la frase “en todas las medidas” incluye no solo la acción, sino que también la pasividad o inactividad y las omisiones. La frase “concernientes a” se refiere a todas las decisiones sobre niños o un grupo de niños o a los niños en general y también las medidas que afecten a estas personas aunque la medida no sea específicamente para ellos. Con respecto a “las autoridades administrativas”:

El Comité pone de relieve que el alcance de las decisiones tomadas por las autoridades administrativas a todos los niveles es muy amplio y abarca, entre otras, las decisiones relativas a la educación, el cuidado, la salud, el medio ambiente, las condiciones de vida, la protección, el asilo, la inmigración y el acceso a la nacionalidad. Las decisiones particulares adoptadas por las autoridades administrativas en esas esferas deben ser evaluadas en función del interés del niño y han de estar guiadas por él, al igual que todas las medidas de aplicación.²⁵⁹

Es importante notar que el CRC haya tomado en cuenta a las autoridades administrativas y que haya mencionado ejemplos entre los cuales se encuentra el asilo. La motivación que debe existir en las decisiones administrativas sobre el tema debe incluir la consideración primordial del interés superior del niño de acuerdo a lo explicado por el CRC sobre la interpretación del Artículo 3.1 de la CDN. En relación a la aplicación misma del interés superior del niño, es importante notar que: “La evaluación del interés superior del niño es una actividad a realizarse en cada caso, teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada niño o grupo de niños o niños en general”.²⁶⁰ Dichas circunstancias incluyen el sexo, la experiencia y la madurez.

Un elemento importante que debe tenerse en cuenta son las situaciones de vulnerabilidad del niño, como tener alguna discapacidad, pertenecer a un grupo minoritario, ser refugiado o solicitante de asilo, ser víctima de malos tratos, vivir en la calle, etc. El objetivo de la determinación del interés superior de un niño o de los niños en

²⁵⁸ *Id.*, párr. 14.

²⁵⁹ *Id.*, párr. 30.

²⁶⁰ *Id.*, párr. 48.

situación de vulnerabilidad no debe referirse solo al pleno disfrute de todos los derechos consagrados en la Convención, sino también en otras normas de derechos humanos relacionadas con esas situaciones específicas, como los contemplados en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, entre otros instrumentos.²⁶¹

La Corte IDH también se ha pronunciado sobre el tema de la infancia y más específicamente sobre el principio del interés superior del niño. Cabe recalcar dos Opiniones Consultivas emitidas por este órgano. La primera, sobre la “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño” establece que:

En aras de la tutela efectiva del niño, toda decisión estatal, social o familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho, debe tomar en cuenta el interés superior del niño y ajustarse rigurosamente a las disposiciones que rigen esta materia.²⁶²

La Corte IDH también repite lo que se ha revisado y mencionado por varios autores y por el CRC, que la obligación del Estado en relación a los derechos de los niños:

[...] requieren no sólo que el Estado se abstenga de interferir indebidamente en las relaciones privadas o familiares del niño, sino también que, según las circunstancias, adopte providencias positivas para asegurar el ejercicio y disfrute pleno de los derechos.²⁶³

Por ejemplo, en relación a la determinación del interés superior del niño, el CRC en la Observación General No. 6 recuerda que su aplicación, en el caso de los niños separados y no acompañados:

[...] exige una evaluación clara y a fondo de la identidad de éste y, en particular, de su nacionalidad, crianza, antecedentes étnicos, culturales y lingüísticos, así como las vulnerabilidades y necesidades especiales de protección.²⁶⁴

Además, la Observación General No. 6 considera pertinente reconocer que los niños pueden solicitar asilo, pero deberán hacerlo con la salvaguarda del nombramiento de un tutor competente y que la decisión al igual que las que sigan, como ya se había visto en la OG No. 14 en relación a los niños, niñas y adolescentes que en general no se encuentran en capacidad jurídica y requieren de representación legal: “[...] constituyen una garantía

²⁶¹ *Id.*, párr. 75.

²⁶² Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Opinión Consultiva 17. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. 28 de agosto de 2002, párr. 65.

²⁶³ *Id.*, párr. 88.

²⁶⁴ Comité de los Derechos del Niño. *Trato de los Menores no Acompañados y Separados de su Familia fuera de su País de Origen*. Observación General No. 6 de septiembre de 2005. párr 20.

procesal importantísima para el respeto del interés superior de los menores no acompañados o separados de su familia [...]”.²⁶⁵ Otros derechos que deben ser gozados por los niños son el acceso a la educación, salud y protección especial para evitar que caiga en redes de trata, explotación sexual y otros tipos de violencia, haciendo énfasis en la vulnerabilidad especial de las niñas con respecto a estos malos tratos.²⁶⁶

Se ha visto que el interés superior del niño debe ser considerado como un derecho sustantivo, una norma de interpretación y una norma procedimental, lo cual debe guiar a las actuaciones de las autoridades involucradas en la toma de sus decisiones y actuaciones en general en estos casos. En las siguientes secciones se podrá observar varias recomendaciones que apoyarían a las autoridades a cumplir con sus obligaciones tanto generales como específicas con respecto a los niños, niñas y adolescentes refugiados.

3.3 Procedimiento administrativo.

Como ya se ha comentado previamente, un caso puede involucrar a niños, niñas y adolescentes de tres maneras. Primero, el niño o niña se encuentra acompañado por su núcleo familiar o adultos que están a cargo del mismo. Segundo, el niño o niña no está acompañado, y, tercero, el niño o niña está separado de las personas de quienes está a cargo. En estos tres casos, las autoridades deberán tomar medidas específicas para resolver las solicitudes de asilo y asegurar el efectivo goce de los derechos de los niños involucrados.

Como primera noción, es importante que se reconozca que de acuerdo a las Directrices sobre protección internacional: Solicitudes de asilo de Niños conforme a los Artículos 1(A)2 y 1(F) de la Convención de 1951 y/o el Protocolo de 1967 con respecto al estatus de los refugiados del ACNUR, los niños deben tener acceso a solicitar refugio. El Manual de Atención a Niños, Niñas y Adolescentes determina que las solicitudes de refugio realizadas por menores no acompañados y separados se han establecido como procedimientos de atención prioritaria.²⁶⁷ Sin embargo, no vislumbra la posibilidad de que existan niños que

²⁶⁵ *Id.*, párr. 21.

²⁶⁶ *Id.*, párr. 49 y 50.

²⁶⁷ Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana. *Manual de Procedimientos de Atención a Niños, Niñas y Adolescentes en Situación de Movilidad Humana*. Fondo para el Logro de los Objetivos de

se encuentran acompañados de su núcleo familiar que puedan acceder al procedimiento ya sea porque así lo desean o porque su solicitud es la más fuerte del grupo familiar. Es importante recordar que todos los instrumentos nacionales que se han revisado no contemplan esta posibilidad. . No existe un procedimiento o protocolo que asista a las autoridades en la identificación de cualquiera de estas dos situaciones y que guie la posibilidad de que un niño, niña o adolescente solicite refugio. Si bien es cierto, usualmente los niños, niñas y adolescentes deberían ser considerados dentro de la solicitud de sus padres o representantes legales, y de acuerdo al derecho a la familia y al mismo Decreto Ejecutivo 1182, tienen derecho a presentar una solicitud individual si así lo desean. El Ecuador debe garantizar no solo la identificación de este tipo de casos, alejándose de la presunción de que solamente los adultos del grupo familiar podrán expresar temor fundado y persecución, sino también el acceso al procedimiento de los niños, niñas y adolescentes; sin importar si los niños están acompañados, separados o con su núcleo familiar.

Las solicitudes de los niños, niñas y adolescentes que se encuentren acompañados por su núcleo familiar no pueden ser ignoradas solamente por estar junto a sus representantes legales. El ACNUR dispone que:

Cuando los padres o las personas encargadas del cuidado solicitan asilo basados en el temor de persecución de su niño, normalmente el niño será el principal solicitante aunque se encuentre acompañado por sus padres. En tales casos, de la misma forma que el niño puede beneficiarse de la condición de refugiado reconocida a uno de sus padres, a un padre se le puede, *mutatis mutandis*, conceder el estatuto derivado basado en la condición de refugiado de su hijo. En situaciones en que ambos padres y el niño tengan su propia solicitud de la condición de refugiado, es preferible que cada una de las solicitudes las evalúen separadamente.²⁶⁸

En estos casos, el niño, niña o adolescente podría derivar su estatuto de refugiado a sus padres o representantes legales, cuando usualmente lo que sucede es lo contrario. Sin embargo, es importante que se tome en cuenta que esta derivación de los dos lados no debe ser automática en el caso de existir elementos de exclusión. Por ejemplo, un adulto puede

Desarrollo del Milenio, 2013, p. 45. <http://cancilleria.gob.ec/manual-de-procedimientos-de-atencion-a-ninos-ninas-y-adolescentes-en-situacion-de-movilidad-humana/> (acceso: 2/12/2013).

²⁶⁸ ACNUR, *Guías sobre las solicitudes de asilo relativas a la mutilación genital femenina*, mayo 2009, párr.11. *Vid.* ACNUR, *ExCom Conclusión sobre la protección de las familias de los refugiados*, No. 88 (L), 1999, párr.párrafo (b) (iii). Citados en: ACNUR. *Directrices de Protección Internacional: Solicitudes de asilo de niños bajo los artículos 1(A)2 y 1 (F) de la Convención de 1951 y/o del protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*. 22 de diciembre de 2009, párr. 9.

ser excluible, pero el niño, niña o adolescente que se encuentra bajo su cuidado puede tener suficientes elementos de inclusión para ser reconocido como refugiado. Sobre las particularidades de existir cláusulas de exclusión en niños se verá más adelante.

3.3.1 Recepción de la solicitud

Una solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado puede ser receptada por el Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, ante autoridades del Ministerio del Interior, la Policía Nacional o las Fuerzas Armadas.²⁶⁹ Todas las autoridades mencionadas en el Artículo 27 del Decreto Ejecutivo 1182 deberían estar capacitadas para identificar a solicitantes de refugio menores a los 18 años y poder dirigirlos con prontitud a la Dirección de Refugio para comenzar el procedimiento administrativo. Adicionalmente, de manera ideal, deberían tener capacitación sobre el tema de niñez, los derechos de los niños, el principio del interés superior del niño y sobre las personas en necesidad de protección internacional en general. Las autoridades ante las cuales se pueden presentar las solicitudes de refugio deberían tener un protocolo establecido para casos en los que no exista una Dirección de Refugio en la localidad; que involucre la ágil toma de decisiones apegadas al interés superior del niño para hacer que el procedimiento de reconocimiento de la condición de refugiado esté disponible para el niño, niña o adolescente.

El trámite en la Dirección de Refugio debe ser realizado con celeridad—por ser un grupo de atención prioritaria de acuerdo al Artículo 35 de la Constitución y al Artículo 22 del Decreto Ejecutivo 1182—pero otorgando suficiente tiempo para la correcta preparación por parte del niño o niña para estar debidamente informado, contar con el apoyo (psicológico o de otra índole que pueda necesitar para contar su relato) y que se cuente con la presencia de un representante legal y un abogado.

Esta atención prioritaria, según el ACNUR consiste en: “La prioridad en la tramitación significa, reducción de los períodos de espera en cada una de las etapas del procedimiento de asilo, incluyendo lo que se refiere a la emisión de la decisión de la solicitud”.²⁷⁰ Además: “[...] antes de empezar el procedimiento, los niños requieren de

²⁶⁹ Decreto Ejecutivo 1182. Artículo 27. Reglamento para la Aplicación en el Ecuador del Derecho de Refugio. Registro Oficial 727 del 19 de junio de 2012.

²⁷⁰ ACNUR. *Directrices de Protección Internacional: Solicitudes de asilo de niños bajo los Artículos 1(A)2 y 1(F) de la Convención de 1951 y/o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*. HCR/GIP/09/08 de 22 de diciembre de 2009. párr. . 66

tiempo suficiente para prepararse y reflexionar sobre la rendición del relato de su experiencia. Ellos pueden necesitar tiempo para construir relaciones de confianza con su tutor u otro personal profesional y sentirse a salvo y seguros.”²⁷¹

El Manual de Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana sobre niños en condición de movilidad humana recomienda, en el caso de niños y niñas no acompañados expresa lo siguiente:

Es decir, el momento en que un niño, niña o adolescente no acompañado se acerca a las Oficinas de la Dirección de Refugio, accede al proceso de registro y entrevista de admisibilidad y elegibilidad ese mismo día y, de no ser posible entrevistarlos esa misma fecha de llegada a las instalaciones de la Dirección de Refugio, dicho trámite no puede durar más de una semana.²⁷²

A pesar de ser loable la seriedad y celeridad que se le quiere brindar al paso a la entrevista, si no se puede asegurar que ese mismo día: el niño o niña contará con representación legal, estará debidamente informado, estará preparado para asistir a su entrevista (el forzar que el niño o niña se presente frente a una autoridad para contar su historia sin estar psicológicamente preparado, o en un contexto que no entienda puede ir en detrimento del interés superior del niño) y que se comience a realizar un análisis sobre su situación en el país con respecto a otros derechos, la celeridad en el proceso no sería concordante con la atención prioritaria que se quiere dar.

Uno de los primeros pasos a seguir es el comienzo de la determinación del interés superior del niño una vez que ya ha sido identificada la solicitud y se ha comenzado con el proceso de la recepción de la misma. En los procedimientos de solicitud del reconocimiento de la condición de refugiado este paso no se debe obviar. De manera general, se ha tratado la propuesta de Miguel Cillero sobre el interés superior del niño, que propone que el interés superior del niño es el efectivo goce de los derechos:

En resumen la propuesta de Cillero encierra tres nociones, integralidad, máxima operatividad y mínima restricción de los derechos de niños, niñas y adolescentes. Esto implica, un análisis del conjunto de los derechos que pueden ser afectados con la

²⁷¹ *Ibíd.*

²⁷² Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana. *Manual de Procedimientos de Atención a Niños, Niñas y Adolescentes en Situación de Movilidad Humana*. Fondo para el Logro de los Objetivos de Desarrollo del Milenio, 2013, p. 45. <http://cancilleria.gob.ec/manual-de-procedimientos-de-atencion-a-ninos-ninas-y-adolescentes-en-situacion-de-movilidad-humana/> (acceso: 2/12/2013).

decisión, privilegiando las medidas que aseguren la máxima satisfacción de los derechos posibles, y la menor restricción de ellos.²⁷³

Además, como señala el mismo autor, y como fue notado previamente, la propuesta fue recogida por el CRC en la Observación General No. 14²⁷⁴ que también ha sido discutida en este trabajo y que, dispone que se trate al interés superior del niño como un derecho sustantivo, una norma de interpretación y una norma de procedimiento. A su vez, el ACNUR también ha recogido de manera general esta interpretación del interés superior del niño. Como lo indica en su documento “Niños-Hoja Informativa sobre protección y Cuidado” del año 2007:

El término “interés superior” describe de manera general el “bienestar” del niño. A raíz que cada caso es único, no se puede dar una definición general de lo que es el “interés superior” del niño. Por esta misma razón, el “interés superior” del niño debe ser evaluado de manera individual, tomando en cuenta las características especiales de cada caso. [...]

La persona que tome la decisión debe considerar y hacer un balance de todos los factores relevantes en el caso concreto, dando la importancia apropiada a los derechos y obligaciones establecidos por la CDN y otros instrumentos de derechos humanos, para que se pueda tomar una decisión exhaustiva que mejor proteja los derechos del niño.²⁷⁵

De esta manera, en la obligatoria determinación del interés superior del niño que debe realizar el Estado al identificar un tema de niñez en una solicitud de refugio, la óptica y motivación que se le deberá dar tiene que seguir las directrices sobre el efectivo goce de los derechos, asegurando que las decisiones que se tomen en los casos individualizados aporten al bienestar del niño y restrinjan menos el ejercicio de sus derechos.

