



FACULTAD DE JURISPRUDENCIA “ANDRÉS F. CÓRDOVA”

**TRABAJO DE INVESTIGACIÓN PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE
ABOGADO DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA REPÚBLICA DEL
ECUADOR**

**TÍTULO: LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y
ADOLESCENTES NO ACOMPAÑADOS QUE SOLICITAN REFUGIO EN EL
ECUADOR**

AUTOR: JUAN FRANCISCO SALAZAR SALINAS

DIRECTOR DEL TRABAJO DE INVESTIGACIÓN:

DR. DIEGO ZAMBRANO ALVAREZ

QUITO, AÑO 2019

RESUMEN

El presente trabajo de investigación analiza si el procedimiento al que se someten los niños y adolescentes no acompañados por sus padres y otros familiares, al solicitar el estatus de refugiado, se está realizando bajo el estricto cumplimiento de sus derechos y de las obligaciones internacionales que sobre este tema ha adquirido nuestro país, mediante el reconocimiento de esta figura en la Constitución de la República, sobre la base de la ratificación de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su protocolo de 1967 que se complementan, con la Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes, con la Doctrina de la Protección Integral consagrada en la Convención de los Derechos del Niño de 1989 y finalmente con lo preceptuado en la Ley Orgánica de Movilidad Humana, la misma que en el Art. 99 numeral 9 ordena que la Defensoría Pública asuma la representación legal y tutoría de los NNA no acompañados, por lo que se investigó bajo qué parámetros se está cumpliendo este mandato por parte de este organismo, encontrando que no se está acatando esta obligación, en virtud de no existir un reglamento o directriz específica que permita prestar este servicio de forma adecuada y de la falta de interés de los máximos directivos del organismo respecto a este tema.

De esta forma se pudo determinar que al no realizar la Defensoría Pública una adecuada representación legal y tutoría de los NNA, permite el incumplimiento de las obligaciones internacionales sobre refugio adquiridas por el Ecuador.

Palabras clave: Niños, niñas y adolescentes, Doctrina de la Protección Integral, grupos de atención prioritaria, refugio y tutoría.

ABSTRACT

This research paper analyzes whether the procedure to which children and adolescents, unaccompanied by their parents and other relatives, are subjected, when applying for refugee status, is being carried out under strict compliance with their rights and international obligations that This issue has acquired our country, through the recognition of this figure in the Constitution of the Republic, on the basis of the ratification of the Convention on the Status of Refugees of 1951 and its 1967 protocol that are complemented, with the Declaration of New York for Refugees and Migrants, with the Doctrine of Integral Protection enshrined in the Convention on the Rights of the Child of 1989 and finally with the provisions of the Organic Law on Human Mobility, the same as in Art. 99 numeral 9 orders that the Public Defender's Office assume the legal representation and tutoring of the unaccompanied children, so it was investigated under what p Parameters this mandate is being fulfilled by this body, finding that this obligation is not being complied with, by virtue of the absence of a specific regulation or directive that allows to provide this service in an appropriate manner and the lack of interest of the top executives of the agency regarding this issue.

In this way, it was determined that by not performing the Public Defender's Office an adequate legal representation and mentoring of the children, allows the breach of the international obligations on refuge acquired by Ecuador.

Keywords: Children and adolescents, Comprehensive Protection Doctrine, priority care groups, shelter and tutoring

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO I	5
LAS OBLIGACIONES DEL ESTADO EN PROTECCIÓN A NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES, NO ACOMPAÑADOS QUE SOLICITAN REFUGIO	5
1.1 Estándares internacionales en el reconocimiento de la condición de refugiado de niños, niñas y adolescentes: garantías y medidas de cuidado.....	6
1.2 De la doctrina de la situación irregular, a la protección integral; Incidencia en la legislación sobre Niñez y Adolescencia en Ecuador	14
1.3 La Doctrina de la Protección Integral de los NNA.....	18
1.3.1 Principios de la Doctrina de la Protección Integral.....	21
1.4 Las obligaciones del Estado frente a los derechos humanos de los NNA no acompañados que buscan refugio.	28
CAPÍTULO II.....	32
EL DERECHO INTERNACIONAL Y LA NORMATIVA INTERNA DEL ECUADOR COMO INSTRUMENTOS DE PROTECCIÓN DE LOS NNA NO ACOMPAÑADOS QUE SOLICITAN REFUGIO.....	32
2.1 La protección integral en el derecho internacional.....	34
2.2 Antecedentes previos a la constitución de la normativa internacional sobre refugio	35
2.3 Marco normativo internacional sobre el refugio	37
2.4 La Organización de las Naciones Unidas ONU y EL ACNUR como organizaciones internacionales que buscan proteger a las personas refugiadas	43
2.5 Normativa interna del Estado ecuatoriano sobre el refugio	47
CAPÍTULO III	51
EVALUACIÓN SOBRE LA ACTUACIÓN DEL ESTADO ECUATORIANO EN CUANTO A LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS DE LOS NNA NO ACOMPAÑADOS QUE SOLICITAN REFUGIO.....	51
3.1 Justificación.....	51
Conclusiones	62
Recomendaciones.....	63
Bibliografía	64
Anexos	68

CERTIFICACIÓN DE AUTORÍA Y HONESTIDAD ACADÉMICA

Nombre: Juan Francisco Salazar Salinas

Cédula de ciudadanía:

Facultad: Jurisprudencia Escuela: Derecho

DECLARO QUE

el trabajo de investigación de fin de carrera titulado "La protección internacional de los niños, niñas y adolescentes no acompañados que solicitan refugio en el Ecuador" para optar por el título de Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador, es de mi autoría exclusiva y producto de mi esfuerzo personal; las ideas, enunciaciones, citas de todo tipo e ilustraciones diversas; obtenidas de cualquier documento, obra, artículo, memoria, entre otros (versión impresa o digital), están citadas de forma clara y estricta, tanto en el cuerpo del texto como en la bibliografía.

Estoy plenamente informado de las sanciones universitarias y/o de otro orden en caso de falsedad de lo aquí declarado, en todo o en parte.

Quito, Diciembre del 2019

Firma del estudiante

AUTORIZACIÓN DE DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL

Yo, Juan Francisco Salazar Salinas, con cédula de identidad número..... en calidad de autor del trabajo de investigación “La protección internacional de los niños, niñas y adolescentes no acompañados que solicitan refugio en el Ecuador”, autorizo a la Universidad Internacional del Ecuador (UIDE), a hacer uso de todos los contenidos que me pertenecen o de parte de los que contiene esta obra, con fines estrictamente académicos o de investigación.

Los derechos que como autor me corresponden, con excepción de la presente autorización, seguirán vigentes a mi favor, de conformidad con lo establecido en los artículos 5, 6, 8, 19 y demás pertinentes de la Ley de Propiedad Intelectual y su Reglamento en Ecuador.

Quito, Diciembre de 2019

Firma del estudiante

AGRADECIMIENTOS

Para comenzar agradezco a Dios y a mi familia que nunca dejo de creer en mí y siempre me apoyaron en el sueño de obtener mi título de abogado.

Quiero también agradecer a la Universidad Internacional del Ecuador, y a todos los que conforman la Facultad de Derecho, puesto que ellos fueron los partícipes de este tan ansiado logro.

Espero corresponder a todos convirtiéndome en un profesional de bien que deje en alto el nombre de mi familia, de mi querida universidad y de mi País.

DEDICATORIA

Quiero dedicar este trabajo de investigación a mis padres y hermanos que con su ejemplo diario, son una guía importante en mi vida. La persona que soy es un resultado de lo que ustedes han logrado inculcar en mí. Por último también quiero dedicar esta tesis a mi abuelo, el Sr. José Aron Salinas Escobar, quién con su ejemplo de vida, dejó un legado imborrable en los corazones de quien tuvimos el honor de conocerlo.

INTRODUCCIÓN

Justificación

El presente tema de investigación se enfoca en el análisis sobre la situación de los niños niñas y adolescentes no acompañados que solicitan el estatus de refugiado en nuestro país, es decir es una evaluación a la luz del derecho internacional de los Derechos Humanos respecto del respeto de sus derechos y del cumplimiento de las obligaciones internacionales adquiridas al haber suscrito la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su protocolo de 1967 entre otros instrumentos de protección humanitaria.

El reconocimiento de la figura del refugio se encuentra reconocida en la Constitución de la República, sobre la base de la ratificación de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su protocolo de 1967 que se complementan, con la Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes y lógicamente al tratar asuntos inherentes a NNA con la Doctrina de la Protección Integral consagrada en la Convención de los Derechos del Niño de 1989, instrumentos que determinan el marco jurídico de protección internacional de aquellas personas en situación de migración forzada de sus países de origen o de residencia habitual.

Sobre la base de los compromisos adquiridos por el Estado ecuatoriano en cuanto a proveer protección internacional, se promulgó la Ley Orgánica de Movilidad Humana, la misma que en el Art. 99 numeral 9 ordena que la Defensoría Pública asuma la representación legal y tutoría de los NNA no acompañados, por lo que se investigó bajo qué parámetros se está cumpliendo este mandato por parte de este organismo, encontrando que no se está acatando esta obligación, en virtud de no existir un reglamento o directriz específica que permita prestar este servicio de forma adecuada, pese a que la Constitución constituye un instrumento jurídico de aplicación directa.

De esta forma, al determinarse que la Defensoría Pública ejerce la representación legal y tutoría de los NNA no acompañados de forma inadecuada, nos lleva a la inevitable conclusión del incumplimiento de las obligaciones internacionales sobre refugio adquiridas por el Ecuador al no poder materializar la Doctrina de la Protección Integral y tampoco garantizar el respeto de sus derechos.

Planteamiento del problema

Los NNA necesitan una atención prioritaria y especializada de sus requerimientos, por mandato del artículo 35 de la Constitución y por constituir uno de los colectivos más sensibles o vulnerables dentro de una organización social, es por esto que al tener que desplazarse por ser víctimas de violencia, de su lugar de origen en busca de mejores condiciones de vida o simplemente por sobrevivencia, sin el acompañamiento de sus familiares, buscando o solicitando refugio, es cuando entra en acción la figura de la protección internacional que exige que las autoridades del País receptor actúen con inmediatez y eficiencia a fin de no vulnerar sus derechos.

La Doctrina de la “Protección Integral” de los derechos de NNA que surge a partir de la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas de 1989, ha significado un cambio de paradigma de lo que fue la doctrina de la situación irregular, al reconocerlos como sujetos plenos de derechos dotados de un peso abstracto especial, en base al principio universal del interés superior del niño.

Bajo este contexto, la realidad de los NNA no acompañados solicitantes de refugio en el Ecuador, se torna incompatible con los mandatos constitucionales, con los tratados internacionales suscritos y reconocidos, con el principio del interés superior del niño, con la protección internacional y por supuesto con la doctrina de la protección integral, cuando sus procesos para la obtención de la condición de refugiados, por mandato de la LOMH en cuanto a la tutoría o representación legal se encarga a la Defensoría Pública, la misma que institucionalmente adolece de falencias procedimentales para desarrollar adecuadamente este cargo y evitar la vulneración de los derechos de los mismos.

Es decir, los compromisos adquiridos por el Ecuador en materia de refugio y los derechos de los NNA ante la comunidad internacional, están siendo incumplidos, por lo tanto, es necesario tomar las medidas adecuadas para brindar o asegurar la protección internacional y respeto de sus derechos.

Finalmente, la mera enunciación teórica de las normas de protección de los NNA sin acompañamiento, no es suficiente, pues debe existir toda una planificación estatal que en virtud del accionar de sus organismos materialice tales derechos, en especial cuando estas deben actuar como representantes legales para evitar que se vulneren sus derechos y garantías.

Con estos antecedentes, es necesario hacerse la pregunta de investigación para dilucidar si

¿La normativa interna y las medidas adoptadas por el Estado ecuatoriano en materia de refugio respecto de los niños, niñas y adolescentes no acompañados que solicitan refugio en el país, se adecúan a los estándares de protección previstos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos?

Por otro lado, el objetivo general de la presente investigación, es determinar que el Estado ecuatoriano incumple con su obligación internacional de proveer protección internacional a NNA no acompañados que solicitan refugio, al no brindar una tutoría o representación legal adecuada por parte de la Defensoría Pública y otras instituciones gubernamentales que deberían interactuar para materializar los derechos de este grupo de atención prioritaria y especializada.

A fin de alcanzar el objetivo general de esta investigación, se plantean los siguientes objetivos específicos:

- a) Determinar cuáles son los instrumentos internacionales de derecho humanitario de los cuales se derivan las obligaciones del Estado ecuatoriano, en torno a los NNA no acompañados que solicitan refugio.
- b) Definir cuáles son las obligaciones atribuibles al Estado en materia de protección a NNA no acompañados que solicitan refugio en el país.
- c) Analizar el procedimiento de otorgamiento del estatus de refugiado para NNA no acompañados que lleva a cabo el Estado ecuatoriano y sus organismos estatales.
- d) Identificar los parámetros determinados en la LOMH respecto de la representación legal o tutoría de los NNA no acompañados que solicitan refugio en el Ecuador, para concluir si cumplen con los estándares internacionales de protección o no.
- e) Analizar y evaluar la luz de la información recogida, si el Estado ecuatoriano garantiza los derechos de los NNA no acompañados que solicitan refugio en el Ecuador.

Dentro del presente trabajo se aplicó una investigación de tipo descriptiva que se complementó con el análisis documental y un procedimiento de campo con la aplicación de entrevistas que permitió recoger información de fuente directa, la misma que posteriormente fue procesada y sistematizada para la construcción de los argumentos que sustentan este estudio.

En virtud del tema planteado para esta investigación se distribuyó su estudio en tres capítulos de la siguiente forma: en el primero se examinó las obligaciones del Estado en cuanto a los

NNA no acompañados que solicitan refugio, revisando si el procedimiento que se aplica responde a los estándares internacionales, luego se hizo un acercamiento de la doctrina de la situación irregular hacia la protección integral y la incidencia en la legislación sobre Niñez y Adolescencia, se estudió la Doctrina de la Protección Integral de los NNA y sus principios para terminar con las obligaciones del Estado frente a los derechos humanos de los NNA no acompañados que buscan refugio.

En el segundo capítulo se analizó el derecho internacional y la normativa interna del Ecuador como instrumentos de protección de los NNA no acompañados que solicitan refugio, la protección integral en el derecho internacional, los antecedentes previos a la constitución de la normativa internacional sobre refugio, el marco normativo internacional sobre el refugio, la organización de las Naciones Unidas ONU y El ACNUR como organizaciones internacionales que buscan proteger a las personas refugiadas y la normativa interna del Estado ecuatoriano sobre el refugio, información que se recogió con la aplicación de entrevistas a funcionarios estatales.

En el tercer capítulo se realizó la evaluación sobre la actuación del Estado ecuatoriano en cuanto a la garantía de los derechos de los NNA no acompañados que solicitan refugio y finalmente se estipularon las conclusiones a las cuales se arribó luego de esta investigación, plasmando los resultados en cuanto al cumplimiento parcial por parte del estado en sus obligaciones internacionales, culminando con la imposición de la bibliografía con la cual se logró argumentar la posición teórica esgrimida en este estudio.

CAPÍTULO I

LAS OBLIGACIONES DEL ESTADO EN PROTECCIÓN A NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES, NO ACOMPAÑADOS QUE SOLICITAN REFUGIO

En el presente capítulo se va a definir en primer lugar cuáles son las obligaciones atribuibles al Estado en materia de protección a niños, niñas y adolescentes, no acompañados que solicitan refugio en el país, determinando si los derechos humanos y toda la gama de tratados e instrumentos están siendo observados al momento de realizar el proceso de otorgamiento o de negativa del estatus de refugiado. En este sentido, la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados define el refugio de la siguiente forma:

Artículo 1. -- Definición del término "refugiado" 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 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 (Convención sobre el Estatuto de los Refugiados , 1951).

Según López Garrido, refugio es “el derecho de toda persona que huye de la persecución a ser acogida y protegida por autoridades y sociedades diferentes de aquellas de las que huye” (López Garrido, 1991; 168), es decir que el país al cual llega esta persona perseguida tiene la obligación de protegerla, en especial cuando se trata de NNA no acompañados.

En este sentido, la Convención de los Derechos del Niño ratificada por el Congreso Nacional del Ecuador en 1990, en el artículo 1 define a los NNA como “todo ser humano menor de dieciocho años de edad”; por tanto, un **grupo de atención prioritaria** (Así los califica la Constitución de la República en el artículo 35) y especializada que en función de su edad debe recibir la protección tanto del Estado como de la sociedad.

Al respecto la Convención de los Derechos del Niño refiriéndose a aquellos NNA, esboza los principios y derechos aplicados a la infancia, determinando las obligaciones de los Estados parte, respecto de adoptar medidas adecuadas para lograr el efectivo goce y

respeto a través del derecho internacional, recibiendo la protección y la asistencia humanitaria adecuadas para el disfrute de sus derechos.

El presente capítulo nos permitirá revisar los estándares internacionales en el reconocimiento de la condición de refugiado de niños, niñas y adolescentes, así como las garantías y medidas de cuidado establecidas al respecto en el derecho internacional¹, para lo cual se estudiará la doctrina de la situación irregular y la transición hacia la doctrina de la protección integral y la incidencia que ha tenido en el desarrollo de la legislación sobre Niñez y Adolescencia en el derecho internacional y en el derecho interno; es decir, se establecerán la doctrina y conceptos básicos, para determinar las obligaciones del Estado frente a los derechos humanos de los NNA no acompañados que buscan refugio.

1.1 Estándares internacionales en el reconocimiento de la condición de refugiado de niños, niñas y adolescentes: garantías y medidas de cuidado

El derecho internacional regula las relaciones humanas con una base ética, comprometiendo a todas las naciones en la búsqueda de dotar de niveles mínimos de vida digna para todo ser humano, es por esto que la comunidad internacional ha centrado su atención en el desarrollo de normas, políticas y directrices internacionales con el objetivo de propiciar la protección y el cuidado de las personas, pero en especial de los niños, niñas y adolescentes que se desplazan por alguna necesidad de protección, dejando incluso a sus familias, a pesar de su edad.

Por lo tanto, este grupo poblacional se encuentra en situaciones especiales de vulnerabilidad en razón de su edad, condición social, estado de desarrollo físico y mental y son particularmente susceptibles a ser expuestos por la fuerza al riesgo de lesiones físicas y psicológicas, explotación y muerte o a problemas como la no materialización de la doctrina de protección integral de la cual son titulares en virtud de la Convención de los Derechos del Niño (Caso de las masacres de Ituango vs. Colombia (Corte IDH), 2006).

Concordando con Gloria Inés Restrepo “el refugio es un fenómeno caracterizado por el

¹En la comunidad internacional se requieren reglas o normas vinculantes con las cuales se estructuren las relaciones entre sus sujetos (estados, organismos internacionales y otros sujetos) y que regulen la actuación de aquéllos, constituyéndose como limitaciones a su libre actuación y decisión política y sirviendo como equilibrio entre ellos. Dicho conjunto de normas integra lo que hoy en día conocemos como derecho internacional público (Rodríguez, 2017; 38).

paso de fronteras estatales por parte de personas o grupos obligados a abandonar su país de origen debido a cuestiones de raza, credo o cuestiones políticas” (Restrepo, 2008; 4), los NNA tienen más riesgo de vulnerabilidad, por su falta de experiencia y madurez para afrontar toda la problemática que le significa desplazarse forzosamente de su lugar habitual de permanencia.

De la misma forma, los autores César San Juan y Mark Manly al referirse al refugio mencionan “que se trata de la protección que se brinda al garantizar admisión al territorio a quien alega persecución (o el temor de persecución) y la protección consecuente hasta que se determine su estatus y, en particular, el respeto del principio de no devolución” (San Juan & Manly, 2004; 37).

En este sentido, el objetivo es incorporar una perspectiva sensible a las características particulares de este grupo y garantizar la adopción de medidas tendientes a asegurar sus derechos en todas las esferas de sus vidas en especial cuando solicitan refugio, en donde deben materializarse las garantías específicas a los derechos humanos por parte de los Estados a fin de asegurar la protección internacional de los NNA que solicitan refugio.

Esta protección internacional² se enmarca dentro de lo establecido en distintos instrumentos internacionales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos artículo 7, la Convención de los Derechos del Niño artículo 3 numeral 2, entre otros que facilitan la complementariedad de estas normas con el derecho internacional de refugiados y con la interpretación que de ellos realizan los diversos órganos y organizaciones. Al respecto la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados no establecen diferencias en su aplicación respecto de NNA o adultos, ni limitaciones en el acceso al procedimiento de reconocimiento de la condición de refugiados en función de la edad.

Estos instrumentos de derecho internacional de los refugiados se complementan con otros instrumentos internacionales de derechos humanos, como la Convención Americana sobre

² Si consideramos que el hombre continúa siéndolo tanto en el ámbito nacional como en el internacional —al igual que los derechos humanos que requieren protección—, deberá protegerse en derecho internacional toda vez que también existe una relación de subordinación entre hombre y Estado (Palacio, 2017; 114).

Derechos Humanos (CADH), que en el artículo 22 numerales 7 y 8 reconoce el derecho de toda persona de buscar y recibir asilo y el principio de non refoulement, y la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas (CDN).

El derecho de asilo a diferencia del refugio supone aquella protección que el Estado presta en su territorio al acoger en el mismo a determinadas personas que son perseguidas y cuya vida o libertad se encuentran en peligro en el Estado de procedencia. Mientras que refugio es la institución mediante la cual se brinda protección internacional a una persona, que abandonan el país del cual es nacional, por razones de temor fundado a ser perseguido no sólo por motivos políticos sino también por etnia, religión, o condición social y está imposibilitado de regresar a su país, por cuanto su vida e integridad física corren peligro, es decir se materializa el principio de no devolución (Diez de Velasco, 2007; 623).

Uno de los pilares sobre los que se asienta el derecho de asilo es el principio de no devolución, conocido también por su expresión en francés «non refoulement». Dicho principio está recogido en el artículo 33 de la Convención de Ginebra, de 1951, en relación con el Protocolo de Nueva York, de 1967, y obliga a los Estados a no devolver, retornar, expulsar o extraditar a un refugiado a su país de origen ni a otros en los que su vida o su libertad corran peligro. También se encuentra codificado en los instrumentos jurídicos sobre asilo de ámbito regional, y constituye una norma de Derecho internacional consuetudinario (Granados, 2018; 3).

Ahora bien, además de los principios mencionados, la Convención de los Derechos del Niño, en su artículo 22, instituye que los Estados deben establecer las medidas necesarias para asegurar que los NNA que soliciten el reconocimiento de su estatuto como refugiados o que hayan sido reconocidos como refugiados, sea que estén solos o acompañados, gocen de la protección y la asistencia humanitaria adecuada para el disfrute de los derechos reconocidos en la Convención o en otros tratados internacionales de derechos humanos o de carácter humanitario en que el Estado sea parte.

Sin embargo, antes de continuar con este estudio es necesario saber que por principio general del derecho “se entienden las ideas fundamentales e informadoras de la organización jurídica de la nación, es decir, los que dan sentido a las normas jurídicas legales o consuetudinarias existentes en la comunidad, los enunciados generales a los que se subordina un conjunto de soluciones particulares”. (Kluwer, 2017; 2), en este sentido Jesús Leguina Villa, sostiene que los principios poseen las siguientes características:

- Son preceptos normativos que suponen la existencia de otras normas específicas no para regular una situación jurídica concreta sino para guiar la aplicación de esa norma.
- Son reglas de carácter general, o normas que no tienen un supuesto de hecho, ni una sanción establecida. Son precisos en cuanto se refieren a un tema en concreto, pero también son indeterminados ya que su aplicación es dinámica y se aplica como precepto en varios supuestos o casos específicos.
- Indican cómo aplicar normas específicas, que alcance darlas, como combinarlas y cuando otorgar precedencia de alguna de ellas (Leguina, 1987; 11).

En este sentido, son normas que permiten la aplicación de los derechos de manera progresiva, que para Antonio Enrique Pérez Luño define como “un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas en los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional” (Pérez Luño, 2011; 94).

Pero adicional a los principios como parámetros para la interpretación y aplicación de los derechos, existen las garantías como mecanismos para hacer efectivos los derechos subjetivos de las personas, las mismas que según Luigi Ferrajoli, “tienen en común el dato de haber sido previstas a sabiendas de que su falta daría lugar a la violación del derecho que, en cada caso, constituye su objeto” (Ferrajoli, 1999; 39).

Entre los principios³ del derecho internacional de los refugiados se encuentra el denominado *principio de no devolución*, incluyendo la *prohibición de rechazo en frontera*, *no sanción por ingreso irregular*, *de confidencialidad*, *de no discriminación*, *de trato más favorable posible*, y *de unidad de la familia*, sin embargo para que tengan un alcance que cobije o proteja a los NNA deben complementarse con los establecidos por los instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos, y en particular por los contenidos en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia que recoge dos principios fundamentales como la no discriminación y el interés superior del niño.

El principio de no devolución constituye un componente esencial e inderogable de la

³ Los principios del derecho internacional se derivan de la naturaleza de la comunidad internacional. Esta afirmación asume, primero, que la naturaleza del derecho por el cual se rige la comunidad internacional es distinta de la del derecho interno de los Estados. Los principios son necesarios para la coexistencia pacífica de los Estados, toda vez que para que tengan razón de ser requieren que sus destinatarios sean una sociedad de Estados iguales e independientes, por ejemplo: el principio de igualdad soberana de los Estados, de libre autodeterminación de los pueblos, la prohibición del uso de la fuerza en la conducción de relaciones interestatales, etcétera (Palacio, 2017; 115).

protección internacional de los refugiados. La importancia central de la obligación de no regresar a un refugiado al peligro de persecución se refleja en el artículo 42 de la Convención de 1951 y el artículo VII del Protocolo de 1967, que cita el artículo 33 como una de las disposiciones de la Convención de 1951 para la cual no se permiten reservas (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, 2007; 5).

El principio de *no devolución* en materia de refugio adquiere gran connotación en el derecho internacional, a partir de la Declaración adoptada en la Reunión Ministerial de los Estados Partes de la Convención de 1951 y/o el Protocolo de 1967, que en diciembre del 2001, “Aceptando la continua relevancia y adaptabilidad de este régimen internacional de derechos y principios, centrado en el principio de no devolución (*non-refoulement*) cuya aplicabilidad se inserta en el derecho consuetudinario internacional” (Reunión Ministerial de los Estados Partes de la Convención de 1951 y/o el Protocolo de 1967, 2001), por lo tanto se convierte o adquiere las características de una norma *jus cogens*⁴, posición que posteriormente fuera ratificada por la Asamblea General.

Art. 53.- Una norma imperativa de derecho internacional general, o *jus cogens* es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter” (Convención de Viena, 1969).

En este mismo sentido, el artículo 64 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 dispone que las normas imperativas (*jus cogens*) de derecho internacional prevalecen sobre los tratados existentes, es decir ningún Estado puede devolver a una persona solicitante de refugio en virtud de la superioridad del principio de no devolución que ha sido reconocido como norma de derecho consuetudinario internacional.

En este sentido, el refugio como figura jurídica de derecho internacional recogida

⁴⁴Los Estados se encuentran sujetos a las normas imperativas de derecho internacional general (*jus cogens*) pese a su voluntad contraria, pues, toda vez que dichas normas son "aceptadas y reconocidas" por la comunidad internacional de Estados, éstos limitan su voluntad ajustando su comportamiento a lo dispuesto por tales normas (Rodríguez, 2017; 43).

principalmente por el Estatuto⁵ de los Refugiados de 1951, es un instrumento por medio del cual se aplica la protección internacional de aquella persona o grupo de personas que por motivos distintos deben abandonar su tierra natal o su lugar habitual de residencia, para buscar establecerse en otro país.

La población refugiada, es aquella que sale de su país a causa de una persecución por motivos de: discriminación racial, religión, opinión política, etc. Es decir, son quienes a causa de estos temores no quieren acogerse a la protección en su país. Se pueden catalogar también a aquellas personas que huyen de su lugar natal por causas de seguridad: violencia generalizada, agresión extranjera, conflicto político interno entre otros (Pérez Barahona, 2000; 114).

En el momento mismo de abandonar su país de origen o de residencia habitual, se crea una condición de fragilidad que el refugiado debe afrontar, pero al referirnos a los NNA además de afrontar posibles violaciones de derechos humanos tales como la vida, la libertad, la seguridad personal, la igualdad, la no discriminación, al amparo de su familia y la residencia en el territorio de un Estado, también deben afrontar los problemas que surgen de su inmadurez y falta de preparación para afrontar circunstancias adversas, lo cual los sume en una doble vulnerabilidad. Los NNA migrantes no acompañados, por su condición personal automáticamente se encuentran en situación de desventaja frente a otros grupos sociales, por lo tanto, son un grupo con un alto grado de vulnerabilidad.

Así pues, todo ser humano es vulnerable porque tal característica es intrínseca a la naturaleza mortal, si bien la vulnerabilidad no tiene por qué abordarse en negativo, puesto que la misma nos habla de nuestra capacidad para reaccionar, resistir y recuperarnos de una herida, de una lesión física o moral. (...) En materia de protección de los derechos humanos las nociones de igualdad y de vulnerabilidad van particularmente unidas. Son vulnerables quienes tienen disminuidas, por distintas razones, sus capacidades para hacer frente a las eventuales lesiones de sus derechos básicos, de sus derechos humanos. Esa disminución de capacidades, esa vulnerabilidad va asociada a una condición determinada que permite identificar al individuo como integrante de un determinado colectivo que, como regla general, está en condiciones de clara desigualdad material con respecto al colectivo mayoritario (Red de Derechos Humanos y Educación Superior, 2015; 13).

Entonces, si todos los seres humanos adolecemos de condiciones de vulnerabilidad y los NNA al buscar el estatus de refugiado adquieren una especial situación de fragilidad, se

⁵Los tratados internacionales son compromisos internacionales adquiridos por los Estados. La Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 define a los tratados como "un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular" (Palacio, 2017; 77).

vuelven merecedores de atención prioritaria y especializada, puesto que el solo hecho de alejarse de sus familias ya crea un ambiente de inseguridad complejo para ellos.

La Convención de Ginebra sobre los refugiados de 1951, también impone al Estado el deber de cooperar con las Naciones Unidas y demás organizaciones intergubernamentales competentes u organizaciones no gubernamentales que cooperen con las Naciones Unidas en la tarea de proteger a todo NNA refugiado y en localización de sus padres u otro familiar a fin de poder eventualmente asegurar la reunificación familiar.

Al ser los NNA titulares de derechos y por tanto sujetos de protección en todos los ámbitos y aspectos, evidentemente al llegar a otro país sin acompañamiento y solicitando refugio, una de las principales obligaciones de las autoridades es la búsqueda de oportunidades de reintegración familiar, con la finalidad de materializar el derecho consagrado en el numeral 3 del Art. 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos que se refiere a la familia como “el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado” (Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948).

Con objeto de respetar plenamente la obligación que impone a los Estados el Art. 9 de la Convención de impedir que un menor sea separado de sus padres contra su voluntad, debe procurarse por todos los medios que el menor no acompañado o separado se reúna con sus padres salvo cuando el interés superior de aquél requiera prolongar la separación, habida cuenta del derecho del menor a manifestar su opinión (Art. 12). Si bien las circunstancias expresamente recogidas en la segunda frase del párrafo 1 del artículo 9, esto es, los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres, pueden desaconsejar la reunión en cualquier lugar, otras consideraciones fundadas en el interés superior del menor pueden constituir un obstáculo para la reunión sólo en lugares específicos (Naciones Unidas: OBSERVACIÓN GENERAL N° 6, 2005).

Pero, en muchos casos no es posible la reintegración familiar por lo tanto el país receptor es quien asume la obligación de proteger a los NNA no acompañados, en base a la doctrina de la protección internacional y la protección integral, que, sumadas a las disposiciones de la normativa interna, deben asegurar que principios fundamentales como el del interés superior del niño se cumpla.

El interés superior del niño se puede definir como la potenciación de los derechos a la integridad física y psíquica de cada uno de los niños y niñas, persiguiendo la evolución y desarrollo de su personalidad en un ambiente sano y agradable, que apremie como fin

primordial el bienestar general del niño o niña (López, 2015; 99).

Este principio regulador de la normativa de los derechos de los NNA se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades desde la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos de los niños y niñas.

El interés superior del niño como principio garantizador de sus derechos debe tener especial atención en los efectos que la migración sin acompañamiento causa en los NNA, por lo que se tiene que establecer el conjunto de circunstancias personales, físicas, morales, familiares, de amor, confianza y educativas de las que el niño, niña o adolescente se encontraba y se encuentra rodeado, para si poder establecer el alcance que debe darse a la normativa para asegurar su bienestar.

A todo niño, niña o adolescente debe protegerse con preferencia sobre cualquier otro sujeto implicado, como pueden ser su propio padre o madre, terceras personas o la administración pública; por ello, se dice que el interés del sujeto menor prevalece sobre los intereses de otros sujetos, los cuales pasan a segundo plano, razón por lo cual la visión infantocéntrica prima sobre cualquier otra consideración estado y paternocéntrica (Sentencia Exp. 2011-12458 de fecha 13 de septiembre de 2011 Sala Constitucional de Costa Rica, 2019).

La problemática que los NNA no acompañados enfrentan al solicitar el estatus de refugiado, exige que las autoridades tengan presente la visión infantocéntrica la cual significa que deben ubicarse dentro de la esfera de los niños y niñas, alejándose de cualquier otro ámbito que pueda incidir en la toma de decisiones, es decir deberán observar únicamente los factores que pueden incidir en el beneficio de los NNA (Sentencia Exp. 2011-12458 de fecha 13 de septiembre de 2011 Sala Constitucional de Costa Rica, 2019).

Finalmente, todas estas medidas que se han mencionado son las obligaciones que los Estados partes o suscribientes de los instrumentos internacionales de protección de los refugiados, deben cumplir y para esto deben tener especial cuidado cuando se trata de NNA no acompañados quienes adolecen de una doble vulnerabilidad por su edad y su inmadurez física e intelectual, sin perjuicio de otro tipo de posibilidades provenientes de

su etnia, origen nacional, eventual condición de discapacidad, situación que empeora al separarse del seno de su familia, puesto que se desprenden de la seguridad y el amparo familiar, por lo tanto deben tener la certeza que principios fundamentales como el interés superior del niño, sean respetados y aplicados adecuadamente en su beneficio.