3.3.2 Entrevista

Es importante notar que los niños deben ser entrevistados por las autoridades competentes y que las condiciones en las que se hacen dichas entrevistas deben estar

²⁷³ Miguel Cillero Bruñol. “El Interés Superior del Niño en el Marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”. *Derechos y Garantías de la Niñez y la Adolescencia: Hacia la Consolidación de la Doctrina de Protección Integral*. Santamaría Ávila Ramiro, Ledesma Corredores María Belén (Ed), Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, UNICEF y ACNUDH: 2010. Citado en Farith Simon. *Interés superior del Niño: Técnicas de Reducción de la Discrecionalidad Abusiva*. Quito: Ediciones Iuris Dicio: 2014, p. 141.

²⁷⁴ Farith Simon. *Interés superior del Niño: Técnicas de Reducción de la Discrecionalidad Abusiva*. Quito: Ediciones Iuris Dicio: 2014, p. 141.

²⁷⁵ ACNUR. *Niños: Hoja Informativa sobre Protección y Cuidado* (2007), p. 1. <http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=50acb9c52> (acceso: 3/01/2014).

adecuadas para los niños, niñas y adolescentes. La opinión Consultiva 21 de la Corte IDH establece que:

La entrevista debe ser realizada en un lugar adecuado a las necesidades y seguridad de las niñas y niños, lo cual significa un espacio que no resulte amenazante, y por un profesional que cuente con una capacitación especializada. Al inicio de la entrevista, la autoridad debe informar a la niña o niño lo que sucederá, procurando en todo momento evitar la incomodidad y resaltando que se trata de una entrevista confidencial.²⁷⁶

La necesidad de que la entrevista se lleve a cabo en un ambiente seguro, que inspire comodidad y confianza y que sea realizada por personal entrenado es un criterio que se repite en varias ocasiones por varios organismos especializados. Las “Directrices Inter-Agenciales sobre Niños y Niñas no Acompañados” del ACNUR determina: “Cada niño o niña debe ser entrevistado por personal entrenado, en un lugar tranquilo que lo haga sentir tan seguro y cómodo como sea posible para minimizar la angustia”.²⁷⁷ La Organización Internacional de la Migración (OIM en adelante), presentó en su *amicus curiae* a la Corte IDH para la Opinión Consultiva 21 lo siguiente:

La evaluación [de las necesidades de protección] deberá realizarse con criterios científicos, seguridad e imparcialidad, atendiendo al interés del menor y a consideraciones de género, evitando todo riesgo de violación de su integridad física, respetando debidamente su dignidad humana, y, en caso de incertidumbre, otorgando al individuo el beneficio de la duda, de manera que, en la hipótesis de que se trate de un menor, se lo trate como tal; deberá realizarse una inspección inmediata en el registro tras una entrevista inicial adaptada a las necesidades, edad y sexo del menor, realizada por profesionales calificados en un idioma que el menor pueda comprender [...].²⁷⁸

La entrevista, por lo tanto, no solo deberá constar con las salvaguardas que deberían asistir a los adultos, sino que también debería estar ajustada y pensada específicamente para niños, niñas y adolescentes. Las consideraciones de edad, sexo y otras necesidades que se hayan identificado hasta ese momento tienen que ser tomadas en cuenta. Además, cabe recalcar que la entrevista debería darse con apoyo psicológico y con la presencia de un abogado que vele por los intereses del niño, niña o adolescente que está siendo entrevistado.

²⁷⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Opinión Consultiva 21. Derechos y Garantías de Niñas y Niños en el Contexto de la Migración y/o en Necesidad de Protección Internacional*. 19 de agosto de 2014, párr.254.

²⁷⁷ Comité Internacional de la Cruz Roja. *Directrices Generales Inter-Agenciales sobre Niños y Niñas no Acompañados y Separados*. Ginebra: 2004, p. 20.

²⁷⁸ Organización Internacional para las Migraciones. *Amicus Curiae presentado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos por la Organización Internacional para las Migraciones (OIM). Solicitud de Opinión Consultiva sobre Niñez Migrante*. 17 de febrero de 2012, párr. 24

La importancia de seguir estas recomendaciones en las entrevistas con niños, niñas y adolescentes que solicitan refugio es vital. Una entrevista conducida por una persona no capacitada, o en un ambiente intimidante, o sin la presencia de apoyo psicológico o legal, podría resultar en una entrevista que, primero, re-victimice y haga daño al niño, niña o adolescente de manera innecesaria y segundo, que brinde información errónea sobre el caso de refugio o sobre las necesidades de protección.

3.3.3 Derecho del niño a participar en los procedimientos

De acuerdo a lo ya revisado, uno de los principios rectores de la CDN es el derecho del niño a opinar, que se encuentra contenido en el Artículo 12 de dicho instrumento:

Artículo 12

1. Los Estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.²⁷⁹

Esta garantía procesal ha sido explicada en varios documentos. Por ejemplo, en la Observación General No. 14 el CRC consideró que el mandato de tomar en cuenta la opinión del niño, niña o adolescente comprende no solo el escuchar la opinión, sino también dar la información correcta y necesaria al niño para que pueda dar dicha opinión:

Un elemento fundamental del proceso es la comunicación con los niños para lograr que participen de manera provechosa en él y determinar su interés superior. En el marco de esa comunicación, entre otras cosas, se deberá informar a los niños sobre el proceso y posibles servicios y soluciones duraderas, reunión información proporcionada por los niños y pedirles opinión.²⁸⁰

Existirán casos en las que la expresión de la opinión pueda ser directa de acuerdo a la edad y madurez de un niño, niña o adolescente. Sin embargo, el CRC también menciona la importancia de la existencia de un representante adecuado en los casos en los que se esté

²⁷⁹ Convención sobre los Derechos del Niño (1989). Artículo 12.

²⁸⁰ Comité de los Derechos del Niño. *Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (Artículo 3, párrafo 1)*. 29 de mayo de 2013, párr. 89.

determinando su interés superior si puede existir conflicto entre las partes que toman la decisión.²⁸¹

En el caso del procedimiento de reconocimiento de la condición de refugiado en el Ecuador, este principio debe ser incorporado durante toda la duración del procedimiento y en las medidas que se tomen después de la resolución de las autoridades. En el caso de niños no acompañados y separados, el Estado debe tener una respuesta normada para asegurar que la opinión del niño o niña sea escuchada, como prescribe la CDN, ya sea directamente o mediante un representante legal. La normativa vigente, el Decreto Ejecutivo 1182 solamente considera la posibilidad de que una persona pueda expresar su opinión si se encuentra en la etapa de elegibilidad, donde se realiza una entrevista que luego será estudiada por la autoridad competente. Si la solicitud es calificada de abusiva, manifiestamente infundada o ilegítima, o se presenta después del plazo de 3 meses, el solicitante no tendrá audiencia con un funcionario de la Dirección de Refugio que recoja la información necesaria para decidir sobre los méritos de su caso. No existe una disposición en el Decreto Ejecutivo 1182 que determine que estos límites no se apliquen en el caso de que los solicitantes sean niños, niñas o adolescentes; ya sea que estén acompañados, no acompañados o separados. La aplicación de la etapa de admisibilidad debe ser eliminada en general ya que vulnera derechos y especialmente no puede ser aplicada a casos de niños y niñas debe ser eliminada.

En todo momento de la etapa de elegibilidad, se debe asegurar que los niños y niñas puedan expresar su opinión y que aquella sea debidamente tomada en cuenta por la Comisión para Determinar la Condición de los/las Refugiados/as en el Ecuador. Para esto, es importante recordar que el Artículo 12 de la CDN no establece un límite de edad para la habilidad de expresar las opiniones del niño y la validez de las mismas.²⁸² Sin embargo lo que sí se requiere es que un profesional especializado en niñez determine el desarrollo de las facultades del niño o niña. El Comité de los Derechos del Niño sugiere que se apliquen cinco medidas para garantizar este derecho: 1. Que haya una debida preparación con el niño o niña y que estén debidamente informados de su derecho de expresar sus opiniones, cómo puede hacerlo y ante quién lo hará. 2. El contexto en el cual el niño o niña expresa su

²⁸¹ *Id.*, párr. 96.

²⁸² Comité de los Derechos del Niño. *Observación general No. 12. El Derecho del Niño a ser Escuchado.* (2009), párr. 28-30.

opinión debe ser preparado para inspirar confianza y la persona que recepte dicha opinión deberá estar dispuesta a considerarla seriamente. 3. Se debe realizar una evaluación de la capacidad del niño de formar su propio juicio para poder tomar en cuenta su opinión. 4. La persona encargada de adoptar las decisiones deberá explicar al niño o niña cómo se tomaron en cuenta y sobre cómo afectó al procedimiento. 5. El niño o niña no solo debe tener el derecho a impugnar, sino que debe estar adecuadamente informado sobre cómo se debe hacer y deberá tener asistencia para hacerlo si así lo desea.²⁸³

El Manual de Atención a Niños, Niñas y Adolescentes de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana determina que para asegurar los derechos de los niños que se encuentren no acompañados, se deberá avisar a HIAS²⁸⁴ para que realice el acompañamiento psicológico, además de notificar a la DINAPEN quien a su vez deberá poner en conocimiento de un Juez de Niñez y Adolescencia para que se determinen las medidas de protección necesarias.²⁸⁵ No se menciona en dicho Manual la manera en la que la opinión del niño será tomada en cuenta, ni cómo se determinará si debe ser tomada en cuenta, ni la obligación de proveer de representantes legales. El Ecuador debe establecer un procedimiento claro y específico para asegurar que este derecho de los niños y niñas sea respetado dentro del procedimiento para solicitar refugio en el país.

3.3.4 Medidas de protección y reunificación familiar

Paralelamente a la recepción de la solicitud y al acceso al procedimiento, las autoridades competentes deben comenzar a revisar la posibilidad de la necesidad de que se apliquen medidas de protección y cuáles son las más pertinentes para cada caso. La legislación ecuatoriana contempla varias y pueden ser dictadas por la Junta Cantonal de Protección de Derechos, en el caso de ser medidas administrativas y el Juez de la Niñez y la Adolescencia, cuando son medidas judiciales. El Código de la Niñez y la Adolescencia determina las siguientes medidas:

²⁸³ Comité de los Derechos del Niño. *Observación general No. 12. El Derecho del Niño a ser Escuchado*. (2009), párr. 41-46.

²⁸⁴ Organización no gubernamental que trabaja en el Ecuador ofreciendo asistencia humanitaria, acompañamiento psicológico y trabajo social a personas solicitantes de refugio y refugiadas. Más información en: <http://www.hias.org/hias-ecuador>

²⁸⁵ Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana. *Manual de Procedimientos de Atención a Niños, Niñas y Adolescentes en Situación de Movilidad Humana*. Fondo para el Logro de los Objetivos de Desarrollo del Milenio, 2013, pp. 45-46. <http://cancilleria.gob.ec/manual-de-procedimientos-de-atencion-a-ninos-ninas-y-adolescentes-en-situacion-de-movilidad-humana/> (acceso: 2/12/2013).

Art. 215.- Las medidas de protección si administrativas y judiciales.

Además de las contempladas en el Título IV del Libro Primero y en otros cuerpos legales, son medidas administrativas de protección:

1.Las acciones de carácter educativo, terapéutico, sicológico o material de apoyo al núcleo familiar, para preservar, fortalecer o restablecer sus vínculos en beneficio del interés superior del niño, niña o adolescente;

2.La orden de cuidado del niño, niña o adolescente en su hogar;

3.La reinserción familiar o retorno del niño, niña y adolescente a su familia biológica;

4.La orden de inserción del niño, niña o adolescente o de la persona comprometidos en la amenaza o violación del derecho en alguno de los programas de protección que contempla el sistema y que, a juicio de la autoridad competente, sea el más adecuado según el tipo de acto violatorio, [...];

5.El alejamiento temporal de la persona que ha amenazado o violado un derecho o garantía, del lugar en que convive con el niño, niña o adolescente afectado; y,

6.La custodia de emergencia del niño, niña o adolescente afectado, en un hogar de familia o una entidad de atención, hasta por setenta y dos horas, tiempo en el cual el juez dispondrá la medida de protección que corresponda.

Son medidas judiciales: el acogimiento familiar, el acogimiento institucional y la adopción.²⁸⁶

Las autoridades que identifiquen a un niño, niña o adolescente no acompañado o separado deberían notificar a la Junta Cantonal de protección de Derechos sobre la situación de manera inmediata, para que se pueda realizar, paralelamente al procedimiento de reconocimiento de la condición de refugiado, la toma de medidas de protección adecuadas para cada caso. Además de las que se detallan en el Código de la Niñez y la Adolescencia, se debe dar facilidades para acceder al procedimiento para solicitar refugio en el Ecuador, realizar lo posible para identificar al niño o niña y su edad si no se conocen, gestiones para contactar a familiares en el país de destino o de origen (si no son los agentes persecutores en el caso específico), nombramiento de un tutor y/o un representante legal, la coordinación de asistencia humanitaria, psicológica y médica, solución de la situación de vivienda, alimentación y vestimenta del niño o niña. Además, como menciona el Manual de Atención a Niños, Niñas y Adolescentes, se debe tratar el caso como procedimiento de atención prioritaria.²⁸⁷ Esto significa que se debería tener especial cuidado con las

²⁸⁶ Código de la Niñez y Adolescencia. Artículo 215. Registro Oficial 737 del 3 de enero de 2003.

²⁸⁷ Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana. *Manual de Procedimientos de Atención a Niños, Niñas y Adolescentes en Situación de Movilidad Humana*. Fondo para el Logro de los Objetivos de

garantías del debido proceso, la respuesta sobre la solicitud de asilo deberá ser ágil y debe estar adecuadamente motivada en el principio del interés superior del niño y se debe tomar en cuenta la opinión del niño o niña considerando su estado de madurez y edad. Un trabajo coordinado entre las autoridades tanto administrativas como judiciales es imperante para este primer momento en la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes no acompañados.

Si el niño se encuentra separado, es decir, si se encuentra acompañado de algún adulto que no es necesariamente la persona que ejerce la representación legal o que en circunstancias normales tendría la custodia o tenencia del niño o niña, se debe realizar, al igual que con los niños y niñas no acompañados, un esfuerzo para encontrar a los parientes del niño. Se debe intentar determinar la razón de la separación al igual que un análisis basado en el interés superior del niño sobre la situación actual del niño o niña: en ciertos casos, sería recomendable el permitir que siga con la persona que lo ha estado cuidando, pero en otros casos puede existir vulneración de derechos y deberán ser apartados de la persona que los acompaña. Estas decisiones deben ser tomadas por las autoridades pertinentes, es decir, la Junta Cantonal de Protección de Derechos y un Juez de la Niñez y la Adolescencia, en el caso de necesitarse medidas judiciales. Estas decisiones deben estar sustentadas en el principio del interés superior del niño. Las recomendaciones sobre acceso al procedimiento, identificación temprana y debido proceso se aplican de igual manera en estas situaciones.