1.2 De la doctrina de la situación irregular, a la protección integral; Incidencia en la legislación sobre Niñez y Adolescencia en Ecuador

En el mundo jurídico, se entiende por doctrina, el conjunto de la producción teórica elaborada por todos aquellos vinculados con el tema, desde el ángulo del saber, la decisión o la ejecución; en este sentido resulta diverso el panorama al referirnos al derecho de menores en el contexto de la situación irregular. Siguiendo esta línea, en nuestro país en 1992 se instituye el Código de Menores con el objetivo de adaptarlo a los principios internacionales dispuestos por la Convención sobre los Derechos del Niño y sobre la base de la existencia de menores que viven en condiciones especialmente difíciles y que necesitan especial protección. Conforme lo indican los Legisladores del Congreso Nacional de aquella época, que en uno de los considerandos del Código de Menores dicen “Que en nuestro país hay menores que viven en condiciones especialmente difíciles y que necesitan especial protección” (Código de Menores, 1992).

Es decir, el Ecuador se alineaba con la ideología, en un principio hegemónica, de la compasión-represión, que determinó la presencia de múltiples puntos de vista, que partían de considerar la piedad como dogma, por lo tanto, la producción teórica en su gran mayoría se desprende de los mismos sujetos encargados de su aplicación (los jueces de menores).

La Doctrina de la Situación Irregular legitima un marco jurídico destinado a la atención de los niños y adolescentes pobres, o también definidos como en situación de “riesgo social” o en “situación irregular”. En este sentido, la vida de ciertos niños y adolescentes se define como irregular, aquellos que se encuentran en situación irregular es decir en situación de abandono moral y/o material asociados a la pobreza (García Mendez, 1995; 18, pág. 22).

Esta doctrina de la situación irregular, al igual que el Código de Menores vigente en aquella época en nuestro país, comienza por discriminar aquellos niños en situación de pobreza, a quienes los determina como un riesgo social y en base a eso en el artículo 1 se preceptúan los siguientes principios:

Art. 1.- Son principios de este Código:

- d) Definir las situaciones de riesgo en las que puede encontrarse el menor;
- e) Determinar las medidas que deben adoptarse con el fin de proteger al menor que se encuentra en situación de riesgo, y las medidas que tiendan a la superación de dicha situación;
- g) Establecer los servicios, modelos y alternativas de protección al menor que se encuentra en situación de riesgo, sin perjuicio de las normas orgánicas y de funcionamiento que se dicten (Código de Menores, 1992).

Es decir, no existe una igualdad de trato hacia quienes tienen posibilidades económicas puesto que ellos no constituyen un riesgo para la sociedad, pero la situación empeora como bien lo dice Emilio García Méndez con “la creación de un marco jurídico que legitime una intervención estatal discrecional sobre esta suerte de producto residual de la categoría infancia, constituida por el mundo de los menores” (García Mendez, 1995; 18).

TITULO IV

MENORES EN SITUACION DE RIESGO

CAPITULO I

DEL ABANDONO

Art. 130.- Se presume que el menor se encuentra en estado de abandono: 1. Cuando carece de familia; 2. Cuando ha sido abandonado materialmente por su familia; 4. Cuando se encuentren en otra circunstancia de desamparo o de peligro grave que lleve a la convicción del Tribunal de Menores de que el menor se halla en estado de abandono (Código de Menores, 1992).

En la situación irregular no existía una distinción entre abandonados y delincuentes con la finalidad de fundamentar la creación de un marco jurídico que legitime la intervención del Estado basada en el control institucional de los menores, como objeto de protección por su “situación de riesgo social”, considerándolo merecedor de un trato especial diferente al del mundo adulto, y de vigilancia porque es visto como una amenaza para la sociedad.

Bajo este contexto, las transformaciones de la doctrina de la situación irregular hacia la protección integral, no se refieren solamente a un cambio profundo y sustancial en los contenidos de la ley, sino también de los mecanismos de producción del derecho, en condiciones de igualdad para todos los NNA dejando atrás sectorizaciones discriminatorias, que se derivaban de la falta de participación social y una técnica jurídica en la construcción del marco legal de la infancia.

El cambio de la situación irregular hacia la *protección integral*, ha presentado un paradigma de ambigüedad desde una posición ecléctica de aquellos que, rechazando la anterior doctrina no consiguen materializar –tal vez por la disminución significativa de las prácticas discrecionales y paternalistas en el trato con los niños– las transformaciones reales y potenciales que se deducen de la aplicación de la nueva tendencia ideológica en protección de los NNA, al considerarlos sujetos de derechos, y ya no de tutela paternalista y discriminatoria.

Era un sistema que exigía la protección del niño y su reeducación, basándose en la naturaleza de los menores que quebrantaban las leyes penales y aquellos que se encontraban en situación de abandono, niños que se consideraban un peligro social por lo que el Estado en pleno uso de sus facultades debía controlarlos a través de políticas y normas de control (Calderón, 2008, pág. 44).

La doctrina de la situación irregular era un modelo político conceptual, con contenidos normativos, cuyo origen data de la creación del primer tribunal de menores en 1899 en Chicago, con el objetivo de desarrollar un derecho de menores desvinculado completamente del derecho de los adultos, tanto en la esfera penal como en el ámbito de la protección jurídica sin embargo la influencia de la escuela etiológica y de criterios criminológicos propios del positivismo de fines del siglo XIX y principios del XX la llevó a una total incapacidad en su aplicación, pues nadie asumió la responsabilidad de ejecutar su normatividad.

De los criterios criminológicos del positivismo, se deriva un sistema de justicia de menores que justifica las reacciones estatales coactivas frente a infractores o potenciales infractores de la ley a partir de las ideas del tratamiento, la resocialización –o neutralización en su caso–y, finalmente, de la defensa de la sociedad frente a peligrosos a través de medidas represivas como la privación de libertad bajo el nombre de internación. Desde la perspectiva del castigo, tal justificación fue llamada prevención especial y dio paso al reemplazo de las penas por medidas de seguridad, terapéuticas o tutelares respecto de estos “menores en situación irregular” o en “estado de abandono, riesgo o peligro moral material” (Beloff, *Protección Integral de Derechos del niño vs Derechos en situación*, 2004; 111, pág. 13)

Es decir, con la doctrina de la situación irregular se intentó cambiar el paradigma de un trato de los NNA en equiparación con los adultos, a uno diferenciado, pero no en igualdad de condiciones y derechos pues tomó una sesgada centralización hacia los que se denominaban niños en abandono y pobreza y por tanto un riesgo para la sociedad, por ser los únicos

propensos a infraccionar la ley penal, en virtud de su condición social y falta de educación y oportunidades se volvían un problema que el Estado debía controlar, condición que no ocurría con los niños de familias acomodadas, que al no tener necesidades no tenían por qué incurrir en actos delictivos.

Por lo tanto, la situación irregular nace como el mecanismo para ocuparse de la niñez abandonada-delincuente, sectorizando su aplicación y otorgando un paternalismo tutelar discrecional a una autoridad denominada Juez, quien debía reprender y corregir a los NNA. Este aspecto, contrasta con la opinión o la concepción con la cual se creó la doctrina de la Situación Irregular que en un principio se orientó hacia el respeto de los derechos humanos del niño y la familia.

Este nuevo enfoque específico del desajuste social, producto de un modelo de desarrollo basado en la exclusión, es decir, en la incapacidad política de universalizar los servicios básicos (salud, educación) tenía en la nueva figura del juez de menores el centro de irradiación de las prácticas concretas (García Mendez, 1995; 18).

La existencia de niños y menores en situación de calle o desprotección en la que se encontraban los déficits sociales como mendicidad, trabajo precoz, falta de escolaridad, de capacitación, de modelos familiares "normales", los llevaba a no encajaban en los estereotipos sociales, se los consideraba propensos al crimen y por lo tanto se volvían un problema para la sociedad, que exigía del Estado su intervención a través del control y un falso paternalismo.

Art. 92.- Se dará la colocación familiar en tutela, a los menores que han sido declarados en estado de abandono provisional o definitivo. Se preferirá la colocación familiar el internamiento del menor en una institución de protección o rehabilitación (Código de Menores, 1992).

Los NNA, no eran sujetos plenos de derechos hasta que alcancen su adultez, por lo tanto el Estado ejercía su tutela o control al considerarlos un problema por tener aspectos sociales de pobreza y falta de oportunidades, sin darse cuenta que eran políticas y acciones que debían ser subsanadas precisamente por quien juzgaba y judicializaba a la infancia desfavorecida y en esa desorientación total, se dispuso la creación de marcos normativos que aseguren el tutelaje del Juez, a quien le importaba reprimir en contra del derecho de familia, llegando en muchos casos a destruirla con sus decisiones.

La doctrina de la Situación Irregular, se caracterizó por organizar a partir de la judicialización de los problemas vinculados a la infancia en situación de riesgo, con una clara tendencia a patologizar situaciones de origen estructural, centralizando el poder de decisión en la figura del Juez de menores con competencia omnimoda y discrecional que se tradujo en una negación explícita y sistemática de los principios básicos y elementales del derecho, incluso de aquellos contemplados por la propia Constitución Nacional como derechos de todos los habitantes (García Mendez, 1995; 67).

Estas facultades ilimitadas del Juez nacieron de la concepción sobre una actuación como buen padre de familia que tutela los escenarios de riesgo de los NNA, dando lugar a las características de la situación irregular que eran el centralismo en la cual el juzgador además de su actividad jurisdiccional ejercía políticas sociales siendo esto totalmente perjudicial al actuar desde sus creencias y posicionamiento social.

Además, el Código de Menores en el inciso segundo del artículo 218 disponía que “El Ministerio de Bienestar Social podrá crear tribunales de menores en las cabeceras cantonales o en los lugares en que fueren necesarios, a pedido de la Corte Nacional de menores, con la competencia determinada por este organismo.” (Código de Menores, 1992). En este sentido, los Tribunales de menores estaban bajo la tutela del Ministerio de Bienestar Social, que al ser un organismo estatal da la pauta para saber que era la Función Ejecutiva la que manejaba la Función Judicial en lo que tiene que ver con menores.

De todos estos razonamientos, en los cuales se determina que los NNA se enfrentaban a una tutela o control sistemáticamente instaurada en las leyes, creadas supuestamente en su favor pero que en realidad los consideraba un problema para la sociedad, es que nace la necesidad de cambiar de paradigma hacia una verdadera protección integral, basada en el reconocimiento de los NNA como sujetos plenos de derechos, con ejercicio progresivo de los mismos, de acuerdo con su madurez y capacidades adquiridas, un trato preferencial en la tutela de sus derechos, en la prioridad en el trato de sus asuntos y en las obligación de asegurar su bienestar por parte del Estado, la familia y la sociedad, a través de normas específicas que materialicen el interés superior del menor.

1.3 La Doctrina de la Protección Integral de los NNA

La Doctrina de la Protección Integral, sin duda, es el gran aporte de la Convención de los Derechos del Niño de 1989, al establecer el reconocimiento de los NNA como sujetos

plenos de derechos, y por tanto en capacidad de gozar y ejercerlos, es decir implicó un cambio profundo desde el punto de vista jurídico, así como político, histórico, y, sobre todo, cultural. Este cambio hizo que las legislaciones cambien. Por ejemplo, el código de menores, al código de la niñez.

Art. 1.- Finalidad.- Este Código dispone sobre la protección integral que el Estado, la sociedad y la familia deben garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que viven en el Ecuador, con el fin de lograr su desarrollo integral y el disfrute pleno de sus derechos, en un marco de libertad, dignidad y equidad. Para este efecto, regula el goce y ejercicio de los derechos, deberes y responsabilidades de los niños, niñas y adolescentes y los medios para hacerlos efectivos, garantizarlos y protegerlos, conforme al principio del interés superior de la niñez y adolescencia y a la doctrina de protección integral (Código de la Niñez y Adolescencia, 2003).

Antes de la vigencia de la Convención de los Derechos del niño, la ley, la práctica jurídica y cultural mantenían una visión paternalista hacia los niños, denominado “modelo tutelar” o “de la situación irregular” (Beloff, 2008; 52), con características de tipo asistencialista donde se veía al niño como objeto de derecho, circunstancia que legitimaba prácticas peno-custodiales y represivas encubiertas, sin embargo todo esto cambia y pasan a ser sujetos de derecho

Los niños son ahora definidos de manera afirmativa, como sujetos plenos de derecho. Ya no se trata de “menores”, incapaces, personas a medias o incompletas, sino de personas cuya única particularidad es estar creciendo. Por eso se les reconocen todos los derechos que tienen los adultos, más derechos específicos precisamente por reconocerse esa circunstancia evolutiva (Beloff, 2004; 111).

La Doctrina de la Situación Irregular consistía en un sistema de tutela a menores, bajo una concepción proteccionista o paternalista del Estado hacia los niños, totalmente discriminatorio y diferenciador entre los incluidos socialmente y los excluidos o abandonados, carentes de posibilidades, inadaptados socialmente y los infractores, es decir bajo ningún concepto había un objetivo protector. En contraposición con lo mencionado Yuri Emilio Buaiz, Oficial de Derechos del Niño de Unicef, define a la doctrina de la protección integral como:

El conjunto de acciones, políticas, planes y programas que con prioridad absoluta se dictan y ejecutan desde el Estado, con la firme participación y solidaridad de la familia y la sociedad para garantizar que todos los niños y niñas gocen de manera efectiva y sin

discriminación de los derechos humanos a la supervivencia, al desarrollo y a la participación, al tiempo que atiende las situaciones especiales en que se encuentran los niños individualmente considerados o determinado grupo de niños que han sido vulnerados en sus derechos (Buaiz, 2003; 2).

La Doctrina de la Protección Integral, tiene su razón de ser e importancia en garantizar el cumplimiento de los derechos de los NNA, a partir de su determinación como sujetos de derechos, totalmente contrario a la vigilancia paternalista de la situación irregular, en la cual el Estado no tenía obligación hacer cumplir y hacer los beneficios otorgados a este grupo poblacional de atención prioritaria y especializada. Por otro lado, Emilio García Méndez define a la Doctrina de la Protección Integral de la siguiente manera:

La Doctrina de la protección integral de las Naciones Unidas, involucra al universo total de la población infantil-juvenil. Esta doctrina incluye todos los derechos individuales y colectivos de las nuevas generaciones, es decir, todos los derechos para todos los niños. Esta situación convierte a cada niño y a cada adolescente en un sujeto de derechos exigibles. Para nosotros, adultos, el reconocimiento de esta condición se traduce en la necesidad de colocar las reglas del estado democrático para funcionar en favor de la infancia (García, 1994; 84).

A diferencia de la doctrina de la situación irregular, en la protección integral se deja de considerar al niño como un problema social para convertirlo en un sujeto de plenos derechos; es decir, los órganos jurisdiccionales ya no intervienen para resolver su situación de riesgo para la sociedad, por ser parte de los menos favorecidos y por tanto objetivo de una justicia correccional, sino que actúan para garantizar el cumplimiento y aplicación de los derechos otorgados en su favor, como bien lo indica el Código de la Niñez y Adolescencia que dice:

Art. 13.- Ejercicio progresivo.- 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 (Código de la Niñez y Adolescencia, 2003).

La represión que se ejercía sobre los NNA se justificaba para evitar que sean un futuro problema para la sociedad, precisamente por este tipo de escenarios desventajosos para los menos favorecidos es que se da fin a esta doctrina anacrónica de la situación irregular y nace la Doctrina de la Protección Integral, siendo su principal orientación los principios

como el interés superior, la efectividad y prioridad absoluta, principio de igualdad o no discriminación y la participación solidaria o principio de solidaridad, a los que nos referiremos en adelante.

1.3.1 Principios de la Doctrina de la Protección Integral

1.3.1.1 Principio de Principio de igualdad y no discriminación

La igualdad y no discriminación es un principio básico de la doctrina de la protección integral, reconocido en los tratados internacionales de derechos humanos y dirigido a vencer las condiciones y circunstancias sociales, económicas y culturales, que generen cualquier tipo de diferenciación o trato desigual, es decir toda persona sin distinción alguna, debe tener acceso y goce de los derechos fundamentales, pero en referencia a los NNA, el Art. 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño, lo recoge de la siguiente manera:

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 representantes legales (Convención de los Derechos del Niño, 1989).

Este principio exige de los Estados una política clara y encaminada al desarrollo de medidas públicas y privadas para garantizar el respeto de los derechos de los NNA, sobre la base de la igualdad de oportunidades y armas para enfrentar o reclamar la materialización de los beneficios otorgados en su favor, al respecto la especialista en Derechos Humanos, Judith Salgado, explica que el derecho a la igualdad se conforma de tres elementos: “Igualdad formal o igualdad ante la ley, Igualdad material o sustancial y la no discriminación” (2009; 67)

En atención al principio de igualdad ante la ley y no discriminación, el Estado no puede permitir por parte de sus agentes, ni fomentar en la sociedad prácticas que reproduzcan el estigma de que niños y jóvenes pobres están condicionados a la delincuencia (Caso de las masacres de Ituango vs. Colombia (Corte IDH), 2006).

En la doctrina de la situación irregular; los niños en condición de pobreza, tenían que enfrentar la supresión de la libertad, por considerárseles abandonados o proclives a caer en situaciones de riesgo o ilegalidad, vulnerando las garantías establecidas en el artículo 8 y 25

de la Convención Americana que constituyen el límite de los Estados Partes, para decidir sobre estas medidas especiales. La supresión de la libertad considerando circunstancias especiales de los NNA, viola claramente el principio de igualdad y no discriminación (Opinión Consultiva OC-17/2002 CIDH, 2002).

La desigualdad se caracteriza cuando una persona o grupo de personas viven circunstancias que las desfavorecen con respecto a los demás, como por ejemplo el ser estigmatizado un niño como un problema social y, por lo tanto, no ser tratados de la misma manera que al resto puede profundizar su desventaja y coartar el ejercicio de sus derechos. En este sentido, este principio ha sido recogido por el Código de la niñez y adolescencia de la siguiente forma:

Art. 6.- Igualdad y no discriminación.- Todos los niños, niñas y adolescentes son iguales ante la ley y no serán discriminados por causa de su nacimiento, nacionalidad, edad, sexo, etnia; color, origen social, idioma, religión, filiación, opinión política, situación económica, orientación sexual, estado de salud, discapacidad o diversidad cultural o cualquier otra condición propia o de sus progenitores, representantes o familiares. El Estado adoptará las medidas necesarias para eliminar toda forma de discriminación (Código de la Niñez y Adolescencia, 2003).

La noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza humana y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación (Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Sentencia del caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*, 2012).

Los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de *jure* o de *facto*, por lo tanto, deben adoptar medidas de acción afirmativa para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias, especialmente cuando se refieren a un grupo de atención prioritaria y especializada como los NNA (Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Sentencia del caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*, 2012).

1.3.1.2 Principio del interés superior del niño

El interés superior del niño, es un principio de la aplicación del sentido de primacía al momento de resolver sobre cuestiones que le afecten. Este principio exige tomar en consideración al niño como un ser humano y eje central de las decisiones que sobre él se adopten, como un verdadero sujeto poseedor de derechos que deben ser respetados, especialmente por los adultos y por el Estado.

El principio del interés superior del niño, niña o adolescente, es un principio general del derecho, que informa a nuestra legislación e instituciones en sus diferentes áreas, posicionando de forma preferente sobre otros intereses jurídicos, los derechos de los niños y adolescentes, en todas aquellas decisiones y circunstancias en que estos se vean involucrados. Creándose así para los niños un conjunto de acciones y procesos tendientes a garantizar un desarrollo integral y una vida digna, así como las condiciones que les permitan su mayor realización espiritual y material posible con el pleno resguardo de las garantías que les asisten (Medina, 2009; 39).

El interés superior del niño implica abandonar viejas presunciones sobre el proteccionismo del Estado y reconocer que los niños y niñas sí son capaces, si pueden pronunciarse y son sujetos de plenos derechos los mismos que al entrar en conflicto con los derechos de los adultos tienen un especial privilegio para asegurar el bienestar de los NNA. Sin embargo, debemos considerar que el grado de madurez del niño, es la base principal para que sean apreciados sus puntos de vista, puesto que un niño de un año no podría manifestarse y tampoco tendría el discernimiento necesario para emitir una opinión

El llamado “interés superior del niño” debe ser entendido como un término relacional o comunicacional, y significa que, en caso de conflicto de derechos de igual rango, el derecho de prioridad del interés superior del niño/niña prima sobre cualquier otro que pueda afectar derechos fundamentales del niño/niña. Así, ni el interés de los padres, ni el de la sociedad, ni el del Estado pueden ser considerados prioritarios en relación a los derechos del niño/niña (Gatica & Chaimovic, 2002; 16).

Ahora bien, aplicando la concepción estudiada, el interés superior del niño como norma procesal tendrá especial importancia a la hora de analizar si el procedimiento para otorgar la condición de refugiados a los NNA no acompañados, será adecuado o no, sobre la base de los derechos consagrados en la Convención de los Derechos del Niño.

Como derecho sustantivo y como principio jurídico, el interés superior del niño resulta efectivo a la hora de solicitar documentos para la presentación de la solicitud y al momento de escuchar la versión o los motivos de los NNA para solicitar refugio, sin acompañamiento y tan solo con la esperanza de que se reconozcan y se apliquen sus derechos especialmente a la hora de tomar las decisiones del caso. Dentro de la normativa nacional, el Código de la Niñez y Adolescencia recoge el principio del interés superior del niño de la siguiente forma:

Art. 11.- El interés superior del niño.- 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. (Código de la Niñez y Adolescencia, 2003; Art. 11)

El interés superior del niño como principio jurídico coadyuva en la elaboración de políticas públicas que aseguren el respeto de sus derechos a la hora de elaborar normas, procedimientos, políticas, protocolos y directrices que tracen el camino a seguir para el otorgamiento de la condición de refugiados.

1.3.1.3. Principio de efectividad y prioridad absoluta

La efectividad se encuentra determinada en el Art. 4 de la Convención sobre los Derechos del Niño que señala: “Los Estados partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención (...)” (Convención de los Derechos del Niño, 1989).

La efectividad trae aparejado consigo la adopción de medidas o providencias no solo de carácter administrativo y legislativas, sino todas aquellas que siendo de cualquier índole conduzcan a la efectividad (goce y disfrute real) de los derechos humanos de los niños y niñas, al respeto de estos derechos y al desarrollo de garantías sociales, económicas, legales, institucionales y administrativas (Buaiz, 2003; 5).

Este principio de efectividad permite la formulación precisa y específica de las medidas a tomar para alcanzar determinado derecho humano, es decir, es la base que da expresión

práctica al carácter imperativo de la ley de los mecanismos de cumplimiento como las políticas de derechos humanos hacia los niños. Al respecto el Código de la Niñez y Adolescencia menciona que “Ninguna autoridad judicial o administrativa podrá invocar falta o insuficiencia de norma o procedimiento expreso para justificar la violación o desconocimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes” (Código de la Niñez y Adolescencia, 2003; Art. 14).

Por otra parte, la prioridad absoluta significa que el Estado debe emplear hasta el máximo de los recursos a su alcance, para conseguir la protección integral de los derechos humanos de los NNA, es decir los temas de niñez deben ser tratados con preferencia por parte del Estado, ya sea al formular políticas públicas, en el destino de los recursos públicos, pero principalmente que los niños y adolescentes reciban protección preferente ante vulneraciones o negación de derechos, y que se sancionen estas violaciones (Morais, 2000; 96).

La prioridad absoluta es un principio cuya finalidad es asegurar la efectividad de los derechos y garantías de los niños y adolescentes, por lo que su naturaleza jurídica corresponde al de una garantía, debiéndose incluir dentro de los llamados "principios garantistas". Este principio lo que busca es colocar a los derechos de los niños, niñas y adolescentes en un sitial privilegiado el cual tiene por objeto anteponerlos ante cualquier interés de padres, maestros, adultos entre otros sin ningún tipo de excepción (Morais, 2000; 96)

Dentro de este orden ideas, cabe señalar que este principio no implica solamente la adopción de políticas públicas, sino que es indispensable dar un adecuado destino a los recursos públicos, donde se le dé preferencia absoluta a proteger a los niños y adolescentes ante cualquier circunstancia de violación de los derechos de los mismos.

En este principio se exige un trato preferencial en todos los niveles y ámbitos en el que el interés de ello así lo requiera. Es necesario hacer notar que esta prioridad debe tenerse en cuenta en el momento de asignar los recursos públicos en los presupuestos anuales del Estado, ya que, si no cuenta con la infraestructura adecuada, los planes y programas dirigidos a la atención de las necesidades de la niñez de nuestro país no podrá hablarse de una efectiva vigencia y aplicación de la ley. Este principio también atiende la preferencia de los niños, niñas y adolescentes en el acceso y la atención a los servicios públicos y la primacía y suma importancia en la protección y auxilio ante cualquier circunstancia; este deber también va dirigido al Estado, la familia y la sociedad ya que la prioridad absoluta es imperativa y aplicable para todos (Morais, 2000; 96).

Este principio es de particular interés para transformar la conducta institucional de los

gobiernos respecto a la planificación social, puesto que invierte el orden jerárquico o de preeminencia de los asuntos de Estado y de gobierno, colocando primero las medidas que atienden los derechos sociales, económicos y culturales, sin usar el tema presupuestario como excusa para su no cumplimiento. Al respecto el Código de la Niñez y Adolescencia menciona lo siguiente:

Art. 12.- Prioridad absoluta.- En la formulación y ejecución de las políticas públicas y en la provisión de recursos, debe asignarse prioridad absoluta a la niñez y adolescencia, a las que se asegurará, además, el acceso preferente a los servicios públicos y a cualquier clase de atención que requieran. Se dará prioridad especial a la atención de niños y niñas menores de seis años. En caso de conflicto, los derechos de los niños, niñas y adolescentes prevalecen sobre los derechos de los demás (Código de la Niñez y Adolescencia, 2003)

De esta forma, el Estado ecuatoriano debe dar la prioridad absoluta que exigen la materialización de los derechos del niño, con la finalidad de no vulnerar el artículo 35 de la Constitución, en concordancia con las obligaciones internacionales constantes en los artículos 4 y 10 de la Convención de los derechos del Niño, solo así se podrá asegurar que el Ecuador cumple con la normativa nacional e internacional en materia de protección integral de los NNA y se sus derechos.

1.3.1.4. Principio de solidaridad

La responsabilidad en el ejercicio y goce efectivo de los derechos humanos de la infancia, recae directamente sobre el Estado, la Familia y la Comunidad, que son quienes deben elaborar el conjunto articulado de las acciones para la garantía de los derechos universales que permiten construir la doctrina de la Protección Integral, de conformidad con lo que determina el Código de la Niñez y Adolescencia que dice:

Art. 8.- Corresponsabilidad del Estado, la sociedad y la familia.- Es deber del Estado, la sociedad y la familia, dentro de sus respectivos ámbitos, adoptar las medidas políticas, administrativas, económicas, legislativas, sociales y jurídicas que sean necesarias para la plena vigencia, ejercicio efectivo, garantía, protección y exigibilidad de la totalidad de los derechos de niños; niñas y adolescentes. El Estado y la sociedad formularán y aplicarán políticas públicas sociales y económicas; y destinarán recursos económicos suficientes, en forma estable, permanente y oportuna (Código de la Niñez y Adolescencia, 2003).

Es decir, debe haber una interacción conjunta entre las Autoridades estatales, los padres, los miembros de la familia ampliada o de la comunidad y de las personas encargadas legalmente

del niño, en virtud de su obligación de dirección y orientación apropiadas para que los NNA ejerzan los derechos reconocidos en la Convención de los Derechos del Niño y en la Constitución que dice:

Art. 35.- Las personas adultas mayores, niñas, niños y adolescentes, (...) recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado. La misma atención prioritaria recibirán las personas en situación de riesgo, (...). El Estado prestará especial protección a las personas en condición de doble vulnerabilidad (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

Por su especial condición de vulnerabilidad, los NNA han sido declarados por la Constitución de la República como uno de los grupos de atención prioritaria y especializada, es decir son sujetos de protección continua y permanente mientras no alcancen la mayoría de edad y para complementar esta disposición, la Carta Magna dispone lo siguiente:

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 (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

La Constitución determina como una obligación, que el Estado, la sociedad y la familia aseguren el ejercicio pleno de los derechos de los NNA, es así como en complemento de este mandato el artículo 45 menciona que además de los derechos comunes del ser humano, son también titulares de los específicos de su edad, en este sentido, este mismo cuerpo normativo dispone las medidas estatales que deben implementarse para garantizar el efectivo goce y cumplimiento de los derechos mencionados y lo hace de forma expresa en el artículo 46.

Para cumplir, respetar y hacer cumplir los derechos en una concepción universal, colectiva e integral no basta con que el gobierno sea el responsable inmediato, a pesar de las obligaciones asumidas en instrumentos internacionales y por naturaleza de los propios derechos humanos, sino que por el principio de solidaridad deben sumarse la sociedad y la familia, quedando obligados a activar los mecanismos de garantía y protección necesarios para que se materialicen los deberes asumidos y la solidaridad social base de la doctrina de la Protección Integral.

De esta forma, se han revisado los principios esenciales sobre los cuales descansa la doctrina de Protección Integral, de cuyo cumplimiento estricto depende la transformación de la situación de desigualdad en que se encontraban los NNA en el régimen de situación irregular

que tutelaba la infancia, hacia una protección integral en la cual se nombra como titulares de derechos a los NNA y en base a esto se encaminan las acciones para que las legislaciones de niñez y adolescencia marquen las directrices jurídicas para su materialización.

1.4 Las obligaciones del Estado frente a los derechos humanos de los NNA no acompañados que buscan refugio.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, como instrumento protector de las personas a nivel mundial, determina en el artículo 28 como obligaciones de los Estados el respetarlos y garantizar su plena efectividad. En este sentido, los Estados deben adoptar todas las medidas o acciones necesarias para este fin, de lo contrario estarían vulnerando derechos que se comprometieron a materializar al ratificar este instrumento internacional.

Esta obligación adopta un contexto de mayor importancia cuando se trata de NNA, pues como bien lo indica Farith Simon “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” (Simon, 2010; 69), por lo tanto, las autoridades estatales deben implementar las acciones para el goce efectivo de los derechos y principios como el de interés superior del niño.

En esta misma línea de ideas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en opinión consultiva OC-6/86 sobre la expresión "Leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos indica que “Se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en los que sólo puede penetrar limitadamente. Así, en la protección de los derechos humanos, está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1986).

En este sentido, la obligación de respeto de los Derechos Humanos y en especial de los inherentes a los NNA, implica la restricción del poder estatal y de sus autoridades, las mismas que deben conocer perfectamente el alcance de sus facultades para no generar vulneraciones, razón por la cual debe existir un sistema de organización cuyo objetivo sea el brindar las garantías de efectivización y goce de los derechos por sus titulares.

Debe considerarse también, que se han desarrollado nuevas nociones sobre el “ejercicio progresivo” o “evolución de las facultades” como un principio de interpretación del derecho

internacional y, por tanto, de los derechos de los NNA, según el cual se reconoce que a medida que los niños van adquiriendo competencias cada vez mayores, se reduce su necesidad de orientación y aumenta su capacidad de asumir responsabilidades respecto a las decisiones que afectan sus vidas

La obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comparte la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1986).

Las garantías para el goce de los derechos otorgados a los NNA nacen de la esfera de los instrumentos internacionales de derechos humanos y constitucionales, es decir es en la Norma Suprema donde se los garantiza sin restricción alguna, así la infancia y adolescencia (derechos humanos específicos además de los generales), adquieren ciertas particularidades para lograr su efectivo goce, sin embargo, como bien lo dice Farith Simon, estas pueden estar en riesgo por las siguientes razones:

(1) la prioridad que tienen las personas menores de edad en la asignación de recursos, en la definición de políticas y en caso de conflicto de derechos con cualquier otro grupo de población; (2) las características del sistema de protección integral a la infancia y adolescencia, que corre el riesgo de perderse en el diseño de los “consejos de equidad”, al perder la sociedad civil su capacidad de participar de manera directa en la definición de la política pública, ahora está “invitada” a dar opiniones pero no a decidir; y, (3) la tensión existente entre la “incapacidad legal de los menores de edad” y su calidad de sujetos plenos de derechos y el ejercicio progresivo de derechos que deja abierta la puerta para que en determinadas circunstancias puedan accionar directamente los mecanismos de garantías. Todo esto sin olvidar el derecho que tienen a ser consultados niños, niñas y adolescentes en todos los asuntos que les afectan (Simon Campaña, 2010; 473).

De lo mencionado por Simon, podemos colegir que en el punto tres hace referencia a una tensión existente en base a la incapacidad de la infancia, aspecto limitante de su autodeterminación y vulnerante del estatus de sus derechos, sin embargo se han desarrollado nuevas nociones sobre el “ejercicio progresivo” o “evolución de las facultades” como un nuevo principio de interpretación del derecho internacional y, por tanto, de los derechos de infancia y adolescencia, según el cual se reconoce que a medida que los niños van adquiriendo competencias cada vez mayores, se reduce su necesidad de orientación y aumenta su capacidad de asumir responsabilidades respecto a las decisiones que afectan sus vidas.

Como bien sabemos, en el Ecuador no se reconoce la autonomía plena de las personas menores de 18 años, pero la comunidad internacional en los Arts. 5y 12 de la Convención de los Derechos del Niño ya desarrollo esta tesis, indicando que los NNA la puede alcanzar progresivamente, es decir, estos derechos no son una expectativa de sus titulares hasta que éstos alcancen la madurez y puedan ejercerlos, sino que por el contrario deben ser ejercidos de acuerdo a la etapa de evolución y desarrollo en la que se encuentren.

Se ha señalado que la Convención dio origen a la consideración del niño como sujeto titular de derechos, a diferencia del enfoque proteccionista y asistencial que prevalecía con anterioridad y que consideraba al niño como objeto de derechos y deberes morales que tenían que ser ejercidos por la familia y las instituciones gubernamentales (Galvis, 2009; 201). Por otro lado, debemos dejar claro que el ejercicio de los derechos otorgados a los niños, es directamente proporcional al grado de madurez que van adquiriendo, en virtud de poder tener la capacidad de poder manejarlos adecuadamente, como por ejemplo los derechos políticos y la administración de bienes.

El niño constituye una totalidad, al igual que sus derechos y necesidades, y esa totalidad completa en función de su etapa vital, por lo que podemos decir que existen diferencias entre las necesidades y la subjetividad de un niño, un adolescente y un adulto, diferentes de acuerdo con la etapa de desarrollo en la que se encuentre, la que va a construir el parámetro del grado de autonomía para el pleno ejercicio de los derechos (Minyerski, 2007; 33).