Es importante también notar que no se debe detener a los niños, niñas y adolescentes. Con respecto a la no privación de libertad de niñas, niños o adolescentes por su situación migratoria irregular, la Corte IDH considera que:

[...] a criterio de la Corte, los Estados no pueden recurrir a la privación de libertad de niñas o niños que se encuentran junto a sus progenitores, así como de aquellos que se encuentran no acompañados o separados de sus progenitores, para cautelar los fines de un proceso migratorio ni tampoco pueden fundamentar tal medida en el incumplimiento de los requisitos para ingresar y permanecer en un país, en el hecho de que la niña o el niño se encuentre solo o separado de su familia, o en la finalidad de asegurar la unidad familiar, toda vez que pueden y deben disponer de alternativas menos lesivas y, al mismo

tiempo, proteger de toda forma prioritaria e integral de los derechos de la niña o del niño.²⁸⁸

Adicionalmente, el Relator Especial en Contra de la Tortura de las Naciones Unidas ha expresado que, tomando en cuenta los varios casos documentados de malos tratos en centros de detención por razones migratorias:

Within the context of administrative immigration enforcement, it is now clear that the deprivation of liberty of children based on their parents' immigration status is never in the best interest of the child, exceeds the requirement of necessity, becomes grossly disproportionate and may constitute cruel, inhuman or degrading treatment of migrant children. [...] The Special Rapporteur therefore concludes that the principle of *ultima ratio* that applies to juvenile criminal justice is not applicable to immigration proceedings. The deprivation of liberty of children based exclusively on immigration-related reasons exceeds the requirement of necessity because the measure is not absolutely essential to ensure the appearance of children at immigrations proceedings or to implement a deportation order. Deprivation of liberty in this context can never be construed as a measure that complies with the child's best interest. Immigration detention practices across the globe, whether *de jure* or *de facto*, put children at risk of cruel, inhuman or degrading treatment or punishment.²⁸⁹

Las medidas de protección que pueden dictarse contemplan la posibilidad de acogimiento institucional el cual puede darse dependiendo de las necesidades de los niños, niñas y adolescentes. El Ecuador determina la detención de adolescentes solamente para la investigación y/o para asegurar la comparecencia (solamente por las veinticuatro horas previas a la audiencia).²⁹⁰ Sin embargo, existen algunos Estados que tienden hacia la detención de migrantes y refugiados y la justifican de diferentes maneras. Una primera razón que exponen lo ve como: “[...] una medida necesaria para comprobar la identidad de los migrantes irregulares y para asegurar de que no representen una amenaza de salud o

²⁸⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Opinión Consultiva 21. Derechos y Garantías de Niñas y Niños en el Contexto de la Migración y/o en Necesidad de Protección Internacional*. 19 de agosto de 2014, párr. 160.

²⁸⁹ Human Rights Council. *Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, Juan E. Méndez*. A/HRC/28/68. 5 de marzo de 2015, párr. 80. “Dentro del contexto de la ejecución de lo administrativo migratorio, está ahora claro que la privación de libertad de niños basado en el estatus migratorio de sus padres nunca está en el interés superior del niño, excede el requisito de la necesidad, se convierte en gravemente desproporcionado y puede constituirse en trato cruel, inhumano o degradante de los niños migrantes. El Relator Especial por lo tanto concluye que el principio de *ultima ratio* que se aplica a la justicia criminal juvenil no se aplica a los procedimientos de migración. La privación de libertad basada exclusivamente en razones relativas a la migración excede el requisito de la necesidad porque la medida no absolutamente esencial para asegurar la comparecencia en los procedimiento migratorios o para implementar una orden de deportación. La privación de libertad en este contexto nunca puede ser interpretada como una medida que está de acuerdo con el interés superior del niño. Las prácticas de detención migratoria alrededor del mundo, ya sean *de jure* o *de facto*, ponen a los niños en riesgo de trato cruel, inhumano o degradante”.

²⁹⁰ Código de la Niñez y la Adolescencia. Artículos 325, 328 y 329.

seguridad para sus ciudadanos”.²⁹¹ Otra razón que se ha utilizado para justificar la detención ha sido el argumento de que evita la fuga de las personas, asegurando que, si se determina que no se reconocerá la condición de refugiado, el individuo que se encuentra detenido será más fácil de encontrar y posteriormente expulsar. Otras razones incluyen el argumento de que es un método de disuasión para la migración irregular²⁹² y, en el caso específico de los niños, se argumenta una visión pragmática:

Los niños a veces son detenidos porque no hay suficientes recursos en la comunidad para asegurar el bienestar de un niño. Esto da lugar a una errónea, pero a veces genuina creencia de que la detención puede ser el interés superior del niño. Debe haber suficiente protección disponible para los niños que son liberados de la detención o que lo evitan. Del punto de vista práctico, deben haber suficientes recursos de tutela y acogida accesibles a los niños para asegurarse que la detención no representa la mejor de una mala serie de opciones [...].²⁹³

El problema en el Ecuador no se concentra en evitar la detención de niños y niñas migrantes o refugiados/as, sino en la emisión de políticas públicas, protocolos y rutas de acción claras para asegurar el efectivo goce de los derechos, el acceso al procedimiento y la protección de los niños o niñas refugiados a corto y largo plazo y evitar la detención o institucionalización de los mismos. La Cruz Roja ha considerado que la institucionalización debe ser una medida de *ultimaratio*,²⁹⁴ y como se observó previamente, según el Relator Especial en Contra de la Tortura, la detención de niños por razones migratorias de ninguna manera cumple con los requisitos de necesidad y por lo tanto ni siquiera puede pasar el estándar de *ultima ratio*.

Por ejemplo, el modelo de Evaluación y Colocación sensible a los niños (o CCAP) el cual consiste en cinco pasos para garantizar que los niños no sean detenidos. El primer paso consiste en la prevención: “Es una presunción en contra de la detención de los niños. Se produce antes de la llegada al territorio de un Estado de cualquier niño que sea refugiado, solicitante de asilo o migrante irregular”.²⁹⁵ En Ecuador, existe una norma clara

²⁹¹ Coalición Internacional contra la Detención. *Infancia Cautiva. Introducción de un Nuevo Modelo para Garantizar los Derechos y Libertad de Niños Refugiados, Solicitantes de Asilo y Migrantes Irregulares Afectados por la Detención Migratoria*. Melbourne: 2012, p. 33.

²⁹² *Id.*, p. 34

²⁹³ *Id.*, p. 35

²⁹⁴ Comité Internacional de la Cruz Roja. *Directrices Generales Inter-Agenciales sobre Niños y Niñas no Acompañados y Separados*. Ginebra: 2004, p. 26

²⁹⁵ Coalición Internacional contra la Detención. *Infancia Cautiva. Introducción de un Nuevo Modelo para Garantizar los Derechos y Libertad de Niños Refugiados, Solicitantes de Asilo y Migrantes Irregulares Afectados por la Detención Migratoria*. Melbourne: 2012, p. 60.

que prohíbe la detención de niños y niñas y establece solo dos ocasiones en las que se puede detener a adolescentes, como se había visto, para la investigación y para asegurar la comparecencia. Ninguna de las anteriores se debe aplicar en el caso de adolescentes refugiados ya que en la premisa que contempla el Código de la Niñez y Adolescencia, estas medidas se aplican a adolescentes infractores y los adolescentes refugiados no han cometido ninguna infracción.

El segundo paso consiste en una evaluación y remisión en la cual se asigna un tutor para el niño no acompañado, un trabajador social si se requiere aun cuando se encuentre con su familia y: “[...] la colocación del niño o de la familia en un entorno comunitario”.²⁹⁶ Esta colocación comunitaria debe ser adecuada, que permita el libre movimiento y acceso a servicios y derechos básicos como salud y educación. Además, ya sean individuales o colectivos, los espacios donde serán alojados deben contar con las seguridades debidas para evitar la vulneración de los derechos.²⁹⁷ Ya sea la medida de protección de acogida familiar o de acogida institucional, se deben seguir estas recomendaciones para evitar causar mayor daño a los niños, niñas y adolescentes en esta situación. Además, el Estado debe asegurar la existencia de lugares como los descritos, especialmente donde hay más flujo de refugiados y finalmente, garantizar que los niños refugiados no sean acogidos por centros no especializados. En el tercer paso, denominado de “gestión y procesamiento”, se debe determinar la gestión misma del caso, se debe realizar una evaluación del interés superior del niño y se deben identificar las medidas de protección que se deberán aplicar.²⁹⁸ El cuarto paso de revisión y salvaguarda:

Consiste en garantizar que los derechos de los niños y su interés superior están protegidos. Esto incluye la evaluación legal de diversas decisiones tomadas con respecto de los niños y sus familias—incluidas las decisiones sobre dónde se alojan y sobre su condición legal. También incluye una oportunidad por parte de los Estados para examinar las condiciones que acompañan la colocación del niño o de la familia en la comunidad después de una decisión final de la condición migratoria.²⁹⁹

Esta evaluación constante debe darse de manera periódica, permitiendo agilidad en la toma de decisiones por parte de las autoridades que puedan mejorar la situación del niño o

²⁹⁶ *Ibid.*

²⁹⁷ Coalición Internacional contra la Detención. *Infancia Cautiva. Introducción de un Nuevo Modelo para Garantizar los Derechos y Libertad de Niños Refugiados, Solicitantes de Asilo y Migrantes Irregulares Afectados por la Detención Migratoria*. Melbourne: 2012, p. 76

²⁹⁸ *Id.*, p. 61.

²⁹⁹ *Id.*, p. 62.

niña o evitar que la misma decaiga. Para esto se debe exigir la colaboración de Juzgados de la Niñez y Adolescencia, las Juntas Cantonales de Protección, la DINAPEN y organismos de Naciones Unidas—como ACNUR y UNICEF—y organizaciones de la sociedad civil tales como *Save the Children*, HIAS y *Asylum Access*, todas las cuales trabajan en varias localidades del país y en puestos en las fronteras que son de alto flujo migratorio y de refugio que tengan la capacidad para apoyar el proceso. La evaluación de los pasos a seguir después de resolverse sobre la solicitud de refugio o sobre la condición migratoria del niño o niña también es de gran importancia ya que permitirá que las soluciones a largo plazo no tomen demasiado tiempo en ser aplicadas, evitando así la vulneración de los derechos de los niños o la creación de daño innecesario.

Finalmente, el quinto paso se concentra en la resolución de los casos. Las evaluaciones realizadas en el paso anterior ayudarán a resolver la situación del niño cuando exista o no base legal para su estadía en el país de destino las acciones a tomarse después de la determinación del caso.³⁰⁰

Este es solo un ejemplo para evitar la detención. La Cruz Roja menciona en su documento: “Directrices Generales Inter-Agenciales sobre Niñas y Niños No acompañados y Separados” del 2004 la posibilidad de utilizar “hogares de guarda” en los que los niños están separados de sus familias y son cuidados en un lugar diferente. Estos hogares pueden darse de manera tradicional o informal, espontáneamente o de manera convenida;³⁰¹ pero de cualquier manera la situación debe ser monitoreada constantemente para evitar la explotación o vulneración de derechos. Otra opción es el cuidado institucional, aunque se reconoce que debe ser una última opción.³⁰² Estas dos opciones, como se ha visto, están contempladas en la legislación ecuatoriana en los casos en los que haya necesidad de utilizarlas.

Finalmente, cabe recalcar que, siguiendo la línea de la doctrina de la protección integral, el efectivo goce de los derechos por parte de los niños debe ser una prioridad. Aunque se encuentren dentro del procedimiento administrativo de reconocimiento de la

³⁰⁰*Id.*, p. 63.

³⁰¹ Comité Internacional de la Cruz Roja. *Directrices Generales Inter-Agenciales sobre Niños y Niñas no Acompañados y Separados*. Ginebra: 2004, p. 25.

³⁰²*Id.*, p. 26: Se le debe dar prioridad a las soluciones basadas en la comunidad, construidas sobre estructuras sociales existentes. Hay momentos, sin embargo, en que no es posible conseguir el cuidado por una familia y se requiere el cuidado y protección institucional temporal.

condición de refugiado, se encuentren separados, no acompañados o con su familia, el Ecuador debe asegurar que sigan gozando de sus derechos, esto significa: acceso a salud, educación, esparcimiento, etc. Después de la resolución de su caso o la de sus familiares, y aun cuando fuere negada la solicitud de refugio y se inicie un procedimiento de deportación, el Estado tiene la obligación de seguir asegurando estos derechos, de acuerdo a las obligaciones establecidas en la CDN, otros instrumentos internacionales de derechos humanos y la misma Constitución ecuatoriana.

El ya mencionado Manual de Atención a Niños, Niñas y Adolescentes es un avance interesante para el tema de los niños, niñas y adolescentes en movilidad humana y contiene una sección sobre refugio.³⁰³ En cuestiones de refugio se menciona la protección que deberá tener el niño, niña o adolescente cuando se acerque a solicitar asilo: se deberá darles atención prioritaria—recibirlos, de ser posible en la entrevista de admisibilidad y elegibilidad el mismo día en el que se presenten—durante el procedimiento se propone un acompañamiento psicológico realizado por HIAS, seguimiento por parte de la DINAPEN para monitorear el debido proceso, y el involucramiento de Juez de la Niñez y Adolescencia para que se determinen las medidas necesarias para la protección del niño.³⁰⁴

El Manual de Atención a Niños, Niñas y Adolescentes también cita las restricciones del plazo de los 15 días para solicitar refugio—y guarda silencio sobre la posible aplicación de esta norma a niños y niñas—, los plazos para apelar frente al Ministerio de Relaciones Exteriores y la norma que determina que de ser negada una solicitud de refugio la persona debe salir del país en 15 días o regularizar su situación migratoria de alguna otra manera.³⁰⁵

La reunificación familiar en el derecho internacional de refugio se basa en el derecho a la familia que ha sido reconocido en varios instrumentos internacionales. La DUDH en su Artículo 16, numeral tercero reconoce: “3. La familia es el elemento natural y fundamental

³⁰³ El Manual se concentra también en niños, niñas y adolescentes de familias de migrantes, procesos de alimentos, etc.

³⁰⁴ Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana. *Manual de Procedimientos de Atención a Niños, Niñas y Adolescentes en Situación de Movilidad Humana*. Fondo para el Logro de los Objetivos de Desarrollo del Milenio, 2013, p. 45-46. <http://cancilleria.gob.ec/manual-de-procedimientos-de-atencion-a-ninos-ninas-y-adolescentes-en-situacion-de-movilidad-humana/> (acceso: 2/12/2013).

³⁰⁵ *Id.*, p. 48.

de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”.³⁰⁶ La CADH por su parte, en su Artículo 17 determina: “1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y por el Estado”.³⁰⁷ El PIDCP tiene en su Artículo 23 una norma similar sobre el derecho a la familia.³⁰⁸ La Constitución ecuatoriana recoge la protección a la familia en el Artículo 67: “Se reconoce a 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”.³⁰⁹

En el tema específico de refugio, la Convención de 1951 no contiene una norma específica sobre el derecho a la familia o a la reunificación familiar. Sin embargo, en el Acta Final de la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Estatuto de los Refugiados y de los Apátridas, los asistentes realizaron la siguiente recomendación:

La Conferencia, Considerando que la unidad de la familia, elemento natural y fundamental de la sociedad, es un derecho esencial del refugiado; y que esta unidad se halla constantemente amenazada; y [...]

Recomienda a los Gobiernos que adopten las medidas necesarias para la protección a la familia del refugiado y especialmente para: 1. Asegurar que se mantenga la unidad de la familia del refugiado, sobre todo en aquellos casos en que el jefe de familia reúna las condiciones necesarias para ser admitido en un país; 2. Asegurar la protección a los refugiados menores de edad y sobre todo a los niños aislados y a las jóvenes, especialmente en cuanto a la tutela y la adopción.³¹⁰

El Ecuador ha adoptado la recomendación en el tema de refugio en el Decreto Ejecutivo 1182 en el Artículo 6, reconociendo el derecho a la unidad familiar:

Artículo 6.- La unidad familiar es un derecho esencial de la persona refugiada. En tal virtud, la condición de refugiado/a le será también reconocida al cónyuge o pareja que formen una unión de hecho en términos de la ley ecuatoriana, los hijos e hijas menores de edad, y otros familiares bajo custodia legal de la persona reconocida como refugiado/a, para lo cual el refugiado/a deberá presentar la documentación que acredite tal custodia hasta cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad.