Los NNA en función de la edad y madurez que vayan adquiriendo en las etapas de desarrollo de su vida hasta cumplir la mayoría de edad, con la guía de sus progenitores o representantes legales deben ejercer los derechos determinados a su favor, de todas formas, es obligación estatal propiciar los mecanismos necesarios para que se respeten y se cumplan los derechos de este grupo de atención prioritaria y especializada, según las necesidades concretas y específicas del mentado sector social.

En conclusión, el Estado ecuatoriano en virtud de haber ratificado el Estatuto de los Refugiados y la Convención de los Derechos del Niño, ha adquirido compromisos ineludibles para con la comunidad internacional, como la adaptación de su legislación a los preceptos del derecho internacional, es así como dejando atrás la doctrina de la situación irregular del menor, crea el Código de la Niñez y Adolescencia en el año 2003 para adentrarse en la protección integral de los NNA; sin embargo, aún existían algunas falencias que necesitaron

ser corregidas con la promulgación de la Constitución del 2008, con la cual se reviste a los NNA de plenos derechos y de garantías para su exigencia y goce efectivo a través de principios de derecho como el interés superior del niño, igualdad y no discriminación, efectividad, prioridad absoluta y solidaridad.

Ahora bien, el Estado ecuatoriano por ser parte del Estatuto de Refugiados, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, está obligado a brindar protección internacional a personas en situación de migración, especialmente a los NNA no acompañados que solicitan refugio y a los cuales debe brindar una atención adecuada en virtud del principio de no devolución y del interés superior del niño, que lo obligan a tomar decisiones en beneficio del niño, siendo la reunificación familiar una de las primeras aristas que debe observar el Estado y en caso de no ser posible, ejercer la representación legal o tutoría de los NNA, de conformidad con lo que ordena el artículo 99, numeral 9 de la Ley Orgánica de Movilidad Humana.

La mencionada tutoría de los NNA no acompañados que solicitan refugio en nuestro país, determinada en la LOMH responde a las recomendaciones del Alto Comisionado para las Naciones Unidas en materia de refugio, puesto que la Convención del Estatuto de los refugiados de 1951 y su protocolo no mencionan nada al respecto.

Por lo tanto, el Estado ecuatoriano debe crear políticas públicas acordes con los estándares internacionales para atender a los NNA sin acompañamiento que solicitan refugio, en función de parámetros como el interés superior del niño, la atención prioritaria y especializada, la efectividad que deben tener la aplicación de sus derechos y exigibilidad de los mismos conforme lo determina el Código de la Niñez y Adolescencia.

En tal virtud, se hace necesario avanzar hacia el análisis de los instrumentos internacionales y la normativa interna sobre el asunto materia de la investigación a fin de comprender, en términos objetivos, cual es la actuación que se espera del Estado al recibir en su territorio a NNA no acompañados, que solicitan protección estatal en calidad de refugiados, temática a la que nos referimos en el próximo capítulo.

CAPÍTULO II

EL DERECHO INTERNACIONAL Y LA NORMATIVA INTERNA DEL ECUADOR COMO INSTRUMENTOS DE PROTECCIÓN DE LOS NNA NO ACOMPAÑADOS QUE SOLICITAN REFUGIO

En este capítulo, se revisará la protección internacional de los NNA que solicitan refugio, desde el ámbito del derecho internacional y desde la normativa interna del Ecuador con la finalidad de identificar los lineamientos del procedimiento para el otorgamiento del estatus de refugiado y analizar si el mismo cumple con los estándares normativos dispuestos por la comunidad internacional.

Bajo este contexto, el derecho internacional constituye el derecho común para los Estados que son parte de un derecho consensuado entre sí. Como ya se sabe, el objetivo es procurar el bienestar de toda persona a nivel mundial a través de normativa de cumplimiento obligatorio para los Estados, pero a diferencia del derecho interno de las naciones no existe un órgano legislativo que cree las leyes para la comunidad internacional, por lo que los preceptos jurídicos se derivan de las fuentes⁶ de derecho internacional público.

La clasificación de las fuentes en el derecho internacional, (...) es su división en directas o principales e indirectas, supletorias o subsidiarias. Entre las fuentes directas, comúnmente se clasifican tres: los tratados internacionales, la costumbre internacional y los principios generales de derecho internacional, mientras que entre las fuentes indirectas comúnmente se clasifican dos: las decisiones judiciales y la doctrina. Esta clasificación es utilizada por lo general, debido a que parece la clasificación hecha por el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (Palacio, 2017; 76).

Estas fuentes de derecho internacional y el paso del tiempo ha dado lugar a que la doctrina sobre derecho internacional se amplíe denominándola *ius inter gentes* al aplicarlo a los pueblos políticamente organizados, noción que según Kant no debía traducirse a “derecho de gentes” sino que debía entenderse como el derecho de los Estados, *ius publicum civitatum* (Verdross, 1982; 3).

⁶Respecto a las fuentes del Derecho Internacional Público (DIP) existen dos controversias: por un lado se discute su jerarquía y, por otro, la existencia de Fuentes no contempladas en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (CU). En lo que se refiere a la jerarquía, muchos autores consideran los tratados como su fuente principal, sin embargo, en la práctica las Cortes han demostrado que si bien los tratados siguen siendo la primera fuente de derechos y obligaciones, hay otras que, al resolver los casos consultivos o contenciosos, se van aplicando indistintamente. Otros autores afirman que no existe jerarquía alguna sino una interrelación. (López, 2015)

En este sentido, siendo el derecho internacional el "ordenamiento jurídico que regula la coexistencia de los Estados, así como su mutua cooperación y que protege ciertos intereses esenciales de la comunidad internacional en su conjunto" (Gonzalez, Andrés, & Sánchez, 2008; 117), es necesario indicar que existen obligaciones para los estados que nacen precisamente de la normativa internacional.

La fuente primaria de la que emanan las obligaciones jurídicas de los Estados la encontramos el artículo 2 de cada uno de los Pactos de la Carta Internacional de Derechos Humanos: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante, PIDCP) y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, PIDESC). En el caso del PIDCP se enuncian tres tipos de obligaciones, al determinar que los Estados Parte de Pacto se comprometen «a respetar, a garantizar» los derechos reconocidos en el Pacto, así como «a adoptar las medidas oportunas [...] para hacer efectivos los derechos». Mientras que en el caso del PIDESC, se hace incidencia en dos tipos de obligaciones: los Estados Parte se comprometen «a adoptar medidas» y «a garantizar el ejercicio de los derechos» (Santos, 2017; 201).

La existencia de un hecho contrario al derecho internacional imputable a un Estado da origen a su obligación de reparación al ver comprometida su responsabilidad internacional, por perpetrar o permitir la violación de sus obligaciones a través de sus órganos o agentes por medio de los cuales actúa. Bajo este contexto, el derecho internacional de los derechos humanos establece las obligaciones que los Estados deben respetar, a partir de la ratificación de los tratados internacionales, de la observancia de las normas *ius cogens* asumiendo la obligación y el deber de respetar, proteger y realizar los derechos humanos.

Los Estados desde la óptica de la obligación que tienen bajo los imperativos del derecho internacional deben abstenerse de interferir en el disfrute de los derechos humanos, de la misma forma el deber de protección exige que impidan los abusos de los derechos humanos contra individuos y grupos, adoptando medidas positivas para facilitar su realización e impedir su vulneración, a través de leyes internas compatibles con las obligaciones y deberes dimanantes de los tratados.

Ahora bien, el desplazamiento forzoso de los NNA no acompañados que buscan refugio en otro Estado distinto de aquel de origen o de residencia, es menester mencionar que jurídicamente se cuenta con una doctrina de protección integral bastante completa, pero es necesario adentrarnos en el estudio de su aplicación a través del derecho internacional como instrumento garantizador de los derechos de las personas. Es por esto que a continuación revisaremos los argumentos jurídicos en torno a este tema en investigación.

2.1 La protección integral en el derecho internacional

Se entiende por protección integral de los NNA el reconocimiento como sujetos de derechos, la garantía y cumplimiento de los mismos, la prevención de su amenaza o vulneración y la seguridad de su restablecimiento inmediato en desarrollo del principio del interés superior. La protección integral se materializa en el conjunto de políticas, planes, programas y acciones que se ejecuten en los ámbitos nacional, distrital y municipal con la correspondiente asignación de recursos financieros, físicos y humanos (Código de la Infancia y Adolescencia Colombia, 2006).

Esta protección integral de los NNA se encuentra desarrollada en la Convención de los Derechos del Niño de 1989 en donde “Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas” (Convención de los Derechos del Niño, 1989).

Para vigilar y analizar el cumplimiento de la Convención, existe el Comité de los Derechos del Niño que se ha dado a la tarea de mantener una comunicación permanente con los Estados a fin de promover los derechos de la infancia y adolescencia, a través de un grupo de expertos en la materia, quienes difunden el contenido de la Convención de los Derechos del Niño a través de Observaciones Generales como la siguiente:

Las obligaciones resultantes de la Convención en lo que concierne a los niños, niñas y adolescentes no acompañados y separados de su familia se extienden a todos los poderes del Estado (ejecutivo, legislativo y judicial). Se incluyen entre ellas la obligación de promulgar legislación, crear estructuras administrativas, y articular las actividades de investigación, información, acopio de datos y de formación general, necesarias para apoyar estas medidas. Estas obligaciones jurídicas tienen carácter tanto negativo como positivo, pues obligan a los Estados no sólo a abstenerse de medidas que infrinjan los derechos del niño, sino también a tomar medidas que garanticen el disfrute de estos derechos sin discriminación. Las referidas responsabilidades no se circunscriben a dar protección y asistencia a los niños, niñas y adolescentes que están ya en situación de no acompañados o separados de su familia, pues incluyen también medidas preventivas de la separación (en particular, la aplicación de salvaguardias en caso de evaluación) (Comite de los Derechos del Niño. Observación General N° 6).

Además de las observaciones generales que realiza el Comité de los Derechos del Niño, existen otros instrumentos internacionales que complementan la protección integral de los

NNA como los siguientes:

Los derechos fundamentales consagrados por los instrumentos internacionales de derechos humanos, como la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; y la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y la más reciente Convención sobre las Personas con Discapacidad enumeran un vasto número de derechos que son también relevantes y plenamente aplicables para la protección de los derechos de las personas menores de 18 años (Beloff, 2004; 33)

La protección integral⁷ de los NNA convierte sus necesidades en derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales, por lo tanto, es deber del Estado, la sociedad y la familia procurar su efectivo goce y cumplimiento y así propiciar un desarrollo óptimo bajo el amparo legal y social.

2.2 Antecedentes previos a la constitución de la normativa internacional sobre refugio

La Declaración Universal de los Derechos Humanos expedida en 1948, reconoce la dignidad humana, la misma que se encuentra plasmada en tratados internacionales, como normas de ius cogens y en diversas legislaciones; sin embargo, es menester mencionar que este derecho inherente a que cada uno de nosotros puede ser vulnerado cuando existe persecución en el país de origen o de residencia, es por esto que el artículo 14 determina lo siguiente:

Artículo 14.

1. En caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país.
2. Este derecho no podrá ser invocado contra una acción judicial realmente originada por delitos comunes o por actos opuestos a los propósitos y principios de las Naciones Unidas (Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948).

Si bien la figura del asilo con la del refugio son diferentes en cuanto a su determinación, tienen un elemento común de su origen que es la persecución de cualquier tipo y la amenaza

⁷PROTECCION INTEGRAL es el conjunto de acciones, políticas, planes y Programas que con Prioridad Absoluta se dictan y ejecutan desde el Estado, con la firme participación y solidaridad de la Familia y la sociedad para garantizar que todos los Niños y Niñas gocen de manera efectiva y sin discriminación de los derechos humanos a la Supervivencia, al Desarrollo y a la Participación, al tiempo que atienda las situaciones especiales en que se encuentran los niños individualmente considerados o determinado grupo de niños que han sido vulnerados en sus derechos(Buaiz, 2003; 2)

de vulneración de los derechos fundamentales de las personas, aspecto que no fue específicamente definido sino hasta la expedición del Estatuto para los Refugiados de 1951 mientras tanto también la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre también se refería al asilo para las personas perseguidas de la siguiente forma:

Artículo XXVII.- Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero, en caso de persecución que no sea motivada por delitos de derecho común y de acuerdo con la legislación de cada país y con los convenios internacionales (Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 1948).

La persecución de cualquier tipo vulnera fundamentalmente la dignidad humana y nos desconoce como titulares de derechos como el de la vida, la libertad, la educación, el trabajo, la vivienda, a constituir una familia, a tener alimentación saludable, a elegir nuestro lugar de residencia, entre otros. La dignidad humana, según Kant consiste en el reconocimiento de que el hombre es un fin en sí mismo, con valor absoluto, no un medio para usos de otros individuos, que, de ser así, lo convertiría en una cosa. (Aguirre, 2011; 68), lo que anclaría con su imperativo categórico, según el cual se ha de actuar de tal manera que esta forma de conducta puede ser entendida como norma de aplicación universal.

En este sentido, garantizarla dignidad de los seres humanos, a través de mecanismos nacionales e instrumentos internacionales, es uno de los objetivos del derecho internacional, que busca proteger una categoría especial de derechos subjetivos, destinados a permitir que las personas tengan un pleno goce y ejercicio de sus derechos individuales (Nash, 2006; 176).

En razón de todo lo mencionado es que en los albores del Siglo XX, con la aparición de la Sociedad de Naciones que posteriormente daría paso a la Organización de Naciones Unidas, el concepto de protección internacional empezó a escalar, de modo que se dejó de lado la idea clásica en la que solo los Estados eran titulares de derechos y obligaciones frente al Derecho Internacional, mientras que los individuos eran meros objetos, por lo que su tratamiento dependía exclusivamente de las actuaciones soberanas de cada Estado.

Consecuentemente, ningún Estado tiene permitido intervenir en la protección de los individuos de otro Estado, siendo la excepción a esta regla la intervención humanitaria, la misma que también sería uno de los primeros esbozos de los límites en las actuaciones de los Estados, frente al cometimiento de gravísimas violaciones a los derechos humanos básicos (Pérez Luño, 2011; 162)

La protección internacional tiene bases en la universalidad de los derechos de las personas, concediéndoles los recursos para ser protegidas en caso de adversidades suscitadas en su país de origen o en el marco internacional. Es decir que ésta tiene un contenido humanitario, que su naturaleza jurídica se ha consolidado y ha fortalecido su obligatoriedad (Orrego, 2009; 118).

Por tal motivo, si un Estado desampara a un individuo en situación de vulnerabilidad, su actuación es susceptible de ser justiciable en los términos del derecho internacional, sin perjuicio de que otro Estado pueda acoger a la persona y le brinde la protección que necesita en base al principio de cooperación internacional.

En principio la protección internacional apuntaba a aquellas personas perseguidas en sus propios países, posteriormente el derecho internacional visualizó los problemas de la migración forzada y dio paso a la protección del refugiado, a través la Convención del Estatuto de los Refugiados de 1951 que en su artículo 1 los define de la siguiente forma:

Artículo 1. -- Definición del término "refugiado" 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 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 (Convención sobre el Estatuto de los Refugiados , 1951).

En conclusión, estos son los primeros antecedentes de la normativa internacional de las personas (refugiados) que por alguna razón deben salir de sus países de origen o de residencia, sin embargo, es necesario realizar un estudio más detallado del marco normativo internacional que da paso a la materialización de la protección internacional de las personas en busca de refugio.

2.3 Marco normativo internacional sobre el refugio

Como ya se ha dicho, la necesidad de protección internacional de las personas que buscan refugio se deriva de razones humanitarias y de la necesidad de preservar su vida e integridad, gracias a los inminentes desastres que la segunda guerra mundial dejó y donde la Sociedad de las Naciones fijó la pauta de la intervención internacional en favor de los refugiados, que llevó a la adopción de varios acuerdos internacionales en beneficio de estas personas; ya desde el seno de las Naciones Unidas creada en 1945, surge la Organización Internacional

para los Refugiados (OIR) en 1947, como un organismo especializado no permanente de la ONU.

En este sentido, la OIR se encargaría de los problemas de los refugiados actuando con responsabilidad y con un enfoque abarcador, incluyendo el registro, la clasificación, la protección legal y política, la asistencia, transportación, repatriación o reasentamiento y reinserción. Sin embargo, no podemos dejar de mencionar que el antecedente directo de la creación de una normativa internacional específica para la protección de los refugiados, es la Declaración Universal de los Derechos Humanos, al respecto el autor Machado Cajide nos dice:

En 1948, la Asamblea General de la ONU proclamó la Declaración Universal de Derechos Humanos. La inclusión en su artículo 14 del derecho de toda persona a buscar y a disfrutar de asilo en cualquier país, en caso de persecución por razones diferentes del delito común o de la comisión de actos contrarios a los propósitos y principios de las NNUU, fue sin dudas un importante punto de apoyo para el posterior desarrollo institucional y jurídico que tendría la protección internacional a los refugiados. Al establecer que (...) toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición, el artículo 2 proveyó una serie de criterios que resultarían útiles, en el momento de elaborar una definición de refugiado, para determinar los motivos por los cuales ninguna persona debería ser perseguida, al considerar esos elementos como inherentes a la condición humana (Machado Cajide, 2013; 95).

A pesar de la ardua labor desarrollada por la OIR, ella no logró solucionar completamente el inmenso problema de los refugiados y, además, existían una serie de conflictos en torno a su funcionamiento, por lo que llegó a su fin en 1950, al mismo tiempo hubo el consenso en torno a la necesidad de dar continuidad a su labor, pero se requería de una institución fundada sobre bases diferentes, de esta manera la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados fue adoptada por una Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas el 28 de julio de 1951 y entró en vigor el 21 de abril de 1954 (ACNUR, 1992: 1) .

La Convención sobre el Estatuto de los Refugiados es un instrumento que permite a los Estados dar protección a las personas que huyen de su país de origen por motivos de la violencia generalizada, anarquía, crisis económica y la vulneración sistemática de sus derechos humanos, por lo que requieren de protección internacional para proteger su vida y la de sus seres queridos.

La Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 detalla de manera muy explícita un proceso humanitario que protege efectiva e internacionalmente a las personas en necesidad de protección internacional, otorgando un estatuto legalmente reconocido a una persona denominada refugiada tan pronto como reúne los requisitos enunciados en el artículo 1.

La determinación de la condición de refugiado es un proceso que se desarrolla en dos etapas. En primer lugar, es necesario comprobar los hechos constitutivos del caso y, en segundo lugar, es preciso aplicar las definiciones de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados 1951 y del Protocolo de 1967 a los hechos debidamente comprobados (Organización de las Naciones Unidas: Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado, 2011,10).

Es importante señalar, que el Estado receptor debe evaluar si corresponde o no reconocer el estatus de refugiado a quienes lo solicitan, a través de un proceso en el cual se verifican en primera instancia los hechos por los cuales esta persona ha tenido que salir de su país de origen o residencia, siendo facultad soberana del Estado negar el pedido si se constituyen las excepciones del literal F del artículo 1 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados que dice:

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 (Convención sobre el Estatuto de los Refugiados , 1951).

En virtud de ser el refugio una figura de carácter humanitario, no puede ser otorgada a quienes precisamente con sus actos han atentado contra la humanidad, es por esto que la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados determina los casos en los cuales se puede negar la solicitud realizada.

Ahora bien, las personas que se presentan a solicitar refugio es porque se encuentran perseguidas por violencia generalizada que pone en peligro sus vidas; Al respecto ACNUR indica que “70,8 millones de personas en todo el mundo se han visto obligadas a huir de sus

hogares. Entre ellas hay casi 25,9 millones de personas refugiadas, más de la mitad menores de 18 años. El 57% de las personas refugiadas proceden de Siria, Afganistán y Sudán del Sur. Los países de mayor acogida son Alemania, Sudán del Norte, Uganda, Pakistán y Turquía” (ACNUR, 2019).

Todos estos millones de personas que han tenido que migrar por la persecución de la cual son víctimas, han llegado a otros países haciendo uso de las distintas figuras jurídicas para legalizar su permanencia, entre ellas las que se presentan solicitando refugio, no pueden ser expulsadas o puestas en las fronteras del país receptor, gracias al principio de no devolución que el artículo 33 de la Convención prescribe lo siguiente:

Artículo 33.- Prohibición de expulsión y de devolución ("refoulement")

1. Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas.
2. Sin embargo, no podrá invocar los beneficios de la presente disposición el refugiado que sea considerado, por razones fundadas, como un peligro para la seguridad del país donde se encuentra, o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva por un delito particularmente grave, constituya una amenaza para la comunidad de tal país (Convención sobre el Estatuto de los Refugiados , 1951).

Es decir, ninguna persona que solicite refugio en otro Estado puede ser devuelta a su país de origen u sacado de sus fronteras, puesto que la protección internacional apunta a humanizar el trato de estas personas. Por otro lado, el Protocolo de 1967, es un documento que busca proteger a todas las personas que hayan sufrido violaciones a nivel general de sus derechos humanos, en especial de los solicitantes de refugio; por lo tanto, su protección debe tener un contexto más amplio de conceptualización y aplicación recogido adecuadamente en el artículo 1 que dice:

1. Los Estados Partes en el presente Protocolo se obligan a aplicar los artículos 2 a 34 inclusive de la Convención a los refugiados que por el presente se definen.
2. A los efectos del presente Protocolo y salvo en lo que respecta a la aplicación del párrafo 3 de este artículo, el término "refugiado" denotará toda persona comprendida en la definición del artículo 1 de la Convención, en la que se darán por omitidas las palabras "como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1º de enero de 1951 y ..." y las palabras "... a consecuencia de tales acontecimientos", que figuran en el párrafo 2 de la sección A del artículo 1 (Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, 1967).

Al entrar en vigencia el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados de 1967, se determina que las personas sean reconocidas como refugiadas a nivel general, por la violencia generalizada y no sólo por lo que establece la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 que sólo otorgaba este estatus a las personas que encuadraban dentro de los casos específicos de persecución, por raza, religión, nacionalidad y opinión política imputada, es decir se amplía y complementa la protección, además también se rompen las barreras geográficas al determinar lo siguiente:

3. El presente Protocolo será aplicado por los Estados Partes en el mismo sin ninguna limitación geográfica; no obstante, serán aplicables también en virtud del presente Protocolo las declaraciones vigentes hechas por Estados que ya sean Partes en la Convención de conformidad con el inciso a del párrafo 1 de la sección B del artículo 1 de la Convención, salvo que se hayan ampliado conforme al párrafo 2 de la sección B del artículo 1 (Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, 1967).

A través de este instrumento, se elimina toda la limitación geográfica que existía en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, lo que se permite el amparo y protección de los refugiados de todas las partes del mundo, sin embargo el continuo cambio de los fenómenos sociales y en especial de los migratorios hacía necesario que se dote de mayor protección dando paso a la Declaración de Cartagena sobre refugiados que fue adoptada por el "Coloquio Sobre la Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá: Problemas Jurídicos y Humanitarios", en Cartagena, Colombia, del 19 al 22 de noviembre de 1984 (Salgado, 2009; 67).

Los gobiernos y las comunidades de acogida de las personas refugiadas no estaban preparados para recibir corrientes migratorias masivas, especialmente en América Latina, cuya principal característica era contener dentro de ellas a los sectores más marginados de la población, desarraigados a causa de guerras civiles, violencia sin límite y masiva vulneración de los derechos humanos por medidas restrictivas que les negaban el acceso a territorios seguros, siendo detenidos y devueltos a la fuerza hacia lugares donde su vida, su libertad y su seguridad corrían peligro (Villalta, 2017; 23).

Es por esto que la Declaración de Cartagena sobre Refugiados de 1984, nace con la idea de brindar protección contra la violencia generalizada que pone en riesgo y perturba la seguridad de las personas en sus países de origen y por tanto se ven forzados a solicitar refugio, en este sentido realiza una ampliación de la definición de refugiado de la siguiente forma:

Se hace necesario encarar la extensión del concepto de refugiado, teniendo en cuenta, en lo pertinente, y dentro de las características de la situación existente en la región, el precedente de la Convención de la OUA (artículo 1, párrafo 2) y la doctrina utilizada en los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. De este modo, la definición o concepto de refugiado recomendable para su utilización en la región es aquella que además de contener los elementos de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967, 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 (Declaración de Cartagena sobre Refugiados, 1984).

En esta definición se incluyen situaciones colectivas y no individuales, reconociendo la condición de refugiados a partir de las experiencias vividas desde la vigencia de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967, es decir se amplía su definición con la finalidad de proveer la protección necesaria.

Es necesario indicar que también existen informes y resoluciones de organismos internacionales que son de carácter vinculante para el Estado ecuatoriano sobre el cual se emite y por lo tanto generan responsabilidad jurídica, sin embargo, son una fuente para el desarrollo de políticas públicas para respetar y garantizar los derechos humanos. Al respecto la opinión consultiva OC 21/14 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre niñez migrante, ha señalado lo siguiente:

65. La segunda norma convencional que merece ser invocada a modo introductorio, es el artículo 2 de la Convención. Al efecto, la Corte ya se ha referido a la obligación general de los Estados de adecuar su normativa interna a las normas de la Convención Americana, recogida en dicho artículo, que prescribe que cada Estado Parte debe adecuar su derecho interno a las disposiciones de la misma para garantizar los derechos en ella reconocidos, lo cual implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio de *effet utile*)⁸. Este deber implica, por un lado, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención y, por el otro, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías. La obligación estatal de adecuar la legislación interna a las disposiciones convencionales no se limita al texto constitucional o legislativo, sino que debe irradiar a todas las disposiciones jurídicas de carácter reglamentario y traducirse en la efectiva aplicación práctica de los estándares de protección de los derechos humanos de las personas migrantes (Corte IDH Opinión Consultiva OC-21/14, 2014)

⁸ Este deber general del estado Parte implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio del '*effet utile* '). Esto significa que el Estado ha de adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico interno, tal como lo requiere el artículo 2° de la Convención. Dichas medidas sólo son efectivas cuando el estado adapta su actuación a la normativa de protección de la Convención" (Olano, 2016)

En conclusión, los Estados parte de la Convención entre ellos el Estado ecuatoriano tienen la obligación de adoptar medidas que garanticen la protección determinada a favor de los NNA, no siendo suficiente la mera adecuación de la normativa a los compromisos adquiridos con la comunidad internacional, sino que además debe establecer políticas públicas que materialicen la efectividad de dicha normativa, derogando o suprimiendo prácticas, reglamentos y leyes menores que no permiten propiciar su desarrollo y tampoco ofrece las condiciones necesarias para que vivan y desarrollen sus aptitudes con pleno aprovechamiento de sus potencialidades y de sus derechos.

2.4 La Organización de las Naciones Unidas ONU y EL ACNUR como organizaciones internacionales que buscan proteger a las personas refugiadas

La Carta de las Naciones Unidas que dio paso posteriormente a la Organización de las Naciones Unidas, se desarrolló a partir de diversos tratados y declaraciones, que se desarrollaban o nacían entre 1941 y 1944 entre los aliados de la Segunda Guerra Mundial, siendo los más representativos los siguientes:

Declaración del Palacio de St. James (junio de 1941).- La única base cierta de una paz duradera radica en la cooperación voluntaria de todos los pueblos libres que, en un mundo sin la amenaza de la agresión, puedan disfrutar de seguridad económica y social; nos proponemos trabajar, juntos y con los demás pueblos libres, en la guerra y en la paz, para lograr este fin. (Organización de las Naciones Unidas, 1945). Este instrumento es uno de los precursores de la paz y el trabajo conjunto de las naciones para lograr el desarrollo económico y social que dignifique la existencia de la humanidad.

El aporte de esta Declaración fue el mirar más allá de la victoria militar y poder constituir un porvenir más estable para los años de la posguerra, emitiendo una serie de frases que sirvieron de lema de la paz como por ejemplo “La única base cierta de una paz duradera radica en la cooperación voluntaria de todos los pueblos libres que, en un mundo sin la amenaza de la agresión, puedan disfrutar de seguridad económica y social; nos proponemos trabajar, juntos y con los demás pueblos libres, en la guerra y en la paz, para lograr este fin” (Organización de las Naciones Unidas, 1945).

Carta del Atlántico.- Declaración conjunta suscrita el 14 de agosto de 1941, a bordo del USS Augusta, entre el presidente Franklin Delano Roosevelt de Estados Unidos y Winston

Churchill por Gran Bretaña. En ella se manifiesta haber juzgado conveniente «hacer conocer ciertos principios comunes en la política nacional de sus respectivos países, en los cuales descansan sus esperanzas de lograr un porvenir mejor para el mundo.(Organización de las Naciones Unidas, 1945). Es decir, con este instrumento se quería unificar principios de política que conlleve una participación equitativa de las naciones y evitar enfrentamientos que desemboquen en guerras como las sufridas hasta ese entonces.

El presidente Roosevelt y el primer ministro Churchill reunidos en algún lugar en el mar Atlántico en el cual se libraba la desesperada Batalla, emitieron una declaración conjunta que aportaba ciertos principios comunes en las políticas nacionales de sus respectivos países (Estados Unidos y Gran Bretaña), en los que se basaban las esperanzas de un futuro mejor para el mundo (Organización de las Naciones Unidas, 1945).

Declaración de las Naciones Unidas (enero de 1942).- Documento firmado durante la Segunda Guerra Mundial en Washington por los gobiernos de 26 países que estaban luchando del lado de los aliados y en la cual reafirmaron su apoyo a la Carta del Atlántico. Este documento contenía el primer uso oficial del término "Naciones Unidas", propuesto por el presidente estadounidense Franklin Delano Roosevelt (Organización de las Naciones Unidas, 1945).

Este es el instrumento de mayor aporte y relevancia en la historia mundial, puesto que las Naciones Unidas es el órgano encargado de mantener la paz mundial y de intervenir para evitar trasgresiones de las leyes establecidas por la comunidad internacional en aras de una convivencia pacífica.

Declaración de Moscú (noviembre de 1943).- Aquí se reconoció la necesidad de establecer, dentro del menor plazo posible, una organización general internacional, basada en el principio de la igualdad soberana de todos los estados amantes de la paz, y a la cual puedan asociarse tales estados, grandes y pequeños, para mantener la paz y la seguridad internacionales (Organización de las Naciones Unidas, 1945).

Esta Declaración aporta como uno de los objetivos primordiales que las naciones tenían durante y después de la segunda guerra mundial, que era el establecimiento de la paz bajo el control de un organismo al que todos le debieran respeto y obediencia (Organización de las Naciones Unidas, 1945).

Conferencia de Teherán (diciembre de 1943).-Fue una reunión entre Iósif Stalin, Winston Churchill y Franklin D. Roosevelt, que formaban el bando de los Aliados. Constituye uno de los máximos exponentes de cooperación de los aliados en la Segunda Guerra Mundial (Organización de las Naciones Unidas, 1945).

El aporte de esta Conferencia radicó en la cooperación aliada entre los países de mayor poderío bélico, que terminaría por derrotar a los precursores de la segunda guerra mundial, que estaban devastando a la población y al mundo (Organización de las Naciones Unidas, 1945).

Conferencia de Dumbarton Oaks (Washington, octubre de 1944).- Aquí se formuló y negoció el inicio de las Naciones Unidas. Las conversaciones incluyeron qué estados serían invitados para ser miembros y la formación del Consejo de Seguridad (Organización de las Naciones Unidas, 1945). El principal aporte de este instrumento es que marca el inicio de lo que hasta ese entonces parecía una utopía, la institución de las Naciones Unidas como órgano regulador de los estados y precursor de la paz mundial.

Conferencia de Yalta (febrero de 1945) fue la continuación de la serie de encuentros que empezaron con la conferencia de Moscú, que tuvo lugar en el antiguo palacio imperial de Livadia, en Yalta (Crimea), sus acuerdos fueron polémicos incluso antes del encuentro final en Potsdam. Tras la muerte de Roosevelt, Churchill y Stalin fueron acusados de no haber aceptado un control internacional sobre los países liberados por la URSS y ningún otro gobierno fue consultado o le fueron notificadas las decisiones tomadas allí (Organización de las Naciones Unidas, 1945).

Esta Conferencia aportó con el acuerdo suscrito por los líderes de Estados Unidos, Gran Bretaña y la URSS sobre el establecimiento de una organización internacional general para mantener la paz y la seguridad, para este cometido convocaron a una Conferencia de las Naciones Unidas a reunirse en San Francisco el 25 de abril de 1945, para preparar la Carta de dicha organización, en base a los postulados propuestos en las conversaciones formales de Dumbarton Oaks.

A partir de todos estos instrumentos y de las reuniones mantenidas, los Estados sintieron la necesidad de crear un organismo internacional que estableciera la reorganización de las relaciones internacionales así como las bases para la paz, esta organización condenaría la

violencia y solucionaría los conflictos entre las naciones, reconociendo los derechos fundamentales, dando lugar así a la Sociedad de Naciones (SDN) y posterior a su disolución fue sucedida por la Organización de las Naciones Unidas (ONU) en el año de 1946, la misma que en el artículo 1 de su Carta Constitutiva establece lo siguiente:

1. Mantener la paz y la seguridad internacionales, y con tal fin: tomar medidas colectivas eficaces para prevenir y eliminar amenazas a la paz, y para suprimir actos de agresión u otros quebrantamientos de la paz; y lograr por medios pacíficos, y de conformidad con los principios de la justicia y del derecho internacional, el ajuste o arreglo de controversias o situaciones internacionales susceptibles de conducir a quebrantamientos de la paz;
2. Fomentar entre las naciones relaciones de amistad basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, y tomar otras medidas adecuadas para fortalecer la paz universal (Organización de las Naciones Unidas, 1945).

De esta forma, se instituyó el sistema internacional de derechos humanos el mismo que a través de tratados, pactos o convenciones, busca que los derechos humanos sean eficazmente garantizados y protegidos, para lo cual además es necesario incluir procedimientos y recursos que generen su existencia y usufructo, es por esto que se creó la Comisión de los Derechos Humanos, como una dependencia especializada u órgano de investigación que se ocupa de los derechos humanos, de las violación de los mismos, en temas tales como: la detención arbitraria; las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias; sobre la violencia con relación a la mujer; la tortura; las personas desplazadas, etc.

El 20 de diciembre de 1993 la Conferencia Mundial organizada de la ONU en Viena, creó un Alto Comisionado para los Derechos Humanos, mediante Resolución 48/141 con el fin de proteger los derechos humanos de mundo entero, este organismo tiene como máxima autoridad al Secretario General. El ACNUR, promueve los acuerdos y convenios internacionales sobre los refugiados y desplazados, ayuda a los países a incorporar en su sistema los mecanismos para la aplicación de la norma actuando como observador internacional en los asuntos relacionados con los refugiados.