³⁰⁶ Declaración Universal de Derechos Humanos (1948). Artículo 16.

³⁰⁷ Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969). Artículo 17.

³⁰⁸ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. (1976). Artículo 23. 1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

³⁰⁹ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 67. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

³¹⁰ Acta Final de la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Estatuto de los Refugiados y de los Apátridas de 28 de julio de 1951. <http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opensslpdf.pdf?reldoc=y&docid=50ac926d2> (acceso: 30/01/2015).

La condición de refugiado/a podrá asimismo extenderse a los hijos e hijas mayores de edad, otros familiares o miembros del hogar dependientes económicamente de la persona refugiada.³¹¹

El explícito reconocimiento por parte del Ecuador de este derecho es de suma importancia. Extender el reconocimiento a las personas determinadas en el Art. 6 permite que las personas refugiadas puedan mantener sus relaciones familiares y gozar de su derecho a tener una familia.

Sin embargo, en el caso de niños y niñas separados o no acompañados, hace falta este mismo reconocimiento expreso, que dirija a las autoridades a asegurar que en estos casos, la localización, y, de estar acorde al interés superior del niño, la reunificación con la familia de los niños, niñas y adolescentes afectados. Dicha localización y reunificación se debe coordinar no solo con el país de origen (en los casos en los que se pueda contactar al país de origen sin poner en riesgo al niño o niña) sino que también debe estar asistida por organismos internacionales como la Cruz Roja Internacional que ofrece asistencia en estos casos.³¹²

En el caso en el que existan indicios de que la reunificación familiar resulte en detrimento del interés superior del niño, o que el mismo hecho de ponerlos en contacto pueda representar un peligro al niño, se deberá primero, escuchar la opinión del niño, a quién se le deben dar todas las facilidades para que exprese su opinión en un ambiente de confianza y frente a personal especializado. No se debe solamente tomar en cuenta la opinión del niño porque, como se ha revisado previamente, los niños a veces no podrán demostrar todo el temor que alguna situación o persona les causa o podrían tener temor exagerado por varias condiciones. Es importante que el Estado inicie una investigación que tenga como propósito el determinar si la reunificación familiar o el mismo contacto con el país de origen sirve al interés superior del niño. Si es posible, se puede buscar la opinión de los padres o de los adultos que estén acompañando al niño. Sin embargo:

El derecho a la vida, el derecho a no ser torturado, a no ser objeto de otros tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes, como se establece en los instrumentos internacionales de derechos humanos establece parámetros decisivos para la DIS [determinación del interés superior]. Los Artículos 19,34,35,36,37 y 38 de la CDN se

³¹¹ Decreto Ejecutivo 1182. Reglamento para la Aplicación en el Ecuador del Derecho de Refugio. Artículo 6. Registro Oficial 727 del 19 de junio de 2012.

³¹² Comité Internacional de la Cruz Roja. *Directrices Generales Inter-Agenciales sobre Niños y Niñas no Acompañados y Separados*. Ginebra: 2004, p. 5.

refieren, expresamente, a la protección de la seguridad del niño, incluida la protección contra el perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación sexual, las prácticas tradicionales nocivas, la trata y el secuestro, el trabajo infantil y la protección contra amenazas a la vida de los niños derivadas del conflicto armado, tales como el reclutamiento de menores de edad.

De ellos se desprende que si el panel de la DIS determina que el niño se halla expuesto, o puede llegar a estarlo, a violaciones de los derechos humanos fundamentales del tipo de los descritos en el párrafo anterior, debe normalmente pesar más que cualquier otro factor.³¹³

La decisión que se tome con respecto a la reunificación familiar debe estar sustentada en el principio del interés superior del niño, tomando en cuenta no solo la misma opinión del niño, sino también la posibilidad de que existan vulneraciones a sus derechos humanos de ser devueltos a su núcleo familiar. En este caso, queda por sentado que debe también operar el principio de no devolución.

3.3.5 Análisis de la solicitud

El análisis de la solicitud de un niño, niña o adolescente de reconocimiento de la condición de refugiado también debe estar matizado por las consideraciones necesarias con respecto a la edad del solicitante. Es importante por lo tanto, revisar los elementos de la definición de refugiado desde este enfoque, a saber, el temor fundado, la persecución, los elementos de la misma (raza, nacionalidad, religión, grupo social determinado y opinión política).

Con respecto a la persecución, es importante recordar que está ligada a dos elementos: los derechos vulnerados y los agentes de persecución. En el caso de los derechos vulnerados se debe tomar en cuenta que:

Un entendimiento contemporáneo y sensible a los niños de la persecución, abarca muchos tipos de violaciones a los derechos humanos, incluyendo violaciones a los derechos específicos del niño. Es esencial analizar la normativa de la CDN y de otros instrumentos internacionales de derechos humanos relevantes (...).

Las necesidades socio económicas de los niños frecuentemente son más convincentes que las de los adultos, particularmente debido a su dependencia de los adultos y por sus necesidades de desarrollo únicas. La privación de derechos económicos, sociales y

³¹³ ACNUR. *Directrices del ACNUR para la determinación del interés superior del niño*. (2008), p. 69-70.

culturales, incluso, puede ser relevante para la valoración de la solicitud del niño como el de los derechos civiles y políticos.³¹⁴

Con respecto a las acciones que se consideren como persecución, el ACNUR nota que:

Aunque los niños puedan enfrentar formas similares o idénticas de daño como los adultos, ellos pueden experimentarlo de manera distinta. Las acciones y amenazas que no puedan alcanzar el umbral de persecución en el caso de un adulto, puede equivaler a persecución en el caso de un niño por el simple hecho de ser un niño.³¹⁵

La noción del daño que un niño o niña puede experimentar, con respecto a la persecución que alega también debe ser revisado de una manera diferente:

El principio del interés superior del niño requiere que el peligro sea revisado desde la perspectiva del niño. Esto puede incluir el análisis de cómo los derechos del niño o sus intereses son o serán afectados por el peligro. Los malos tratos que puede que no llegue a nivel de persecución en el caso de un adulto, puede que lo haga en el caso de un niño.³¹⁶

La recomendación del ACNUR no significa que se deba abandonar la objetividad del análisis sobre la persecución en el caso de que el solicitante sea un niño. El análisis de la persecución debe tomar en cuenta la posición especial del niño, la efectividad de acceso a la justicia que pueda gozar en su país de origen o residencia habitual—si las autoridades están calificadas para proteger a niños y niñas, si existe un sistema efectivo para que lo hagan—y la posición social del niño en el mismo. Además, no hay como obviar la posibilidad de que la persecución sea el elemento central debido a que se reconoce que existen actos persecutorios solamente dirigidos a niños como el reclutamiento de menores, la trata o la mutilación genital femenina.³¹⁷

Con respecto a los agentes de persecución, el ACNUR considera que usualmente son actores no estatales, aunque la noción de persecución por parte del Estado no se elimina.³¹⁸ De igual manera, se deberá ver el acceso efectivo a la justicia y la capacidad de respuesta del Estado, por ejemplo, se menciona que podría suceder que los niños no sean tomados en

³¹⁴ ACNUR. *Directrices de Protección Internacional: Solicitudes de asilo de niños bajo los Artículos 1(A)2 y 1(F) de la Convención de 1951 y/o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*. HCR/GIP/09/08 de 22 de diciembre de 2009, párr. 13 y 14.

³¹⁵ *Id.*, párr. 15.

³¹⁶ *Id.*, párr. 10.

³¹⁷ *Id.*, Parr 18

³¹⁸ *Id.*, párr 37.

serio de manera más fácil que a los adultos o que las autoridades carezcan de la capacidad y entrenamiento para lidiar con niños.³¹⁹

Con respecto al temor fundado, es importante que exista un nexo con las causales para el mismo como está determinado en la Convención de 1951.³²⁰ Sin embargo, en el caso latinoamericano, también se debe tomar en cuenta lo considerado en la Declaración de Cartagena de 1984. Los motivos de persecución de la Convención de 1951 tienen su propio matiz en el caso de niños, niñas y adolescentes. Por ejemplo, la persecución puede derivarse de su raza o nacionalidad debido a que pueden ser objeto de discriminación o maltrato, vulneración de derechos o ser víctimas de trata por pertenecer a un grupo que se autodetermine con una identidad étnica o nacional.³²¹ La religión también puede ser la razón para la persecución. En ACNUR considera que: “Al igual que en el caso de los adultos, las creencias religiosas de los niños o el negarse a tales creencias puede poner al niño en riesgo de persecución. Para establecer el motivo de la Convención, no es necesario que el niño sea un practicante activo”.³²² Es decir, se les puede imputar una creencia religiosa que puede ponerlos en peligro de ser perseguidos por la misma, lo cual también puede ser el caso con respecto a la opinión política³²³ Finalmente, dentro de las condiciones sobre el grupo social determinado es importante reconocer que:

Aunque la edad, en términos estrictos, ni es innata ni permanente porque cambia continuamente, ser un niño es en efecto una característica inmutable en cualquier momento dado. (...) El hecho que eventualmente el niño se hará mayor es irrelevante para la identificación de un determinado grupo social, ya que se basa en los hechos que se presentaron en la solicitud de asilo. Ser un niño es directamente relevante para su propia identidad, tanto para los ojos de la sociedad como desde la perspectiva individual del niño.

324

Es así que se puede notar que de manera general, los elementos de la definición de refugiado no pueden ser analizados de la misma manera en la que se examinarían si la

³¹⁹ *Id.*, párr. 38.

³²⁰ *Id.*, párr. 40..

³²¹ *Id.*, párr.41.

³²² *Id.*, parr 42.

³²³ *Id.*, parr. 45

³²⁴ *Id.*, parr. 49.

solicitud hubiese sido presentada por un adulto. Ciertas situaciones que para un adulto no se considerarían como persecución o suficiente para caer dentro de alguno de los elementos de la definición de la Convención de 1951, son suficientes en el caso de niños, niñas y adolescentes. En estos casos, las autoridades que están revisando las solicitudes, deben estar conscientes de estas consideraciones, ya que el ignorarlas conllevaría una vulneración al derecho del niño, niña o adolescente de solicitar asilo y la motivación para su reconocimiento o negación debe estar sustentada en un análisis de los méritos de la solicitud debe estar alimentada por dichas consideraciones.

3.3.5.1 Debido proceso

El debido proceso es una de las garantías más importantes que una persona puede tener dentro del sistema judicial y administrativo. Estas garantías están prescritas dentro de la legislación nacional en la Constitución en el Artículo 76: “En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas [...]”.³²⁵ Entre otros, la garantía del debido proceso comprende la presunción de inocencia, el non bis in ídem y el derecho a la defensa.

Esta protección se entiende que se extiende tanto a lo judicial como a lo administrativo. Como lo ha expresado la Corte IDH con respecto al Artículo 8 de la CADH que contiene las garantías de debido proceso:

124. Si bien el Artículo 8 de la Convención Americana se titula “Garantías Judiciales”, su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, “sino [al] conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales” a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos. Es decir, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal.³²⁶

Las garantías del debido proceso también se deben aplicar a niños y niñas, de acuerdo a lo establecido en la CDN en los Artículos 12 (respeto a la opinión del niño) y en el Artículo 40. Además, dentro del marco que se ha estudiado, la importancia de las garantías

³²⁵ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 76. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

³²⁶ Corte IDH, *Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72, párr. 124.

del debido proceso ha sido mencionada por la Corte IDH, el Comité para los Derechos del Niño y el ACNUR.

Reiterando lo ya visto, la Corte IDH empareja la garantía de poder expresar su opinión y que ésta sea escuchada con el derecho a ser asistido por un representante legal gratuito y especializado, en el caso de migrantes en el tema de migración, pero también en temáticas específicas de la edad.³²⁷ La importancia de gozar con un representante legal en los casos en los que se lo necesite, es por lo tanto, vital para asegurar que se cumpla con las garantías del debido proceso de los niños, niñas y adolescentes. Finalmente, si el niño desea expresar su opinión, pero debe hacerlo mediante un representante, el representante está obligado a comunicar las opiniones del niño sin alterarlas. Si lo hace o si está en desacuerdo, el niño puede acudir a una autoridad para que se solucione el problema, por ejemplo, con el nombramiento de un curador *ad litem*.³²⁸

La legislación ecuatoriana contiene la figura del curador *ad litem*. El Código de Procedimiento Civil ecuatoriano menciona a dicho curador en el caso en el que el padre o la madre (o los dos) sean aquellos en contra de los que se dé el juicio (Artículo 34), en el caso de disenso en el matrimonio de menores de edad (Artículo 732) y en los Artículos 742 y 743 sobre los juicios de tutelas y curadurías. Por su parte, el Código Civil lo menciona en el caso de divorcio con respecto a la seguridad de los bienes (Artículo 32) y en relación a la investigación de paternidad, si la madre no puede realizar la petición por sí misma (Artículo 256). No existe por lo tanto, una figura que permita que un niño pida un curador *ad litem* cuando exista una representación inexacta de La OG No. 14 también menciona que es importante que la determinación de los hechos se debe realizar con la ayuda de profesionales capacitados, que se debe tomar en cuenta que los niños tienen una diferente percepción del paso del tiempo y por lo tanto las decisiones deben tomarse de la manera más rápida posible para evitar efectos adversos en los niños:

Los niños y los adultos no tienen la misma percepción del paso del tiempo. Los procesos de toma de decisiones que se demoran o toman mucho tiempo tienen efectos particularmente adversos en la evolución de los niños. Por tanto, conviene dar prioridad a los procedimientos o procesos que están relacionados con los niños o les afectan y

³²⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Opinión Consultiva 21. Derechos y Garantías de Niñas y Niños en el Contexto de la Migración y/o en Necesidad de Protección Internacional*. 19 de agosto de 2014, Párr. 130-131.

³²⁸ Comité de los Derechos del Niño. *Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (Artículo 3, párrafo 1)*. 29 de mayo de 2013, p. 19.

ultimarlos en el menor tiempo posible. El momento en que se tome la decisión debe corresponder, en la medida de lo posible, con la percepción del niño de cómo puede beneficiarle, y las decisiones tomadas deben examinarse a intervalos razonables, a medida que el niño se desarrolla y evoluciona su capacidad para expresar su opinión. Todas las decisiones sobre el cuidado, el tratamiento, el internamiento y otras medidas relacionadas con el niño deben examinarse periódicamente en función de su percepción del tiempo, la evolución de sus facultades y su desarrollo (art. 25).³²⁹

Con respecto a las garantías del debido proceso que se deben aplicar a niños y niñas en situación de migración, la Corte IDH en la Opinión Consultiva 21 reconoce que dichas garantías son aplicables a todas las personas, en procesos tanto judiciales como administrativos y considera que además de ser aplicables a niños y niñas, se deberán adoptar medidas específicas debido a la condición de niñez.³³⁰ La Corte IDH por lo tanto, considera importante hacer énfasis en las siguientes:

(i) el derecho a ser notificado de la existencia de un procedimiento y de la decisión que se adopte en el marco del proceso migratorio; (ii) el derecho a que los procesos migratorios sean llevados por un funcionario o juez especializado; (iii) el derecho de la niña o niño a ser oído y a participar en las diferentes etapas procesales; (iv) el derecho a ser asistido gratuitamente por un traductor y/o intérprete; (v) el acceso efectivo a la comunicación y asistencia consular; (vi) el derecho a ser asistido por un representante legal y a comunicarse libremente con dicho representante; (vii) el deber de designar a un tutor en caso de niñas o niños no acompañados o separados; (viii) el derecho a que la decisión que se adopte evalúe el interés superior de la niña o del niño y sea debidamente fundamentada; (ix) el derecho a recurrir la decisión ante un juez o tribunal superior con efectos suspensivos; y (x) el plazo razonable de duración del proceso.³³¹

Esta lista de garantías se suma a las contenidas en el Artículo 8 de la CADH. La Corte IDH señala varias instancias importantes como la existencia de procedimientos para garantizar el derecho de las niñas y niños para solicitar asilo. En general, estos procedimientos están diseñados para adultos, y a menos de que los niños se encuentren separados o no acompañados, no se suele considerar la opinión de los niños involucrados en los procedimientos administrativos de sus padres. Por lo tanto:

La obligación estatal de establecer y seguir procedimientos justos y eficientes para poder identificar a los potenciales solicitantes de asilo y determinar la condición de refugiado a través de un análisis adecuado e individualizado de las peticiones con las correspondientes garantías, debe incorporar los componentes específicos desarrollados a la luz de la protección integral debida a todos las niñas y niños, aplicando a cabalidad los

³²⁹*Id.*, párr. 93.

³³⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Opinión Consultiva 21. Derechos y Garantías de Niñas y Niños en el Contexto de la Migración y/o en Necesidad de Protección Internacional*. 19 de agosto de 2014, párr. 115.

³³¹*Id.*, párr. 116.

principios rectores y, en especial, lo referente al interés superior de la niña o del niño y su participación.³³²

En el tema específico de niños, niñas y adolescentes y las garantías del debido proceso que se les debe asegurar, los órganos internacionales que se han visto se han pronunciado en varias ocasiones. Por el ejemplo, el CRC en la ya discutida OG No. 14 menciona las garantías procesales que se deben observar en procesos y procedimientos que afecten a los niños. Estas salvaguardas procesales deberán estar “[...] adaptadas a sus necesidades [...]”³³³ y deberán ser observadas por las autoridades involucradas en un proceso que afecte a un niño, niña o adolescente, tanto en particular como en general.³³⁴ Es decir, al igual que las consideraciones sobre la aplicación del interés superior del niño, las garantías del debido proceso se deben aplicar tanto por los entes públicos como por los privados y se deberán aplicar en relación a casos individuales como a cuestiones que afecten a un grupo de niños.

El Decreto Ejecutivo 1182 establece en su Artículo 23: “Durante todo el desarrollo del trámite, se garantizará a los/las solicitantes de refugio y a los/las refugiados los reconocidos/as, el acceso al procedimiento, el derecho al debido proceso y el acceso a sus expedientes a pedido de la parte interesada”.³³⁵ Se entiende entonces, que esta protección no discrimina: se aplica a todos los solicitantes de refugio y a los refugiados reconocidos, sin realizar una diferenciación por su edad. Sin embargo, cabe recalcar que en relación a casos donde estén involucrados niños, niñas y adolescentes, se debe tomar especial cuidado, incluyendo la determinación del interés superior del niño y el respeto a la opinión del niño. El derecho a la defensa del niño debe no solo ser respetado sino garantizado por las autoridades involucradas y las decisiones que se tomen deben estar adecuadamente sustentadas dentro del marco del interés superior del niño.

³³²Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Opinión Consultiva 21. Derechos y Garantías de Niñas y Niños en el Contexto de la Migración y/o en Necesidad de Protección Internacional. Resumen Oficial Emitido por la Corte Interamericana de la Opinión Consultiva de 19 de agosto de 2014 solicitada por la República Federativa de Brasil, la República de Paraguay y la República Oriental del Uruguay.* 19 de agosto de 2014, p. 10.

³³³Comité de los Derechos del Niño. *Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (Artículo 3, párrafo 1).* 29 de mayo de 2013, párr. 85.

³³⁴*Id.*, párr. 86.

³³⁵Decreto Ejecutivo 1182. Artículo 23. Reglamento para la Aplicación en el Ecuador del Derecho de Refugio. Registro Oficial 727 del 19 de junio de 2012.

Una situación similar se debe tomar en cuenta con respecto al derecho a la tutela judicial efectiva. Dicho derecho se encuentra en el Artículo 75 de la Constitución: “Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e interés [...]”.³³⁶ Dicho derecho también se encuentra en el Artículo 25 de la CADH:

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.³³⁷

Los niños, niñas y adolescentes que estén en el procedimiento de reconocimiento de la condición de refugiado/a deben tener la capacidad e información para poder acceder a un recurso efectivo contra las decisiones de la Dirección de Refugio, el Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana y demás autoridades involucradas en su proceso; por ejemplo, si no se encuentran de acuerdo con las medidas de protección dictadas por el Juez de Niñez y Adolescencia. El acceso a este recurso efectivo se encuentra ya de por sí mermado en el Decreto Ejecutivo 1182, ya que el mismo determina que si una solicitud es calificada de “ilegítima”, no existe recurso alguno que se pueda presentar en contra de la decisión de la Dirección de Refugio. De acceder al recurso, el niño, niña o adolescente debe contar con representación legal que comunique y defienda sus intereses, además de también permitirse la opinión del niño, niña o adolescente en esta etapa del procedimiento.

En esta misma línea, para evitar decisiones arbitrarias, las decisiones de la administración pública deben ser motivadas. La motivación se refiere a:

Art. 31.- 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. La indicación de los presupuestos de hecho no será necesaria para la expedición de actos reglamentarios.³³⁸

La Corte IDH ha expresado que una motivación correcta en el caso de niños, niñas y adolescentes debe sustentar su argumentación en cómo se ha aplicado el interés superior

³³⁶ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 75. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

³³⁷ Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969). Artículo 25.

³³⁸ Ley de Modernización del Estado. Artículo 31. Registro Oficial 349 del 31 de diciembre de 1999.

del niño y cómo se ha tomado en cuenta su opinión en el proceso.³³⁹ De esta manera, la decisión de la Comisión o de la Dirección de Refugio, de reconocer o de no reconocer la condición de refugiado de un niño o niña debe contener de manera obligatoria el análisis de estos elementos. El no hacerlo resultaría en una grave vulneración al debido proceso, que podría conllevar a la nulidad de la resolución por falta de motivación adecuada.³⁴⁰ Una vez más, el Decreto Ejecutivo 1182 no contempla el interés superior del niño o sus derechos específicamente, por lo cual no existe norma que precise la necesidad de estos análisis en específico. Sin embargo, de acuerdo a la Constitución, instrumentos internacionales como la CADH, la CDN y la Ley de Modernización del Estado, esta argumentación debería estar garantizada.

3.3.5.2 Carga de la prueba

Es regla general del derecho que la persona que realiza una aseveración debe probarla. Esto se encuentra normado en el Código de Procedimiento Civil en el Artículo 113: “Es obligación del actor probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en el juicio, y que ha negado el reo”.³⁴¹ Sin embargo, en el procedimiento administrativo de reconocimiento de la condición de refugiado, se deben realizar varias salvedades. Como lo explica el ACNUR:

9. Obviamente el solicitante tiene el deber de decir la verdad. Haciendo esta salvedad, debe añadirse que también debe considerarse el hecho que, debido a las experiencias traumáticas por las que ha pasado el/la solicitante, quizás no se encuentre en condiciones de hablar libremente; o que, debido al tiempo transcurrido o la intensidad de los sucesos pasados, no pueda recordar todos los detalles de los acontecimientos ocurridos, o no pueda relatarlos de manera precisa o los confunda; de este modo cabe la posibilidad que el solicitante sea vago o impreciso al proporcionar detalles específicos de los hechos. [...]

12. La frase “beneficio de la duda” se usa, en el contexto del mérito de la prueba, respecto a las afirmaciones del solicitante sobre los hechos ocurridos. Debido a que en el caso de las solicitudes de asilo no es necesario que el solicitante pruebe todos los hechos al grado de convencer totalmente al examinador sobre la veracidad de sus afirmaciones, es normal que éste albergue algún elemento de duda en cuanto a los hechos aseverados por el solicitante. Cuando la persona encargada de determinar la condición de refugiado

³³⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Opinión Consultiva 21. Derechos y Garantías de Niñas y Niños en el Contexto de la Migración y/o en Necesidad de Protección Internacional*. 19 de agosto de 2011, párr. 139.

³⁴⁰ Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. Artículo 122. Registro Oficial 536 de 18 de marzo de 2002.

³⁴¹ Código de Procedimiento Civil. Artículo 113. Registro Oficial Suplemento 58 del 12 de julio de 2005.

considere que la historia del solicitante es en su conjunto coherente y verosímil, cualquier elemento de duda no debería ser un obstáculo para acceder a la solicitud; es decir, se le debe conceder el “beneficio de la duda”.³⁴²

En relación a casos de niños, niñas y adolescentes, esta dificultad de recordar y relatar su historia de manera coherente y lineal es aún mayor. No todos los niños están en capacidad de recordar y entender las situaciones que los llevaron a movilizarse, ya sea solos o con sus familias hacia otro país y solicitar refugio. El ACNUR recordó recientemente en sus Alegatos presentados a la Corte IDH con ocasión de la Opinión Consultiva 21 lo siguiente:

No se puede esperar que los niños puedan brindar un relato de sus experiencias como lo hacen los adultos. Ellos pueden tener dificultad en expresar sus miedos por una serie de razones, incluyendo el trauma, instrucciones de sus padres, falta de educación, miedo a las autoridades Estatales o personas en posiciones de poder, el uso de testimonios ya hechos por traficantes, o miedo a represalias. Ellos quizás pueden ser muy jóvenes o inmaduros para poder evaluar qué información es importante o para interpretar de lo que han sido testigos o pueden omitir o distorsionar información vital o no puede diferenciar lo imaginado de la realidad. Ellos también pueden experimentar dificultad relacionada a nociones abstractas, como el tiempo o la distancia. Por lo tanto, lo que puede constituir una mentira en el caso de un adulto puede no necesariamente ser una mentira en el caso de un niño.³⁴³

Aquí cabe recordar la discusión sobre el temor fundado y la visión del mismo desde el enfoque del temor objetivo y subjetivo o del verlo solamente desde lo objetivo. El correcto análisis del mismo se vuelve imperante para determinar la condición de refugio en niños, niñas y adolescentes.

Con respecto a la carga de la prueba, el ACNUR también señala que, aunque usualmente es compartida entre el solicitante y quien toma la decisión, en el caso de niños, niñas y adolescentes, puede ser importante que la persona que evalúe tome una mayor carga de la prueba y que: “[...] el examinador necesita tomar una decisión en base a todas las circunstancias conocidas, que puede ser llamada como una aplicación liberar del beneficio de la duda”.³⁴⁴

³⁴² ACNUR *Nota Sobre la Carga y el Mérito de la Prueba en las Solicitudes de Asilo* (1998), párr. 9 y 12.

³⁴³ ACNUR. Alegatos del ACNUR Presentados a la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Marco de la Solicitud de la Opinión Consultiva sobre los Niños Migrantes Planteada por MERCOSUR (2012), p. 9 <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2012/8917.pdf?view=1> (acceso: 2/01/2015).

³⁴⁴ ACNUR. Alegatos del ACNUR Presentados a la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Marco de la Solicitud de la Opinión Consultiva sobre los Niños Migrantes Planteada por MERCOSUR

Estas consideraciones deben ser tomadas en cuenta tanto por la Dirección de Refugio como por la Comisión y el Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana. El estándar de prueba que se puede exigir a un niño, niña o adolescente que se encuentre solicitando refugio debe estar a la par con las recomendaciones generales para las solicitudes de refugio y además debe tomar en cuenta la misma condición, edad, madurez y situación del niño o niña lo cual puede afectar su memoria o recuento de su historia. Asimismo, el beneficio de la duda es un concepto que debe ser adecuadamente utilizado en estos casos, aunque se debe tener cuidado de no caer en la arbitrariedad. Además, una verdadera valoración de la prueba debe realizarse desde el punto de vista del interés superior del niño, ya que se debe reconocer las consecuencias de una resolución positiva o negativa a la solicitud.

3.3.5.3 Cláusulas de exclusión

El problema de la aplicación de las cláusulas de exclusión es de igual importancia. El análisis de las mismas debe interpretado a la luz de la capacidad de los niños, la edad, el nivel de madurez y entendimiento y el contexto en el cual se cometieron los actos que podrían ser el fundamento para la exclusión:

A la luz de las circunstancias y vulnerabilidades particulares de los niños, la aplicación de las cláusulas de exclusión siempre deben ejercerse con gran precaución. En el caso de niños pequeños, las cláusulas de exclusión puede ser que no sean aplicables de ninguna manera. Cuando se suponga que los niños han cometido crímenes mientras que sus propios derechos estaban siendo violados (por ejemplo mientras que se encontraban asociados a fuerzas armadas o grupos armados) es importante tener en cuenta que ellos mismos pueden ser víctimas de ofensas contrarias al derecho internacional y no solo los perpetradores.³⁴⁵

La capacidad y la responsabilidad penal también deben ser tomadas en cuenta en el análisis sobre la exclusión. El ACNUR recomienda que la responsabilidad penal solo sea un elemento si los niños o niñas han alcanzado la edad para ser criminalmente responsables de acuerdo al derecho nacional e internacional. Además, es importante notar si el niño

(2012), p. 10 <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2012/8917.pdf?view=1> (acceso: 2/01/2015). ACNUR, Manual y Directrices de procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado bajo el protocolo de 1967 sobre el estatuto de los refugiados, nota 3 supra, párrafos 196, 219.

³⁴⁵ACNUR. *Directrices de Protección Internacional: Solicitudes de asilo de niños bajo los Artículos 1(A)2 y 1(F) de la Convención de 1951 y/o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*. HCR/GIP/09/08 de 22 de diciembre de 2009, párr. 59.

tenía el “estado mental necesario” o *mens rea* y si el acto fue cometido en defensa propia o de otros, bajo coerción o *duress*.³⁴⁶

Además, el análisis de exclusión debe tener tres etapas:

Este análisis requiere que: (i) los actos en cuestión sean evaluados de conformidad con los criterios de exclusión, teniendo en cuenta la naturaleza de los actos, así como el contexto y todas las circunstancias individuales en las que ocurrieron; (ii) se establecerá en cada caso, que el niño cometió un delito que está cubierto por uno de los párrafos del artículo 1F, o que el niño participó en la comisión de ese delito en una manera que dé lugar a la responsabilidad penal de conformidad con la normativa internacionalmente aplicable; y (iii) se debe determinar, en casos donde la responsabilidad individual está establecida, si las consecuencias de exclusión del estatuto de refugiado son proporcionales con la gravedad del acto cometido.³⁴⁷

3.4 Medidas posteriores al reconocimiento o negativa de la solicitud

3.4.1 Alcance y temporalidad de las obligaciones de protección

La decisión de la Comisión o de la Dirección de Refugio puede resultar en el reconocimiento de la condición de refugiado, como en la negativa de dicho reconocimiento. En el caso de niños, niñas y adolescentes, como se ha visto en este capítulo, se deben tomar medidas de protección durante toda la duración del procedimiento de reconocimiento, las cuales no deben ser interrumpidas por el hecho de haberse llegado a una resolución.

Para el momento de la resolución de la Dirección de Refugio o de la Comisión, en el caso de niños, niñas y adolescentes no acompañados estas medidas ya deben haber sido tomadas, por ejemplo con la decisión motivada en el interés superior del niño por parte de un Juez de Niñez y Adolescencia de instituir un acogimiento familiar. En relación a niños, niñas y adolescentes separados, la decisión de permitir que la persona que acompañe al niño, niña o adolescente que lo siga cuidado ya debió haberse tomado, siempre motivada en el interés superior del niño. En el evento de ser reconocida la condición de refugiado, la continuación de estas medidas de protección se debe llevar a cabo. En ciertos casos, se podría justificar la necesidad de medidas más permanentes, como la posibilidad de la adopción.