El Ecuador es parte del Comité Ejecutivo de ACNUR, llegando incluso a ejercer su presidencia por seis meses en el año 2004, la capacidad de actuación de este organismo internacional en el Estado ecuatoriano está marcado por el decreto ejecutivo 1182 del 2012 (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 en su Protocolo de 1967), que le permite evaluar las solicitudes presentadas y realizar recomendaciones ante la entidad estatal (Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio e Integración) en primera y segunda instancia, directamente o por medio de sus oficinas de campo o agencias socias.

La protección internacional que brinda protege de la vulnerabilidad a la que son expuestos los refugiados frente a algún tipo de persecución, trata de asegurar la igualdad de los derechos de hombres, mujeres, niñas y niños, aplicando los instrumentos legales pertinentes, referente al derecho internacional humanitario, a los derechos humanos y el derecho internacional de los refugiados, propiciados a través de resoluciones de la Asamblea General, del Consejo Económico y Social (ECOSOC), del Comité Ejecutivo del ACNUR, y la práctica reiterada y las iniciativas del propio ACNUR que reciben la aquiescencia de los Estados.

En conclusión, el derecho internacional a través de tratados y convenios como instrumentos materializadores de derechos, ha establecido parámetros para la protección internacional que necesitan las personas que buscan refugio; Así como la institucionalidad para controlar tales mandatos, sin embargo es deber de los Estados el desarrollar también políticas públicas que ayuden a garantizar los derechos de este grupo de atención prioritaria como lo ha denominado nuestra Constitución y en ese sentido, es necesario revisar el nivel de recepción del Derecho Internacional en relación al Derecho interno y analizar la normativa interna sobre refugio del Estado ecuatoriano.

2.5 Normativa interna del Estado ecuatoriano sobre el refugio

En este segmento se analizarán las normas que regulan el refugio en el Ecuador, desde un orden jerárquico del ordenamiento jurídico establecido en el artículo 425 de la Constitución de la República de la siguiente manera: “La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos” (Asamblea Nacional, 2008).

La Constitución de la República describe los derechos fundamentales que son la base para reconocer la condición de refugiado a NNA, es así que en su artículo 11, numeral 8 dispone al Estado como generador y garante de los derechos otorgados a las personas,

propiciando su respeto a través del ordenamiento jurídico interno, la jurisprudencia y en las políticas públicas, en concordancia con el artículo 426 que determina que “Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución” (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

Ahora bien, en cuanto al derecho de movilidad humana que exige que se reconozca a las personas el derecho a migrar y en especial cuando son perseguidas en su país de origen o residencia, la Constitución de la República reconoce la figura del refugio y la determina de la siguiente manera:

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 (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

La Constitución de la República es clara en mencionar que se reconoce el derecho de refugio de conformidad con la ley y los instrumentos internacionales de derechos humanos, pero además debemos tener en cuenta que hace referencia expresa al principio de no devolución que como ya sabemos es una norma de ius cogens, así mismo otorga protección especial para el efectivo goce de sus derechos, es decir materializa la protección internacional y finalmente termina sacando de la esfera penal y de cualquier tipo de sanción a quienes ingresaron o permanecieron de forma irregular en el territorio ecuatoriano, cumpliendo de esta forma su obligación de brindar ayuda humanitaria a quienes son perseguidos en sus países de origen o residencia habitual.

Por su parte, la Ley Orgánica de Movilidad Humana que en el artículo 98 menciona que será reconocida como refugiada en el Ecuador toda persona que:

1. Debido a temores fundamentados de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, que se encuentre fuera de su país de nacionalidad, y no pueda o quiera, a causa de dichos temores, acogerse a la protección de su país, o que, careciendo de nacionalidad y hallándose fuera del país donde antes tuviera su residencia

habitual, no pueda o no quiera regresar a él. 2. Ha huido o no pueda retornar a su país porque su vida, seguridad o libertad ha sido amenazada por la violencia generalizada, agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público y no pueda acogerse a la protección de su país de nacionalidad o residencia habitual. El reconocimiento de la condición de refugiado tiene una naturaleza declarativa, civil, humanitaria, apolítica y confiere un estatuto de protección internacional a la persona (Ley Orgánica de Movilidad Humana, 2017).

Siguiendo la línea de la Constitución de la República y los instrumentos internacionales de protección del derecho de movilidad humana, la Ley Orgánica de Movilidad Humana determina las condiciones que deben cumplir las personas que solicitan el estatus de refugiados, siendo el principal objetivo el brindar protección frente a la situación de persecución y de vulneración de derechos a los que se están enfrentando y por lo cual han tenido que buscar protección en otro Estado.

Ahora bien, este mismo cuerpo normativo establece una diferenciación en el artículo 99 numeral 9, cuando se trata de NNA no acompañados, que solicitan el estatus de refugiado cuando dice que “En el caso de niños, niñas y adolescentes no acompañados o separados de sus representantes legales, la autoridad competente coordinará el nombramiento de un tutor o representante legal. La autoridad de movilidad humana notificará inmediatamente a la Defensoría Pública a fin que asuma la representación legal del niño, niña o adolescente” (Ley Orgánica de Movilidad Humana, 2017).

La protección especial determinada por la Constitución adquiere especial importancia, puesto que los NNA además de estar no acompañados, son objeto de atención prioritaria y especializada por parte del Estado, por lo tanto, todos sus organismos están obligados a tutelar efectivamente el cumplimiento de sus derechos derivados de los comunes a todos los seres humanos y de los específicos por su edad.

Bajo este contexto, la Ley Orgánica de Movilidad Humana al referirse al otorgamiento del refugio a los NNA, hace énfasis en la materialización de sus derechos, para lo cual ordena que se les otorgue un tutor o representante legal, encargando esta gestión de representación legal a la Defensoría Pública que debe ser notificada, pero sin precisar de qué forma y como procede el rol de tutoría prioritaria y especializada por parte de este organismo, es decir existe un vacío legal que puede estar permitiendo la vulneración de los derechos de los NNA no acompañados que solicitan refugio en nuestro país.

Por su parte, 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”, en diciembre de 2014, en donde se establece un protocolo de intervención por parte de la misma en casos de NNA no acompañados y se menciona la posibilidad de que no se les aplique la etapa de admisibilidad, es decir, que el momento de la presentación de la solicitud se realice el registro, entrevista de admisibilidad y elegibilidad ese mismo día, en atención al principio de prioridad absoluta con el cual debe atenderse a este grupo de solicitantes.

En conclusión, el Estado ecuatoriano entre las obligaciones adquiridas con la comunidad internacional respecto de las personas refugiadas y en especial de los NNA no acompañados, si bien ha adecuado su normativa Constitucional al amparo sus derechos, también existe la Ley Orgánica de Movilidad Humana que intenta complementar la protección internacional de este grupo de atención prioritaria y especializada, sin embargo sus vacíos jurídicos sobre la tutoría de los NNA no acompañados que solicitan refugio, dejan inconclusa e incumplida la obligación, siendo la principal responsable la Defensoría Pública por no acatar los mandatos constitucionales y legales en vigencia.

Ya desde la práctica, resulta necesario conocer los procedimientos que realizan los agentes estatales en casos en los que NNA no acompañados solicitan refugio, elemento que será materia de análisis en el próximo capítulo.

CAPÍTULO III

EVALUACIÓN SOBRE LA ACTUACIÓN DEL ESTADO ECUATORIANO EN CUANTO A LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS DE LOS NNA NO ACOMPAÑADOS QUE SOLICITAN REFUGIO

3.1 Justificación

Para poder realizar un análisis sobre la protección internacional a la luz de la información obtenida hasta el momento, debemos recordar que en el primer capítulo de este trabajo observamos que el Estado ecuatoriano, por ser suscriptor de la Convención del Estatuto de los Refugiados de 1951 y de la Convención de los Derechos del Niño de 1989, ha adquirido compromisos internacionales como la adaptación de su legislación a los preceptos del derecho internacional. En este sentido, se comenzó por recoger los postulados de la doctrina de la protección integral de los NNA, en la Constitución del 2008.

Una de las principales características de la doctrina de la protección integral consiste en el reconocimiento de los NNA como sujetos de plenos derechos por lo tanto el Estado está obligado a desarrollar las políticas públicas para garantizar su goce efectivo, bajo parámetros de principios como el de interés superior del niño, igualdad y no discriminación, efectividad, prioridad absoluta y solidaridad.

Ahora bien, el Estado ecuatoriano en el artículo 35 de la Constitución de la República ordena que a los NNA se les debe brindar una atención prioritaria y especializada, por ser unos de los grupos en condición de doble vulnerabilidad de la sociedad, en concordancia con este mandato el artículo 99, numeral 9 de la Ley Orgánica de Movilidad Humana ordena lo siguiente:

Garantías del debido proceso.- El procedimiento para el reconocimiento del refugio, se llevará a cabo respetando las siguientes garantías, a más de las contempladas en la Constitución:

9. En el caso de niños, niñas y adolescentes no acompañados o separados de sus representantes legales, **la autoridad competente coordinará el nombramiento de un tutor o representante legal**. La autoridad de movilidad humana notificará inmediatamente a la Defensoría Pública a fin que asuma la representación legal del niño, niña o adolescente (Ley Orgánica de Movilidad Humana, 2017).

Este mandato de la LOMH se encuentra acorde con la Constitución y los estándares internacionales para atender a los NNA sin acompañamiento que solicitan refugio, por lo

tanto hasta aquí ha cumplido con sus obligaciones el Estado ecuatoriano que ha encomendado la misión de velar por la efectividad en la aplicación de sus derechos y exigibilidad de los mismos conforme lo determina el Código de la Niñez y Adolescencia en concordancia con la Convención de los Derechos del Niño, a la Defensoría Pública.

A pesar de qué, la norma citada recoge los postulados de los instrumentos internacionales en materia de refugio, la misma se queda incompleta, puesto que si bien determina la representación legal o tutoría de los NNA no acompañados, encarga esta labor a una sola institución que no es capaz de materializar por completo la protección internacional solicitada, en este sentido la Ley debería indicar con claridad cual es el grupo de organismos estatales que deben intervenir, para cumplir con los compromisos internacionales humanitarios.

Ahora bien, en el segundo capítulo se realizó el análisis del mandato de la LOMH respecto de este grupo de atención prioritaria y especializada, sin embargo se encontró vacíos jurídicos sobre la tutoría de los NNA no acompañados que solicitan refugio, al no determinar con claridad cómo debe llevarse a cabo este proceso, cuál es su alcance y la naturaleza de la intervención de la Defensoría Pública para materializar la protección internacional, dejando inconclusa e incumplida la obligación estatal ante la comunidad internacional.

Bajo este contexto, la Constitución de la República a partir de su promulgación en el año 2008, generó una transformación al concebir al Estado ecuatoriano como un estado constitucional de derechos y justicia, dando lugar a que las condiciones de las personas en situación de movilidad humana, sean regulados desde un enfoque especial al reconocerlos como un grupo de atención prioritaria, de la misma forma al reconocer el derecho a migrar, al establecer la prohibición de considerar a una persona como ilegal por su condición migratoria, se introduce principios sustanciales en la protección a las personas en estas condiciones, como el principio de no devolución, la no sanción por ingreso o permanencia irregular, la asistencia humanitaria y la posibilidad excepcional de reconocimiento colectivo del estatuto de refugiado, todo esto en función de garantizar la integridad y la vida de este sector social.

Adicionalmente, se estableció la prohibición de desplazamiento arbitrario y se garantizó el derecho a recibir protección, asistencia humanitaria emergente y a retornar al lugar de origen de forma voluntaria, segura y digna, se incorporó el principio de ciudadanía universal, libre movilidad y la estipulación según la cual, ninguna persona puede ser considerado ilegal, el progresivo fin de la condición de extranjero y la exigencia del respeto de los derechos humanos

de las personas migrantes, es decir el nuevo modelo constitucional del 2008 a diferencia de su antecesor al referirse a la movilidad humana plantea una perspectiva de respeto y garantía de derechos de las personas en movilidad desde una visión integral y coherente, dando un nuevo enfoque como ya se mencionó desde el ámbito legal, al derogar inclusive legislación secundaria que no se ajustaba a los parámetros constitucionales ni a los instrumentos internacionales de derechos humanos, como era el caso de la Ley de Migración y la de Extranjería vigentes hasta el 06 de febrero del 2017. Al respecto el artículo 416, numerales 6 y 7 de la Constitución preceptúa lo siguiente:

6. Propugna el principio de ciudadanía universal, la libre movilidad de todos los habitantes del planeta y el progresivo fin de la condición de extranjero como elemento transformador de las relaciones desiguales entre los países, especialmente Norte-Sur

7. Exige el respeto de los derechos humanos, en particular de los derechos de las personas migrantes, y propicia su pleno ejercicio mediante el cumplimiento de las obligaciones asumidas con la suscripción de instrumentos internacionales de derechos humanos (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

Una de las formas de cumplir con este mandato constitucional, es propiciando el cumplimiento de las obligaciones asumidas por el Estado ecuatoriano al suscribir instrumentos internacionales de derechos humanos, de cara a proteger y hacer posible el ejercicio de los derechos de las personas en necesidad de protección internacional, en especial cuando son víctimas de persecución en su país de origen o residencia habitual y tienen que acudir a otras naciones solicitando la condición de refugiados.

La protección internacional que debe brindar el Estado ecuatoriano a las personas que solicitan refugio, está regulada principalmente en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su protocolo de 1967, siendo estos instrumentos complementados a lo largo del tiempo por otra normativa desarrollada por la comunidad internacional, en donde encontramos por ejemplo normas de *ius cogens*⁹ como el principio de *no devolución*, que es la piedra angular de la materialización de derechos de quienes se encuentran en situación de movilidad forzosa.

Pero al referirnos a NNA no acompañados que solicitan refugio, siendo obligación del Estado

⁹ “4. Aceptando la continua relevancia y adaptabilidad de este régimen internacional de derechos y principios, centrado en el principio de no devolución (non-refoulement) cuya aplicabilidad se inserta en el derecho consuetudinario internacional”. Declaración de la Reunión Ministerial de los Estados Partes de la Convención de 1951 y/o el Protocolo de 1967, diciembre del 2001.

ecuatoriano brindar una atención prioritaria y especializada por encontrarse en condiciones de doble vulnerabilidad, al ser víctimas de persecución o violencia y por su edad, entra en acción la protección internacional establecida en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, la Constitución en concordancia con lo que determina la opinión consultiva de la CIDH N°OC-21/14 de 19 de agosto de 2014, numeral 116, la misma que se complementa a través de la Ley Orgánica de Movilidad Humana, que establece el debido proceso para llevar a cabo el otorgamiento de la condición de refugiados a los NNA no acompañados.

En este sentido, forma parte del debido proceso establecido lo determinado en el artículo 99 numeral 9 de la LOMH, que se refiere a la representación legal de los NNA no acompañados en el trámite de la solicitud de refugio, encomendando esta misión a la Defensoría Pública la misma que no cuenta con un procedimiento para dar cumplimiento con el mandato encomendado y tampoco ha sido preocupación de su Director el implementarlo, más bien ha existido total descuido por su parte, situación que lleva provoca la vulneración de los derechos de este grupo poblacional en estudio.

Ahora bien, la mera inexistencia de un procedimiento en cuanto a la tutoría o representación legal derivada de un vacío legal de la LOMH, no es justificativo para su incumplimiento, puesto que existe jurisprudencia internacional emitida por la CIDH como en el caso familia Pacheco Tineo vs Bolivia, en el cual se indica que en virtud de la naturaleza de los derechos que podrían verse afectados, es imperativo respetar las garantías de debido proceso en lo relativo a la determinación de la condición de refugiado de una persona.

Dentro de la decisión tomada por la CIDH en el caso en estudio, también se menciona que la protección de los refugiados y solicitantes de refugio a nivel interno, sea regulada de conformidad con las disposiciones del Derecho Internacional sobre Refugiados, de modo que deba realizarse a través de autoridades competentes previamente establecidas, mediante procedimientos específicos y que respeten garantías del debido proceso como por ejemplo:

- a) Deben garantizarse al solicitante las facilidades necesarias, incluyendo los servicios de un intérprete competente, así como, en su caso, el acceso a asesoría y representación legal, para someter su solicitud ante las autoridades. En este sentido, el solicitante debe recibir la orientación necesaria en cuanto al procedimiento que ha de seguirse, en un lenguaje y modo que pueda comprender y, en su caso, se le debe dar la oportunidad de ponerse en contacto con un representante de ACNUR;

e) si no se reconoce al solicitante la condición de refugiado, se le debe brindar la información sobre como recurrir y concedérsele un plazo razonable para ello, según el sistema vigente, a fin de que se reconsidere formalmente la decisión adoptada; y

f) el recurso de revisión o apelación debe tener efectos suspensivos y debe permitirse al solicitante que permanezca en el país hasta que la autoridad competente adopte la decisión del caso, e inclusive mientras esté pendiente el medio de impugnación, a menos que se demuestre que la solicitud es manifiestamente infundada. (Caso familia Pacheco Tineo vs Bolivia, CIDH)

Bajo estos parámetros, debemos analizar lo que sucede en nuestro país en cuanto al procedimiento para otorgar la condición de refugiado a los NNA no acompañados, el mismo que comienza por la recepción de la solicitud, seguido del registro del postulante por parte del Subsecretario de Atención a Inmigrantes, quien pasara el proceso a la Unidad Administrativa de Protección Internacional del Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, en donde se le asigna un número de trámite y se da aviso a la Defensoría Pública para que asuman su tutoría o representación legal, además determinará la fecha y hora para la entrevista, posteriormente la Dirección de Protección Internacional calificara la petición y en caso de inadmitirla debidamente fundamentado y motivado el acto administrativo, será notificado al interesado quien podrá oponerse a la resolución haciendo uso de los recursos que le franquea la ley.