³⁴⁶*Id.*, parr. 64.

³⁴⁷*Id.*, párr. 62.

Ahora bien, el hecho de que se determine que los niños no acompañados o separados no necesiten protección internacional, no suspende el análisis del interés superior del niño o la obligación del Estado de asegurar el pleno goce de los derechos de los mismos:

Respecto de los menores no acompañados o separados sobre los que no exista ningún indicio de que necesiten protección internacional no se iniciarán automáticamente o de otra forma procedimientos para la obtención del asilo, aunque recibirán protección al amparo de otros mecanismos pertinentes de la protección de la infancia, como los previstos en la legislación sobre protección de la juventud.³⁴⁸

Es decir, si el niño no necesita protección internacional, de cualquier manera, el Estado debe seguir las políticas y protocolos necesarios para asegurar la protección del niño o niños en cuestión. Esto se deberá extender a todos los otros procedimientos, incluyendo una posible deportación o devolución al territorio de origen.

En el caso de no ser reconocida la condición de refugiado, el Estado ecuatoriano sigue teniendo una responsabilidad de protección con respecto a los niños, niñas y adolescentes que se encuentran en su territorio:

Art. 15.- Los niños, niñas y adolescentes son sujetos de derechos y garantías y, como tales, gozan de todos aquellos que las leyes contemplan en favor de las personas, además de aquellos específicos de su edad.

Los niños, niñas y adolescentes extranjeros que se encuentren bajo jurisdicción del Ecuador, gozarán de los mismos derechos y garantías reconocidas por la ley a los ciudadanos ecuatorianos, con las limitaciones establecidas en la Constitución y las leyes.³⁴⁹

Cabe recalcar que, dado que el reconocimiento formal por parte de las autoridades estatales no es constitutivo de la condición de refugiado, el que el procedimiento administrativo determinado en el Decreto Ejecutivo 1182, de cualquier manera los niños, niñas y adolescentes deben gozar de la protección internacional que se debe dar a las personas refugiadas como la aplicación del principio de no devolución.

3.4.2 Procesos de deportación

El Decreto Ejecutivo 1182 determina que:

³⁴⁸ Comité de los Derechos del Niño. *Trato de los Menores no Acompañados y Separados de su Familia fuera de su País de Origen*. 6 de septiembre de 2005. párr. 67.

³⁴⁹ Código de la Niñez y la Adolescencia. Artículo 15. Registro Oficial 737 del 3 de enero de 2003.

Artículo 49.- Toda persona cuya solicitud de refugio le hubiere sido negada definitivamente, deberá en un plazo no mayor a 15 días, regularizar su situación migratoria o abandonar el país.

Cuando la solicitud de refugio hubiere sido negada definitivamente, por razones de seguridad u orden público, el solicitante deberá abandonar inmediatamente el país.³⁵⁰

No existe salvedad alguna en el Decreto Ejecutivo 1182 que modifique o suspenda esta norma en casos especiales de grupos de atención prioritaria o niños, niñas y adolescentes. Si los niños, niñas y adolescentes están bajo la jurisdicción del Estado ecuatoriano y realmente no existen los elementos de la definición de refugiado, el Estado deberá coordinar el seguro retorno del niño, niña o adolescente a su país de origen, cooperando con las autoridades del país de origen y entidades de la sociedad civil (por ejemplo, la Cruz Roja, que como ya se ha visto, puede asistir en estos casos) para evitar el daño al niño, niña o adolescente y siempre salvaguardando el interés superior del niño. Si el niño, niña o adolescente no ha sido reconocido por el Estado ecuatoriano pero configura los elementos de la definición de refugiado, debe permitirse su estancia protegida en el país, de una manera en la que pueda tener el goce pleno de sus derechos.

Las personas que no se atañen al Artículo 49 y se quedan en el territorio nacional corren el riesgo de ser detenidas³⁵¹ y si el agente de policía de migración determina en ese momento que la persona puede ser excluida³⁵², tiene la potestad de expulsarlos inmediatamente, sin tutela judicial efectiva y sin derecho a recurso administrativo o

³⁵⁰ Decreto Ejecutivo 1182. Artículo 49. Reglamento para la Aplicación en el Ecuador del Derecho de Refugio. Registro Oficial 727 del 19 de junio de 2012.

³⁵¹ Ley de Migración. Artículo 5. Registro Oficial 563 del 12 de abril de 2005. La Ley de Migración establece una potestad amplia y ambigua que puede caer en la arbitrariedad en el Artículo 5 de la Ley de Migración donde en su inciso II determina que los agentes de Policía de Migración podrán: “Interrogar a todo extranjero sujeto al fuero territorial y revisar sus efectos personales, cuando presuman la existencia de alguna causa de exclusión o deportación del país”.

³⁵² *Id.*, Artículo 11: Serán excluidos al solicitar su admisión en el país especialmente los extranjero que habiendo sido admitidos con anterioridad en calidad de no inmigrantes, estuvieren comprendidos en los siguientes casos:

I.- Que hubieren permanecido mayor tiempo que el autorizado en su admisión de acuerdo con su categoría migratoria, hayan o no sido objeto de sanción penal;

II.- Que hubieren cambiado de hecho su calidad o categoría migratorias; y,

III.- Con excepción de los transeúntes, los que no se hubieran inscrito en el registro de extranjeros en la Dirección General de Extranjería del Ministerio de Gobierno, Cultos, Policía y Municipalidades.

judicial de impugnación.³⁵³ El proceso para realizar una deportación se encuentra determinado en la Ley de Migración, en la cual se da competencia a los jueces de contravenciones para llevar a cabo y resolver sobre audiencias de deportación.

Más allá de las falencias intrínsecas de la posibilidad clara de deportar a un refugiado (tenga o no el reconocimiento formal del Estado de su condición), en contravención al principio de no devolución, el aplicar un proceso de deportación a un niño, niña o adolescente se debe hacer con el mayor cuidado al interés superior del niño.

El niño, niña o adolescente debe gozar de todas las garantías que se le dieron en el procedimiento de determinación de la condición de refugiado: acceso a la información, presencia de un tutor o representante legal, la garantías de debido proceso, derecho a expresar su opinión y que la misma sea tomada en cuenta, la existencia de una resolución motivada en el interés superior del niño por parte del juez de contravenciones, no detención y la aplicación de medidas de protección adecuadas a su situación durante todo el proceso.

La Corte IDH en la OC No. 21 hace énfasis en la importancia interpretativa y de aplicación del principio del interés superior del niño en la toma de decisiones sobre niños, niñas y adolescentes migrantes y refugiados:

En el contexto de la migración, cualquier política judicial relativa tanto a la entrada, permanencia o expulsión de una niña o de un niño, como la detención, expulsión o deportación de sus progenitores asociada a su propia situación migratoria, debe evaluar, determinar, considerar y proteger de forma primordial el interés superior de la niña o del niño afectado.³⁵⁴

En el Caso de Personas Dominicanas y Haitianas Expulsadas vs. República Dominicana de la Corte IDH, la Corte reitera lo ya expuesto varias veces por la doctrina y demás órganos especializados con respecto al interés superior del niño. Cabe recalcar que

³⁵³ *Id.*, Artículo 17: “Cuando el agente de policía del servicio de migración compruebe, con ocasión de practicar la inspección de admisión, que un extranjero sujeto al fuero territorial está comprendido en alguna de las causas de exclusión, procederá a rechazarlo, obligándolo a que abandone el territorio nacional con destino al país de origen o de procedencia inmediata, entregándolo a la custodia y vigilancia de las autoridades competentes del país convecino, o de los agentes autorizados por el explotador de la respectiva empresa que lo condujo al país. La resolución que adopte el agente de policía del servicio de migración relativa a la exclusión de un extranjero no será susceptible de revisión administrativa, sin perjuicio de la opción del extranjero para ser admitido provisionalmente y someterse a la acción de deportación en la forma prevista en esta Ley”.

³⁵⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Opinión Consultiva 21. Derechos y Garantías de Niñas y Niños en el Contexto de la Migración y/o en Necesidad de Protección Internacional*. 19 de agosto de 2014, párr. 70.

la Corte IDH considera que en los casos en los que se esté decidiendo sobre la expulsión de personas entre las que existan niños, se debe tomar en cuenta el principio del interés superior del niño el cual se relaciona directamente con la protección a la familia.³⁵⁵ Las decisiones que se tomen sobre este asunto deberán perseguir un fin legítimo y para hacerlo se deben analizar los siguientes elementos:

a) la historia inmigratoria, el lapso temporal de la estadía y la extensión de los lazos del progenitor y/o de su familia con el país receptor; b) la consideración sobre la nacionalidad, guarda y residencia de los hijos de la persona que se pretende deportar; c) el alcance de la afectación que genera la ruptura familiar debido a la expulsión, incluyendo las personas con quienes vive la niña o el niño, así como el tiempo que la niña o el niño ha permanecido en esta unidad familiar, y d) el alcance de la perturbación en la vida diaria de la niña o del niño si cambiara su situación familiar debido a una medida de expulsión de una persona a cargo de la niña o del niño, de forma tal de ponderar estrictamente dichas circunstancias a la luz del interés superior de la niña o niño en relación con el interés público imperativo que su busca proteger.³⁵⁶

Es importante notar que el interés superior del niño podría resultar una justificación más válida para evitar la expulsión que el interés público que se pueda buscar con la misma. En los casos de necesidad de protección internacional, altos niveles de integración local o peligro a su vida, libertad o integridad física de ser devueltos, se debe realizar el examen del efecto que este traslado forzoso de vuelta a su país de origen podría ocasionar en los niños, niñas o adolescentes.

3.5 Conclusión

En este capítulo se han visto varias cuestiones que merecen ser comentadas. Primero, se ha visto que, a pesar de no estar establecido específicamente en el Decreto Ejecutivo 1182, ha existido una verdadera preocupación para solucionar el problema de los niños, niñas y adolescentes refugiados. Los esfuerzos tanto del Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, la Defensoría Pública y las autoridades locales, como se pudo ver con la Ruta de Atención en Guayaquil demuestran que los operadores de justicia, las autoridades y la sociedad civil reconocen la problemática y están activamente buscando soluciones. Sin embargo, cada una de estas soluciones es precaria debido a que su respuesta no es conjunta con todas las otras entidades que deberían estar involucradas en el proceso y más aún, sigue sin existir un reglamento o protocolo que se pueda aplicar de

³⁵⁵Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso de Personas Dominicanas y Haitianas Expulsadas vs. República Dominicana*. Sentencia del 28 de agosto de 2014. Series C No. 282, párr. 357.

³⁵⁶*Ibíd.*

manera nacional para evitar la duplicación de esfuerzos y contradicciones en las diversas localidades del país.

Por otro lado, se vio también que entre las respuestas al problema que han salido del Estado, existen contradicciones—como la posibilidad o no de aplicar la etapa de admisibilidad a solicitudes realizadas por niños, niñas y adolescentes—que tampoco pueden ser solucionadas de manera tan sencilla debido al mismo marco jurídico en el cual se encuentran. El mismo hecho de que la normativa vigente sobre refugio sea un Decreto Ejecutivo y no una Ley representa problemas graves sobre la tutela efectiva de los derechos de las personas refugiadas. Además, el Decreto Ejecutivo 1182, como se ha visto a lo largo de este trabajo, contiene varias normas inconstitucionales que conculcan el efectivo goce de los derechos y establecen límites que no existen en el derecho internacional de refugio.

Una segunda observación que se debe realizar es la misma necesidad de que los niños, niñas y adolescentes tengan un verdadero acceso al procedimiento. Muchos de los instrumentos nacionales analizados se remiten específicamente al trato con niños, niñas y adolescentes no acompañados o separados, pero dejan de lado la posibilidad de que un niño acompañado por su núcleo familiar pueda acceder a solicitar refugio, por separado de su familia o de sus tutores legales, o que la Dirección de Refugio pueda identificar a la solicitud de un niño, niña o adolescente como la solicitud principal. El Ecuador debe garantizar el derecho de los niños, niñas o adolescentes de solicitar asilo, estén o no acompañados.

Todo el procedimiento debe nutrirse del principio del interés superior del niño. La determinación del interés superior es básica y fundamental para darle forma a la protección que se pueda ofrecer a los niños, niñas y adolescentes. Sin reconocer al principio del interés superior del niño, las actuaciones de las autoridades y demás involucrados podrían ir en detrimento del efectivo goce de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Aquí es importante notar que la doctrina de la protección integral no se puede perder de vista; si bien es cierto, los niños, niñas y adolescentes refugiados están en una situación de más vulnerabilidad que otros, el punto del procedimiento de reconocimiento de la condición de refugiado en estos casos debería ser, aparte de lograr un acertado reconocimiento o negación, el garantizar el goce de los derechos durante el mismo.

Con respecto a la reunificación familiar y al derecho del niño a participar en los procedimientos, cabe recalcar la importancia de que las autoridades siempre tengan en cuenta que el niño, niña o adolescente tiene derecho a que su opinión no solo sea escuchada, sino que realmente tenga su debido peso en la toma de decisiones por parte de las autoridades. Si bien es cierto, la protección a la familia es importante, el escuchar la opinión del niño, niña o adolescente podría ayudar a identificar situaciones en las que la reunificación familiar no esté en concordancia con el interés superior del niño y por ende tengan que realizarse otros arreglos para el cuidado de la niña, niño o adolescente.

En la parte práctica del procedimiento administrativo, se toparon tres temas: la recepción de la solicitud, las garantías del debido proceso y la cuestión de la carga de la prueba. En relación a la recepción de la solicitud, es importante tener presente que los niños, niñas y adolescentes son un grupo de atención prioritaria y que su atención con celeridad es recomendable. Sin embargo, no por aplicar dicha celeridad, se puede dejar de lado las garantías que deben existir en los primeros momentos. Se debe identificar al niño, niña o adolescente y se le debe dar toda la información necesaria para que comprenda el proceso que está por comenzar. Además, se deben tomar las salvaguardas necesarias para que la entrevista inicial se lleve a cabo en un ambiente seguro y que inspire confianza, con la presencia de representantes legales o tutores calificados, al igual que apoyo psicológico. Las personas que conduzcan las entrevistas deben estar especializadas en temas de niñez y adolescencia. Si estos elementos no existen, el testimonio del niño, niña o adolescente podría verse afectado y la información recabada puede ser incorrecta y se puede caer en la revictimización al tener que realizar otras entrevistas.

Con respecto al debido proceso es importante recordar que los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a que el debido proceso se garantice en todos los procedimientos que les afecten, ya sean judiciales o administrativos. En el caso de los niños, niñas y adolescentes refugiados, se ha visto que en algunos casos no solo se deberá pronunciar la Dirección de Refugio como autoridad administrativa sino también la Junta Cantonal o el juez de Niñez y Adolescencia. Todas las entidades involucradas deben respetar y hacer todo lo posible para que se garanticen todas las salvaguardas del debido proceso. Además, todas las actuaciones de estas autoridades deberán estar debidamente motivadas dentro del marco del interés superior del niño.

Es importante recalcar la situación de la carga de la prueba. En los procedimientos de reconocimiento de la condición de refugiado, la carga de la prueba toma un matiz especial. Debido a las situaciones de huida del país de origen o residencia habitual, las personas no van a necesariamente ser capaces de probar todo lo que digan en su testimonio a las autoridades. Es por esto que la carga de la prueba se comparte y es imperante que se brinde un mayor beneficio de la duda, ya que la contraparte a esto podría ser el devolver a una persona o a un grupo de personas a una situación en la que su vida, integridad física o libertad se encuentren gravemente amenazadas. Con respecto a los niños, niñas y adolescentes, la carga de la prueba también debe ser analizada. Los niños, niñas y adolescentes podrían tener un mayor problema para contar su historia de persecución y podrían tener gran dificultad en expresar su temor fundado de una manera coherente. Es por esto que la carga de la prueba en estos casos recae aún más sobre las autoridades, las cuales deberán hacer todo lo posible para permitir que el niño, niña o adolescente se exprese lo mejor que pueda, además de tomar especial cuidado con los medios de prueba que se puedan colegir para el análisis de la solicitud.

Finalmente, las autoridades deben estar conscientes de que las obligaciones del Estado hacia los niños, niñas o adolescentes que se encuentran en su territorio no se terminan con la decisión positiva de reconocimiento o negativa de la Dirección de Refugio o del Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana. Las medidas de protección que se hayan instaurado previamente deben continuar y de ser necesario, se deben ofrecer soluciones a largo plazo. Independientemente de si el niño, niña o adolescente es reconocido, debe seguir gozando efectivamente de sus derechos. En el evento de no ser reconocido y que se considere que la expulsión se deba llevar a cabo, esta decisión debe estar nutrida por un análisis del interés superior del niño, situación en la cual puede que sea justificado que se decida la no deportación. Si se llegan a tener procesos de deportación, éstos deben estar motivados por el interés superior del niño y todas las garantías del debido proceso deben respetarse.

CONCLUSIONES

Al comienzo de esta investigación se propuso como, como delimitación al problema, un análisis del principio del interés superior del niño y la manera en la que éste puede y debe ser aplicado en los procedimientos de refugio en el Ecuador. La idea era que, mediante este entendimiento, se podrían proponer las guías y estándares básicos que se deben respetar y tomar en cuenta con respecto al tema del refugio partiendo desde el supuesto de que un niño, niña o adolescente se acerque a las autoridades del país y se encuentre en necesidad de protección internacional.

Para lograr este objetivo, el de poder dar una guía de estándares básicos para que el Ecuador aplique el interés superior del niño en el procedimiento de refugio, se realizó una extensa investigación que se concentró en tres temas. El primero, exactamente qué entendemos cuando hablamos de refugio, refugiados, cláusulas de inclusión, exclusión, cesación, cancelación y el principio de *non-refoulement* entre otros. El comprender los elementos específicos de la definición de lo que se considera como refugiado tanto en la Convención de 1951 como en la Declaración de Cartagena de 1984 resultó vital para establecer el camino de la discusión que se llevó a cabo en los dos siguientes capítulos. Si bien es cierto, la Convención de 1951 fue el primer instrumento jurídico internacional vinculante sobre el tema, es importante reconocer que no fue la primera vez que la población mundial entendía que existían personas en necesidad de protección internacional, ya sea porque sus Estados estaba fracasando en su obligación de protegerlos de jure, de facto o en relación a circunstancias individuales. La revisión histórica del derecho internacional de refugio nos ayuda a comprender que la respuesta que brindó la Convención de 1951 llegó nutrida de las previas experiencias que el mundo había tenido en las cuales se había identificado una necesidad de protección internacional.

Ahora bien, la Convención de 1951 tiene en este punto, más de 50 años a su haber, y aunque sus términos fueron concebidos desde su naturaleza para ir evolucionando y permitir interpretaciones que se adapten a los nuevos conflictos, elementos de persecución y consideraciones sobre sus cláusulas, el mundo también ha visto la necesidad de extender la protección del refugio a otras personas que no podrían alegar ser refugiados por la Convención de 1951. El valor de la Declaración de Cartagena de 1984 se demuestra en que amplía la protección a personas que probablemente no puedan probar persecución individualizada, pero que de cualquier manera sus vidas, integridad física o libertad se

encuentran amenazadas debido al contexto violento de su país de origen o de residencia habitual. La necesidad de ampliar la definición se ha visto no solo dentro del sistema interamericano sino también el en sistema africano y europeo; dando aún más fuerza a lo expresado en la Declaración de Cartagena.

Además, la doctrina y la jurisprudencia no se han callado sobre esta temática. Se exploraron varias Opiniones Consultivas de la Corte IDH, casos contenciosos resueltos por el mismo órgano y varios puntos de vista desde la doctrina que ayudan a dar forma a la problemática del refugio en el contexto mundial. Los derechos de las personas refugiadas y migrantes han sido una y otra vez reiterados y su existencia se apoya en instrumentos tan importantes y básicos como la DUDH, la CADH, la CDN, el PIDCP y el PIDESC por mencionar algunos.

El Ecuador ha tenido estos instrumentos a su alcance desde la concepción de los mismos. Somos Estado parte de la Convención de 1951 y hasta el 2012, reconocíamos a la Declaración de Cartagena y su definición ampliada como completamente válida dentro de nuestro ordenamiento jurídico para determinar el reconocimiento de una persona refugiada. En la actualidad, en virtud de la mencionada Sentencia de la Corte Constitucional, la Declaración de Cartagena de 1984 vuelve a ser un elemento importante para considerar al refugio. Sin embargo, como se vio en la revisión de la normativa nacional, el Ecuador ha comenzado en una tendencia que coarta los derechos de las personas refugiadas, que establece limitaciones y conceptos que no existen en el derecho internacional de refugio y que vulneran no solo el derecho a solicitar asilo, sino también otros como el derecho a no ser discriminado o el derecho a gozar de las garantías del debido proceso.

Con respecto al principio del interés superior del niño, se ha visto un desarrollo importante en las últimas décadas. Si bien es cierto el primer instrumento vinculante que lo menciona es la CDN, ésta también responde a un movimiento mundial previo que exigía el cambio de enfoque en relación al trato con niños, niñas y adolescentes. Conuerdo con los autores citados previamente en que la CDN ayudó a que se pueda dejar de lado la caduca doctrina de la situación irregular en la cual los niños, niñas y adolescentes eran objetos de protección, y en la cual las autoridades solamente se hacían presentes cuando se requería una intervención por parte del “juez buen padre de familia” que arbitrariamente tomaba las decisiones pertinentes, por la adopción de la doctrina de la protección integral. Dicha doctrina propone que los niños, niñas y adolescentes son sujetos de derecho, tienen

derechos por sí mismo, por su condición de seres humanos y tanto el Estado como la sociedad y la familia están obligados a asegurar el efectivo goce de los mismos. La “intervención” del Estado en esta doctrina no se limita solamente a proteger al niño, niña o adolescente en riesgo. Su trabajo es crear el marco jurídico, de políticas públicas, de participación y de prevención y protección que permita que este grupo pueda efectivamente gozar de sus derechos.

La CDN, todo su articulado y sus cuatro pilares son de extrema importancia para lograr que los niños, niñas y adolescentes sean tomados en cuenta como sujetos de derecho. La prohibición de discriminación, el derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo, el respeto a la opinión del niño y finalmente, el principio del interés superior del niño, dejan un marco de actuación claro para todos los involucrados. A pesar de que este último ha sido visto como demasiado ambiguo, que ha dado paso a la arbitrariedad por parte de los operadores de justicia, o que es una “carta blanca” para tomar las decisiones que se deseen, estos malos entendidos no han sido culpa del principio sino de las personas que lo han aplicado e interpretado como un principio sin límites claros ni verdadera determinación sobre su contenido.

En este punto, ya no existe una excusa para seguir tratando al interés superior del niño como un principio confuso o ambiguo en su aplicación. Lo expresado por la doctrina y por los órganos especializados es más que claro. El principio del interés superior del niño es un derecho sustantivo, una norma de interpretación y una norma procedimental que se debe tomar en cuenta en la toma de decisiones que afecten a niños, niñas y adolescentes. El caso de los niños, niñas y adolescentes refugiados no es una excepción: al igual que todos los otros grupos de niños, ya sea de manera individual o conjunta, que su interés superior se tome en cuenta es uno de sus derechos y es obligación del Estado, la sociedad y la familia el garantizar que esto suceda.

Es así que llegamos a la primera recomendación que se puede desprender de este trabajo. Los niños, niñas y adolescentes refugiados se encuentran en una posición de especial vulnerabilidad. Sin embargo, esto no excusa que las autoridades y las personas que están velando por sus derechos decidan tomar la ruta de la doctrina de la situación irregular. Si bien es cierto van a necesitar más protección que un niño, niña o adolescente que no haya tenido que huir, solo o acompañado debido a un temor fundado, la manera en la que las autoridades deben acercarse al caso, una vez más, ya sea individual o general,

tiene que ser desde el punto de vista de asegurar el efectivo goce de los derechos, todos los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Esta primera recomendación se le ha hecho difícil al Ecuador cumplir. El Decreto Ejecutivo 1182 ni siquiera menciona a los niños como un grupo poblacional específico, no determina sus derechos básicos ni establece que el principio del interés superior del niño vaya a ser una consideración primordial para las autoridades. Además, tampoco establece la posibilidad de que un niño, niña o adolescente solicite refugio, esté o no acompañado por su núcleo familiar o por otras personas que le acompañen.

Sin embargo, este vacío en el Decreto 1182 no ha impedido que las autoridades reconozcan el problema y busquen soluciones como se vio en el tercer capítulo. A pesar de ser esfuerzos válidos no solucionan el mayor problema: el Ecuador no tiene un reglamento, protocolo, directriz o ruta de acción y atención clara, precisa y nacional que establezca las acciones a tomar, que comprometa a las autoridades competentes y que garantice que los niños, niñas y adolescentes que lleguen al país buscando protección internacional lo puedan hacer con todas las garantías que deben existir.

En relación a las ya mencionadas garantías, en el tercer capítulo se pudo observar algunas. Se debe contar con un procedimiento para la rápida identificación de niños, niñas y adolescentes no acompañados y separados que haga que el procedimiento de solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado esté disponible para ellos. Tampoco se debe dejar de tomar en cuenta la posibilidad de que, aunque estén acompañados, los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a solicitar refugio por su cuenta. Además, después de identificarse estos casos, se requiere que todas las entidades que tienen competencia con respecto a temas de niñez y adolescencia sean notificadas para que se pueda comenzar a tomar las medidas de protección pertinentes. No hay que olvidar tampoco que el acogimiento institucional debería ser de última *ratio*.

Parte de lo que también se observó es que la determinación del interés superior del niño debe nutrir a todo el procedimiento, ya sea frente a la Dirección de Refugio como frente a las otras autoridades administrativas y judiciales involucradas. Además esta determinación del interés superior es un proceso que debe continuar durante todo el tiempo que el niño, niña o adolescente se encuentre en el territorio ecuatoriano y no debe

suspenderse con la finalización del procedimiento de reconocimiento de la condición de refugiado haya sido positiva o negativa la decisión.

Después de la identificación y el apoyo al niño para que acceda al procedimiento de reconocimiento de la condición de refugiado, se debe comenzar un proceso de reunificación familiar, en el cual se debe tener mucho cuidado para asegurar que el mismo realmente esté dentro de interés superior del niño. Esto está fuertemente ligado con el derecho del niño, niña o adolescente a participar del procedimiento y las condiciones en las que esto debe suceder. Las autoridades que traten casos de niños, niñas y adolescentes en necesidad de protección internacional deben estar capacitadas específicamente en el tema de niñez, adolescencia y refugio. El ambiente en el cual el niño, niña o adolescente exprese su opinión debe inspirar confianza y tiene que estar acompañado por apoyo psicológico y representante legal o tutor si es necesario.

Dentro del procedimiento administrativo, es importante tomar en cuenta la recepción de la solicitud, el debido proceso y la carga de la prueba. Las garantías que se determinaron en el anterior párrafo deben estar presentes cuando el niño, niña o adolescente de su testimonio a las autoridades. El fracaso en tomar en cuenta estas observaciones podría resultar en detrimento del principio del interés superior del niño. El mismo análisis de los elementos debe ser realizado teniendo en mente que un niño, niña o adolescente podría no expresarse de la misma manera que un adulto con respecto a su solicitud de refugio. Es por esto que además se vuelve imperante que todas las garantías del debido proceso se apliquen en estas solicitudes. El niño, niña o adolescente debe estar debidamente informado, representado y debe poder acceder a los recursos efectivos para apelar las decisiones de las autoridades. Además, las decisiones deben obligatoriamente estar motivadas en el principio del interés superior del niño. Cabe notar también que las peculiaridades de la carga de la prueba en los procedimientos de refugio y en los procedimientos de refugio que involucran a niños deben ser tomadas en cuenta.

Finalmente, las medidas de protección no deben ser suspendidas después de haberse terminado el proceso administrativo de reconocimiento de la calidad de refugiado. Los niños, niñas y adolescentes que se encuentran en el territorio ecuatoriano o bajo su jurisdicción deben gozar de sus derechos y es obligación del Estado que lo hagan. Por ende, aun cuando la decisión haya sido negativa y se disponga el comienzo de un proceso de deportación o de devolución, el Estado deberá seguir salvaguardando los derechos de

los niños, niñas y adolescentes. Esta recomendación también se debe seguir en los procesos en los que los adultos del grupo vayan a ser expulsados, ya que las decisiones que se tomen con respecto a ellos van a afectar a los niños, niñas o adolescentes que se encuentren a su cargo. Hay que recordar que en estos casos, un análisis de la compatibilidad de esta medida con el principio del interés superior del niño también se debe llevar a cabo.

Lo presentado anteriormente son los estándares básicos que se pudieron observar en el desarrollo de la investigación. Las entidades que tratan el tema de niñez, adolescencia y refugio han demostrado el interés y la capacidad para emitir respuestas coherentes a la problemática, que contienen muchas de las recomendaciones contenidas en este trabajo. Sin embargo, la existencia de una directriz nacional clara que recoja los estándares básicos es imperante. Esta directriz, reglamento o protocolo deberá estar nutrido por el interés superior del niño como uno de sus pilares, asegurando el efectivo goce de los derechos de los niños, niñas y adolescentes refugiados, con respecto a todas las garantías que debe tener y en relación a todo momento del procedimiento.

BIBLIOGRAFÍA

- ACNUR *Conclusión del Comité Ejecutivo N° 30 (XXXIV). El Problema de las Solicitudes de Asilo o de la Condición de Refugiado Manifiestamente Infundadas o Abusivas.* (1983).
- ACNUR *Nota Sobre la Carga y el Mérito de la Prueba en las Solicitudes de Asilo* (1998).
- ACNUR. *Alegatos del ACNUR Presentados a la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Marco de la Solicitud de la Opinión Consultiva sobre los Niños Migrantes Planteada por MERCOSUR* (2012) <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2012/8917.pdf?view=1> (acceso: 2/01/2015).
- ACNUR. Comité Ejecutivo del programa del Alto Comisionado 52° período de sesiones. *Nota sobre protección Internacional.* A/AC.96/951, 13 de septiembre de 2001.
- ACNUR. *Conclusión del Comité Ejecutivo No. 105. Women and Girls at Risk.* (2006).
- ACNUR. *Conclusión del Comité Ejecutivo No. 107. Children at Risk.* (2007).
- ACNUR. *Conclusión del Comité Ejecutivo No. 30. El problema de las solicitudes de asilo o de la condición de refugiado manifiestamente infundadas o abusivas, (XXXIV)* (1983)
- ACNUR. *Conclusión del Comité Ejecutivo No. 47. Refugee Children:* (1987).
- ACNUR. *Conclusión del Comité Ejecutivo No. 84. Refugee Children and Adolescents.* (1987).
- ACNUR. *Conclusión del Comité Ejecutivo No. 84. Refugee Children and Adolescents.* (1987).
- ACNUR. *Directrices de Elegibilidad del ACNUR para la Evaluación de las Necesidades de Protección Internacional de los Solicitantes de Asilo de Colombia.* HCR/EG/COL/10/2. 27 de mayo de 2010.
- ACNUR. *Directrices de Protección Internacional: Solicitudes de asilo de niños bajo los Artículos 1(A)2 y 1(F) de la Convención de 1951 y/o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados.* HCR/GIP/09/08 de 22 de diciembre de 2009.

ACNUR. *Directrices del ACNUR para la determinación del interés superior del niño.* (2008).

ACNUR. *Directrices sobre la Protección Internacional: “Perteneencia a un determinado grupo social” en el contexto del Artículo 1A (2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y/o su Protocolo de 1967.* 7 de mayo de 2002.

ACNUR. *Directrices sobre Protección Internacional. La aplicación de las cláusulas de exclusión: El Artículo 1F de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados.* HCR/GIP/03/05. 4 de septiembre de 2003.

ACNUR. *Directrices sobre protección Internacional: La persecución por motivos de género en el contexto del Artículo 1A(2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, y/o su Protocolo de 1967.* HCR/GIP/02/01 7 de mayo de 2002.

ACNUR. *Estados Partes de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y el protocolo de 1967.* (2011).
<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/0506> (acceso: 01/2/2015).

ACNUR. *Guidelines on International Protection: Religion-Based Refugee Claims under Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees.* HCR/GIP/04/06 28 de abril de 2004.

ACNUR. *Las Cláusulas de Cesación: Directrices para su Aplicación.* 26 de abril de 1999.

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.* Ginebra: 1992.

ACNUR. *Niños: Hoja Informativa sobre Protección y Cuidado* (2007),
<http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=50acb9c52> (acceso: 3/01/2014).

ACNUR. *Nota sobre la Cancelación del Estatuto de refugiado.* 22 de noviembre de 2004.

ACNUR. *Opinión Consultiva sobre la aplicación extraterritorial de las obligaciones de no devolución en virtud de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967.* 26 de enero de 2007.

ACNUR. Soluciones Duraderas. <http://www.acnur.org/t3/que-hace/soluciones-duraderas/> (acceso: 27/2/2015).

Acta Final de la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Estatuto de los Refugiados y de los Apátridas de 28 de julio de 1951. <http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=50ac926d2> (acceso: 30/01/2015).

Albán, Juan Pablo. “Las graves violaciones a los derechos humanos como categoría jurídica. Publicado el 3 de noviembre de 2013. <https://prohomine.wordpress.com/2013/11/03/las-graves-violaciones-a-los-derechos-humanos-como-categoria-juridica/> (acceso: 15/1/2015)

Álvarez Garrido, Ricardo, *El Interés Superior del Niño y el Razonamiento Jurídico*. Universidad Autónoma de México. México: 2013.

Arrangement Concerning the Extension to Other Categories of Certain Measures Taken in Favour of Russian and Armenian Refugees (1928).

Arrangement relating to the Issue of Identity Certificates to Russian and Armenian Refugee (1926).

Arrangement with regard to the Issue of Certificates of Identity to Russian Refugees (1922).

Asamblea General de las Naciones Unidas. Resolución 428 (V). *Estatuto de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados*. 14 de diciembre de 1950.

Asamblea Nacional. Proyecto de Ley de Movilidad entre las Prioridades del próximo Año. <http://www.asambleanacional.gob.ec/es/noticia/proyecto-de-ley-de-movilidad-entre-las-prioridades-para-el> (acceso: 3/06/2015).

Bauiz Yuri, Emilio. *La Doctrina para la Protección Integral de los Niños: Aproximaciones a su definición y principales consideraciones*. Ministerio de Salud de Costa Rica, Dirección de Servicios de Salud. Costa Rica: s/f.

Beloff, Mary. “Luces y Sombras de la Opinión Consultiva 17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: ‘Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño’”. *Justicia y derechos* No. 9, 2007.

Carta de las Naciones Unidas (1945).

Cavallo Aguilar, Gonzalo. “El principio del Interés Superior del Niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. *Estudios Constitucionales*. (2008).

Cillero Bruñol, Miguel “El Interés Superior del Niño en el Marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”. *Derechos y Garantías de la Niñez y la Adolescencia: Hacia la Consolidación de la Doctrina de Protección Integral*. Santamaría Ávila Ramiro, Ledesma Corredores María Belén (Ed), Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, UNICEF y ACNUDH: 2010.

Cillero Bruñol, Miguel. “Infancia, Autonomía y Derechos: Una cuestión de Principios”. *Boletín del instituto Interamericano del Niño, N° 234*. (, Montevideo, 1997).

Cillero Bruñol, Miguel. “Los derechos del niño: De la proclamación a la protección efectiva”. *Justicia y Derechos del Niño Número 3*. (UNICEF. Buenos Aires, 2001).

Coalición Internacional contra la Detención. *Infancia Cautiva. Introducción de un Nuevo Modelo para Garantizar los Derechos y Libertad de Niños Refugiados, Solicitantes de Asilo y Migrantes Irregulares Afectados por la Detención Migratoria*. Melbourne: 2012.

Código de la Niñez y de la Adolescencia. Registro Oficial 737 del 3 de enero de 2003.

Código de Menores. Registro Oficial Suplemento 995 del 7 de agosto de 1992.

Código de Procedimiento Civil. Registro Oficial Suplemento 58 del 12 de julio de 2005.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe No. 51/96[1] *Decisión de la Comisión en cuanto al Mérito del Caso 10.675 Estados Unidos*. [2] 13 de marzo de 1997.

Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Guidelines on International Protection: “Membership of a particular social group” within the context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol relating to the Status of Refugees. HCR/GIP/02/02, 7 May 2002.

- Comité de los Derechos del Niño. *Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes en Virtud del Artículo 44 de la Convención. Observaciones Finales del Comité de los Derechos del Niño: Ecuador.* 2 de marzo de 2010.
- Comité de los Derechos del Niño. *Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (Artículo 3, párrafo 1).* 29 de mayo de 2013.
- Comité de los Derechos del Niño. *Observación general No. 12. El Derecho del Niño a ser Escuchado.* (2009).
- Comité de los Derechos del Niño. *Observación General No. 6. Trato de los Menores no Acompañados y Separados de su Familia fuera de su País de Origen.* 6 de septiembre de 2005.
- Comité Internacional de la Cruz Roja. *Directrices Generales Inter-Agenciales sobre Niños y Niñas no Acompañados y Separados.* Ginebra: 2004.
- Concejo Cantonal de la Niñez y la Adolescencia de Guayaquil. Ruta de Atención, Protección y Restitución de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes no Acompañados y Separados en Procedimiento de Determinación de Refugio. [http://issuu.com/concejocantonalninezadolescenciagua/docs/procedimientos - ruta de atencion](http://issuu.com/concejocantonalninezadolescenciagua/docs/procedimientos_-_ruta_de_atencion) (acceso: 03.03.2015)
- Conferencia Internacional Sobre Refugiados Centroamericanos (CIFERCA). *Principios y Criterios para la Protección y Asistencia para los Refugiados, Repatriados y Desplazados Centroamericanos en América Latina.* CIREFCA 89/9.
- Conmemoración de Cartagena + 30. Aportes de la Sociedad Civil Ecuatoriana. <https://movilidadhumana.files.wordpress.com/2014/04/ecuador-documentos-pac3ads-cartagena-30-mercosur-ampliado.pdf> (acceso: 03.03.2015)
- Consejo Internacional para la Política sobre los Derechos Humanos. *Nuevas Normas de Derechos Humanos: Aprendiendo de la Experiencia,* 2006.
- Constitución de la Organización Internacional de Refugiados. (1946).
- Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 133 de 25 de mayo de 1967.

Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 183 de 5 de mayo de 1993.

Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 1 de 11 de agosto de 1998.

Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 763 de 12 de junio de 1984.

Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 800 de 27 de marzo de 1979.

Contró González, Mónica. *¿Menores o Niñas, Niños y Adolescentes? Reflexiones en el Contexto del Debate en América Latina.*
<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3011/7.pdf> (acceso: 3/07/2014).

Convención Americana sobre Derechos Humanos. (1969).

Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de Refugiados y en su Protocolo de 1957. Registro Oficial No. 565 de 7 de abril de 2009.

Convención de la OUA por la que se Regulan los Aspectos Específicos de Problemas de los Refugiados en África. (1969).

Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (1979).

Convención Sobre los Derechos de los Niños (1989).

Convention concerning the Status of Refugees coming from Germany. (1938).

Convention of 28 October, 1933 relating to the International Status of Refugees. (1933).

Corte Constitucional. *Sentencia No. 002-14-SIN-CC.* n/d.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso de Personas Dominicanas y Haitianas Expulsadas vs. República Dominicana.* Sentencia del 28 de agosto de 2014. Series C No. 282.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Opinión Consultiva 17. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. 28 de agosto de 2002.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Opinión Consultiva 21. Derechos y Garantías de Niñas y Niños en el Contexto de la Migración y/o en Necesidad de Protección Internacional*. 19 de agosto de 2014.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Opinión Consultiva 21. Derechos y Garantías de Niñas y Niños en el Contexto de la Migración y/o en Necesidad de Protección Internacional. Resumen Oficial Emitido por la Corte Interamericana de la Opinión Consultiva de 19 de agosto de 2014 solicitada por la República Federativa de Brasil, la República de Paraguay y la República Oriental del Uruguay*. 19 de agosto de 2014.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Pacheco Tineo v. Bolivia*. Sentencia del 25, 2013. Series C No. 272.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Fondo*. Sentencia del 28 de julio de 1988. Series C No. 7.

Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre (1948)

Declaración de Brasil: Un Marco de Cooperación y Solidaridad Regional para Fortalecer la protección Internacional de las Personas Refugiadas, Desplazadas y Apátridas en América latina y el Caribe (2014).

Declaración de Cartagena de Indias (1984).

Declaración sobre los Derechos del Niño (1959).

Declaración Universal de Derechos Humanos (1948).

Declaración y Plan de Acción de México Para Fortalecer la Protección Internacional de los Refugiados en América Latina. (2004).

Decreto Ejecutivo 1182. Reglamento para la Aplicación en el Ecuador del Derecho de Refugio. Registro Oficial 727 del 19 de junio de 2012.

Decreto Ejecutivo 1635.Reforma Decreto Ejecutivo 3301, Registro Oficial No. 933, 12 de Mayo de 1992 que contiene el Reglamento para la aplicación en el Ecuador de las

- normas contenidas en la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de Refugiados y en su Protocolo de 1957. Registro Oficial No. 565 de 7 de abril de 2009.
- Decreto Ejecutivo 3301. 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. Registro Oficial No. 933 del 12 de mayo de 1992.
- Decreto Ejecutivo No. 3293. Reglamento para la Aplicación en el Ecuador de las Normas Contenidas en la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y en su protocolo de 1967. Registro Oficial No. n/d de 30 de septiembre de 1987.
- Defensoría Pública del Ecuador. Protocolo para la Eliminación de Barreras de Acceso a la Justicia para la Población en Condiciones de Movilidad y Refugio. Colección Documentos de Política No. 11, Programa EUROsociAL. Ecuador 2014.
- Edwards, Alice. *Las dimensiones de edad y género en el derecho internacional de refugiados*. En ACNUR, *Protección de los refugiados en el derecho internacional. Consultas Globales de ACNUR sobre Protección Internacional*. España, Icaria Editorial: 2010.
- Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. Registro Oficial 536 de 18 de marzo de 2002.
- Estatuto del Tribunal Internacional para la Ex Yugoslavia. Resolución 837 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. (1993).
- Goodwin-Gill S, Guy. *The Refugee in International law*. Reino Unido: Oxford University Press, 2011.
- Hathaway, James. The Evolution of Refugee Status in International Law: 1920-1950". *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 33, No. 2 (1984), p. 361. <http://www.jstor.org/stable/759064> (acceso: 29/6/2014).
- Hathaway, James. *The Law of Refugee Status*. Canadá: Butterworths Canada, 1991.
- Human Rights Council. *Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, Juan E. Méndez*. A/HRC/28/68. 5 de marzo de 2015.
- International Refugee Committee. Resolution of the Committee*, Doc. (14 de Julio de 1938)

Ley de Migración. Registro Oficial 563 del 12 de abril de 2005.

Ley de Modernización del Estado. Registro Oficial 349 del 31 de diciembre de 1999.

Ley Orgánica de Comunicación. Registro Oficial Suplemento 22 del 25 de junio de 2013.

Ley Orgánica de Educación Intercultural. Registro Oficial Suplemento 417 del 31 de marzo de 2011.

MartinA, David. "The Law of Refugee Status by James C. Hathaway". *The American journal of International Law*, Vol. 87, No. 2 (abril, 1933).

Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana. *Manual de Procedimientos de Atención a Niños, Niñas y Adolescentes en Situación de Movilidad Humana*. Fondo para el Logro de los Objetivos de Desarrollo del Milenio, 2013.<http://cancilleria.gob.ec/manual-de-procedimientos-de-atencion-a-ninos-ninas-y-adolescentes-en-situacion-de-movilidad-humana/> (acceso: 2/12/2013).

Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana. Acuerdo Ministerial 000071. 7 de febrero de 2014.

Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana. Estadísticas disponibles en: <http://cancilleria.gob.ec/estadistica-de-refugios/> (acceso: 6/12/2013).

Ministerio de Relaciones Exteriores, Integración y Comercio. *Acuerdo Ministerial 000003*. Registro Oficial No. n/d de 11 de enero de 2011.

Naciones Unidas. *Resolución de la Asamblea General No. 1166 (XII)*. (1957).

Naciones Unidas. *Resolución de la Asamblea General No. 428 (V)* (1950).

O'Donnell, Daniel. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Normativa, Jurisprudencia y Doctrina de los Sistemas Universal e Interamericano*. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Bogotá: 2004.

Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights. *Legislative History of the Convention on the Rights of the Child. Volume 1*. New York and Geneva: 2007.

Organización Internacional para las Migraciones. *Amicus Curiae presentado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos por la Organización Internacional para las Migraciones (OIM). Solicitud de Opinión Consultiva sobre Niñez Migrante*. 17 de febrero de 2012.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. (1976).

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (1966).

Plan de Acción de Brasil: Una Hoja de Ruta Común para Fortalecer la protección y promover Soluciones Sostenibles para las Personas Refugiadas, Desplazadas y Apátridas en América Latina y el Caribe dentro de un Marco de Cooperación y Solidaridad. Brasilia, (2014).

Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados. (1967).

Provisional Arrangement concerning the Status of Refugees coming from Germany. (1936).

Ravetllat Ballesté, Isaac. “El Interés Superior Del Niño: Concepto Y Delimitación Del Término.” *Educatio Siglo XXI* 30, no. 2 (2012).

Reed-Hurtado, Michael. *The Cartagena Declaration of Refugees and the protection of People Fleeing Armed Conflict and Other Situations of Violence in Latin America.* ACNUR-Division of International protection, Junio, 2013.

Simon Campaña, Farith. *Derechos de la niñez y adolescencia: de la Convención sobre los Derechos del Niño a las Legislaciones Integrales.* Quito: Editorial Cevallos, 2008.

Simon Campaña, Farith. *Interés superior del Niño: Técnicas de Reducción de la Discrecionalidad Abusiva.* Quito: Ediciones Iuris Dictio: 2014.

Tratado Constitutivo de la Unión Europea. (1992).

Trindade Cançado, Antonio. Voto Concurrente de la Opinión Consultiva 17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 28 de agosto de 2002.

UNICEF. *Estado Mundial de la Infancia. Edición Especial. Conmemoración de los 20 años de la Convención sobre los Derechos del Niño.* UNICEF. Nueva York (2009).

University of Michigan Law School, International Refugee Law: *The Michigan Guidelines on Well-Founded Fear*, 28 March 2004, <http://www.refworld.org/docid/467fa3fb22.html> (acceso: 13/03/2015)

Weinberg M, Inés, *Convención sobre los derechos del niño.* Rubinal-Culzoni Editores. Buenos Aires: 2002.

Zimmerman, Andreas. *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol. A Commentary.* Oxford: 2011.