Por el contrario, si la solicitud es aceptada se le indicara al solicitante que debe acercarse a la Unidad de Visados y Naturalizaciones de la respectiva Coordinación Zonal para que le entreguen la visa humanitaria, hasta que se resuelva su petición de protección internacional, posteriormente se realizaran entrevistas de elegibilidad bajo los parámetros de prioridad establecidos por su condición de doble vulnerabilidad, finalmente si se le otorga refugio se le notifica y se coordina con otras instituciones del Estado para brindar una protección internacional integral que garantice los derechos de los NNA.

Desde la óptica de la atención prioritaria y especializada determinada por la Constitución de la República para los NNA, realmente es inconcebible que este sector poblacional, tenga que seguir el mismo tramite que cualquier persona, bajo la premisa de la prioridad que las autoridades indican darán a su trámite, sin embargo este es un hecho dependiente de la subjetividad del funcionario así como de la voluntad de atención, en este sentido, debería ser inmediato el otorgamiento de la visa humanitaria, es decir el mismo día receptor la solicitud,

calificarla y otorgar o rechazar, según sea el caso y las circunstancias que lo rodean, la entrega de la visa humanitaria, para poder materializar una verdadera protección internacional de los NNA.

Con estos antecedentes, la Defensoría Pública debe fundar su accionar en los estándares internacionales determinados por los instrumentos de derechos humanos y así poder desarrollar un adecuado trabajo en torno a la representación legal de los NNA no acompañados, que según datos de este propio organismo en el año 2018 apenas fueron 58 casos atendidos frente a los 7112 NNA no acompañados registrados por el ACNUR, ante este panorama se acudió hasta las dependencias de este organismo en la ciudad de Quito, en donde se pudo entrevistar a uno de los funcionarios públicos en labores, quien al preguntarle sobre las obligaciones que tiene el Estado respecto de la protección internacional de los NNA no acompañados que solicitan refugio, respondió lo siguiente:

La protección internacional es para aquellas personas en condición de vulnerabilidad, pero existe un subgrupo que son los NNA que deben tener una atención especial en virtud del principio del interés superior del niño, que exige que los Estados adecuen toda su normativa y políticas a los tratados internacionales con el fin de garantizar sus derechos, es por esto que la LOMH dispone que exista la representación legal de los NNA sin acompañamiento que solicitan refugio. (Entrevista funcionario Defensoría Pública quien solicito mantener su identidad en reserva)

Es claro que los funcionarios conocen el alcance y la naturaleza de las obligaciones internacionales que tiene el Estado ecuatoriano sobre la protección internacional que deben recibir los NNA no acompañados que solicitan refugio, pero por otro lado, es necesario identificar las políticas públicas que se implementan para lograr su cumplimiento, al respecto una funcionaria del ACNUR nos dijo lo siguiente:

Los NNA requieren acompañamiento especializado para poder obtener su condición de refugio, en este sentido las instituciones son la Defensoría Pública, pero también esta ACNUR que trabaja conjuntamente con el MIES, Defensoría del Pueblo, una organización que se llama Hayas, Cancillería y el Ministerio del Interior. (Entrevista a Ilaria Rápido funcionaria de ACNUR)

Esto quiere decir que la Defensoría Pública presta el servicio de representación legal o patrocinio jurídico para los NNA no acompañados en el marco del proceso de solicitud de la condición de refugiado, pero no se preocupa por la protección que debe tener el menor, como por ejemplo en donde permanecerá, cómo comerá, quién velará porque sus demás derechos se cumplan, conforme al compromiso adquirido y preceptuado en el capítulo IV de la

Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, que se refiere al bienestar y que en sus artículos 20 a 23 exigen que se asegure el bienestar de los refugiados. Al respecto la opinión consultiva de la CIDH N° OC-21/14 de 19 de agosto de 2014, al referirse al tutor nos dice:

134. Deberá, además, poseer los conocimientos necesarios especializados en atención de la infancia con el fin de garantizar que se vele por el interés superior de la niña o del niño. Por otra parte, el tutor debe funcionar como un vínculo entre la niña o el niño y los organismos pertinentes con el fin de asegurar que las necesidades de la niña o niño en materia jurídica, social, educativa, sanitaria, psicológica y material sean satisfechas (Corte IDH Opinión Consultiva OC-21/14, 2014).

Es decir, la Defensoría Pública del Ecuador a pesar de que su misión institucional es la defensa y patrocinio jurídico, bajo los parámetros de protección establecidos por los instrumentos internacionales también debe de ser un organismo especializado que brinde la tutoría que necesitan los NNA no acompañados, para esto debe propiciar vínculos con otros organismos para garantizar el bienestar de su pupilo, más resulta que esta última parte aún no se materializa, lo que desemboca en el incumplimiento de los compromisos internacionales adquiridos por el Estado mediante la suscripción de tratados de derecho humanitario.

De la misma forma, el Art. 286 del Código Orgánico de la Función Judicial establece entre las facultades y potestades de la Defensoría Pública, “1. La prestación gratuita y oportuna de servicios de orientación, asistencia, asesoría y representación judicial, conforme lo previsto en este código, a las personas que no puedan contar con ellos en razón de su situación económica o social” (Código Orgánico de la Función Judicial , 2009), es decir los NNA sin acompañamiento que solicitan refugio, deben ser atendidos sin costo y oportunamente en el proceso de representación o tutoría para la obtención del estatus de refugiados.

Otra de las facultades que tiene la Defensoría Pública es “Garantizar la defensa pública especializada para las mujeres, niños, niñas y adolescentes (...)” (Código Orgánico de la Función Judicial , 2009), por lo tanto no puede escudarse la institución ni sus funcionarios en vacíos legales para dejar de brindar un servicio de calidad, especialmente cuando se trata de grupos de atención prioritaria como los NNA no acompañados que solicitan refugio y que además se encuentran amparados por la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, sin contar con la basta jurisprudencia emitida por la CIDH al respecto.

En este sentido, para materializar todos los parámetros de protección internacional determinados por los instrumentos internacionales, la Constitución y las leyes secundarias del ordenamiento jurídico ecuatoriano, no puede encargársele la tutoría de los NNA no

acompañados únicamente a la Defensoría Pública, cuyo objetivo primordial es brindar patrocinio legal, por lo tanto debería ser todo un equipo de organismos estatales los que deben intervenir para garantizar el cumplimiento de las obligaciones del Estado ecuatoriano con la comunidad internacional.

Por otro lado, encargarle la tutoría y por ende la protección de los derechos de los NNA no acompañados que solicitan refugio a la Defensoría Pública, es prácticamente una anacronía; sería mejor que una institución como la Defensoría del Pueblo sea la encargada de procurar una protección integral de este grupo poblacional, puesto que su misión es precisamente defender y velar que se cumplan con los derechos humanos de las personas.

De la misma forma, se cuenta con el Instructivo para el Proceso de Determinación de la Condición de Refugiados y Apátridas en el Ecuador expedido por el Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, el mismo que determina los pasos a seguir para el otorgamiento del estatus de refugiado, contando con una sección denominada garantías dentro del capítulo de los NNA no acompañados, encaminada a asegurar que en los procedimientos que los involucren se respete el derecho de protección internacional, ordenando en el literal b) la “Referencia inmediata del caso a la Defensoría Pública para el nombramiento de un tutor o representante legal y al Ministerio de Inclusión Económica y Social” (Instructivo para el proceso de determinación de la condición de refugiados y apátridas Ecuador , 2018).

Definitivamente este Instructivo para el Proceso de Determinación de la Condición de Refugiados y Apátridas en el Ecuador expedido por el Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, se encuentra en concordancia con la LOMH respecto de la representación legal que debe otorgarse a los NNA no acompañados que solicitan refugio, pero adolece del mismo problema al no determinar expresamente como debe prestarse este beneficio, por lo tanto se crea un margen de discrecionalidad que puede terminar en el incumplimiento de la obligación estatal de brindar protección integral a estos grupos de atención prioritaria y especializada.

El no contar el ordenamiento jurídico ecuatoriano con un procedimiento específico para la representación legal de los NNA no acompañados que se presentan solicitando refugio, está comprometiendo seriamente la protección internacional que debe brindar el Ecuador por ser su obligación al haber ratificado los tratados internacionales como la Convención de Ginebra de 1951, que en los Arts. 23 y 25 ordenan:

Art. 23.- Los Estados Contratantes concederán a los refugiados que se encuentren legalmente en el territorio de tales Estados el mismo trato que a sus nacionales en lo que respecta a asistencia y a socorro públicos.

Artículo 25. -- Ayuda administrativa.- 1. Cuando el ejercicio de un derecho por un refugiado necesite normalmente de la ayuda de las autoridades extranjeras a las cuales no pueda recurrir, el Estado Contratante en cuyo territorio aquél resida tomará las disposiciones necesarias para que sus propias autoridades o una autoridad internacional le proporcionen esa ayuda. 2. Las autoridades a que se refiere el párrafo 1 expedirán o harán que bajo su vigilancia se expidan a los refugiados los documentos o certificados que normalmente serían expedidos a los extranjeros por sus autoridades nacionales o por conducto de estas (Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, 1951).

La falta de un procedimiento específico para el proceso de tutoría o representación legal de los NNA no acompañados que solicitan refugio, pone en tela de juicio el cumplimiento efectivo de los compromisos estatales en materia de protección internacional, además de otras obligaciones, aspecto con el cual concuerda el Dr. Javier Arcentales¹⁰, que al ser entrevistado sobre este particular menciona lo siguiente:

En general hay un muy limitado cumplimiento, puesto que el Estado se limita a través del respectivo organismo a declarar el estatus de refugiado, inclusive a aquellos NNA no acompañados que no reúnen las condiciones para su otorgamiento, todo esto gracias a la falta de un procedimiento específico, pero posteriormente tampoco se brinda el acompañamiento para solucionar sus problemas y menos existe un seguimiento en torno al respeto de sus derechos, históricamente han asumido esta obligación las organizaciones internacionales y las ONGs, es decir no hay una política específica de tutela.

Por lo tanto, el Estado ecuatoriano tiene como compromisos u obligaciones internacionales, el brindar la protección internacional a las personas en situación de migración, en especial a los NNA no acompañados, otorgar la representación o tutoría de este grupo poblacional en los procesos de obtención del estatus de refugiado y asegurar la protección integral en base al principio del interés superior del niño, entre otras.

En este sentido, el Estado ecuatoriano al no contar con un procedimiento específico para que se dé la tutoría o representación legal por parte de la Defensoría Pública está cumpliendo parcialmente con sus obligaciones internacionales respecto de brindar protección internacional de los NNA no acompañados que se presentan solicitando refugio, puesto que el mandato de la LOMH deviene en insuficiente al no especificar además el acompañamiento

¹⁰ Dr. Javier Arcentales, experto del programa Andino de Derechos Humanos, Abogado y Doctor en Jurisprudencia, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito (PUCE); Diploma en Migraciones y Desarrollo, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, Sede Ecuador, Quito FLACSO-E; Especialista Superior en Derechos Humanos, con mención en Políticas Públicas, Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador (UASB-E).

que debe tener el menor sujeto de protección, permitiendo que en la actualidad esta obligación sea cubierta por ACNUR, ONGs u organizaciones internacionales de ayuda humanitaria, en virtud de la deficiente labor que realiza la Defensoría Pública y el Ministerio de Relaciones Exteriores, quienes olvidan que pueden apoyar su labor en los estándares determinados por instrumentos internacionales y por jurisprudencia de la CIDH.

Por lo tanto, resulta indispensable adoptar medidas normativas y de política pública para posibilitar su cumplimiento. Para lo cual se debe especificar cuáles serán los parámetros de esta protección, quien, y con la ayuda de quienes serán los organismos estatales encargados de materializar su mandato, pero evidentemente esto no ha ocurrido en nuestro país, por la falta de actuaciones institucionales adecuadas y encaminadas a lograr el cumplimiento total de la obligaciones internacionales adquiridas al suscribir instrumentos internacionales de derechos humanos.

Ahora bien, el Estado ecuatoriano sobre la base de los compromisos internacionales adquiridos en materia de refugio y de las disposiciones de los Instrumentos Internacionales suscritos al respecto, ha adecuado su normativa interna con el objetivo de propiciar el marco jurídico que genere la protección internacional anhelada, en este sentido, se comenzó por la promulgación de una nueva Constitución en el año 2008, la misma que inauguro el estado constitucional de derechos y justicia y que contraria a su antecesora, dispone entre muchos otros beneficios, el cumplimiento directo e inmediato de los derechos otorgados a las personas.

Sobre esta misma base, las leyes secundarias del ordenamiento jurídico ecuatoriano en materia de movilidad humana, han sido también adecuadas para proporcionar desde el ámbito teórico al menos la protección internacional que deben recibir los NNA no acompañados que solicitan refugio, sin embargo, es imperativo que el Estado ecuatoriano implemente políticas públicas encaminadas a determinar procedimientos y mecanismos en el ámbito administrativo de los organismos estatales, que en conjunto los lleve a brindar una protección integral y adecuada.

En este sentido, la propia LOMH debería determinar como entidad central de todo este proceso de materialización de la protección internacional para los NNA no acompañados que solicitan refugio a los Ministerios de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, al Ministerio de Inclusión Económica y Bienestar Social, a la Defensoría Pública y a la

Defensoría del Pueblo, quienes a través de convenios de cooperación interinstitucionales, garanticen y aseguren su bienestar, representación o tutoría y en general una atención prioritaria y especializada en todos los ambitos, teniendo siempre en cuenta el principio del interes superior del niño.

Bajo este contexto, debe propiciarse que la Asamblea Nacional cumpla con lo determinado en el articulo 84 de la Constitucion de la República, esto es adaptar formal y materialmente las leyes y demás normas jurídicas, a los derechos previstos en la Norma Suprema y los tratados internacionales para garantizar la dignidad del ser humano, por lo tanto es urgente fomentar proyectos de reforma de la LOMH, especificamente del Art. 99 numeral 9 con el objetivo de incorporar los parametros especificos de la tutoria o representacion legal y así materializar el cumplimiento de los compromisos adquiridos con la comunidad internacional, en materia de proteccion internacional de las personas que solicitan refugio y en especial de los NNA no acompañados.

En conclusión, la representación o tutoría de los NNA no acompañados que solicitan refugio en el Ecuador, es un mandato que se deriva de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 en concordancia con la Convención de los Derechos del Niño, la Constitución y la LOMH Art. 9 numeral 9, siendo hasta el momento una figura juridica insuficiente, puesto que se limita a ordenar un proceso a un organismo estatal como la Defensoría Pública, pero no especifica como realizarlo, quién o quiénes son los responsables de llevarlo a cabo, cual es la preparación que deben tener quienes intervengan, cuales son sus deberes y obligaciones como tutores y principalmente como lograr el bienestar de los NNA para materializar la protección internacional que es uno de los compromisos internacionales del Estado ecuatoriano, es decir no se regula adecuadamente este derecho.

Conclusiones

A lo largo de la investigación realizada, se ha logrado determinar que el Ecuador incumple parcialmente con su obligación de proporcionar una protección internacional adecuada a los NNA no acompañados que solicitan refugio, al no brindar una tutoría o representación legal apropiada por parte de la Defensoría Pública entidad gubernamental que no cuenta con políticas públicas para materializar la orden del Art. 99 numeral 9 de la LOMH, según una de sus funcionarias que fue entrevistada frente a la negativa de los demás funcionarios, pero nos pidió que mantuviéramos su identidad en secreto para evitar represalias, sin embargo, especialistas en este tema y de otros organismos como el ACNUR, ratificaron que la Defensoría Pública no está cumpliendo con su obligación de proveer una tutela efectiva a los NNA no acompañados, por lo tanto, se ha podido verificar en su totalidad la hipótesis planteada respecto de demostrar que no se están honrando los compromisos adquiridos con la comunidad internacional.

El Estado ecuatoriano, tiene la obligación de adaptar formal y materialmente su normativa interna a los postulados de los instrumentos internacionales en materia de refugio, con la finalidad de garantizar una protección internacional expedita a las personas que lo solicitan, especialmente cuando se trata de NNA no acompañados, a quienes el reconocimiento de sus derechos debe ser inmediato y directo por parte de los funcionarios estatales, es decir deben existir planes, programas, procedimientos y mecanismos adecuados, para satisfacer las necesidades de este grupo poblacional, sin embargo, se ha detectado en esta investigación que no existen políticas públicas al respecto, ni siquiera estadísticas de cuantos NNA han sido beneficiados o atendidos por la Defensoría Pública, por lo tanto se incumple con los compromisos internacionales adquiridos al suscribir la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo.

La LOMH del Estado ecuatoriano determina de forma muy general la representación legal o tutoría que debe otorgarse a los NNA no acompañados que solicitan refugio en nuestro país, es decir no se logró identificar los lineamientos del procedimiento de este mandato legal, de la misma forma tampoco existe normativa complementaria o institucional de parte de la Defensoría Pública que le permita garantizar una protección adecuada de los derechos de sus representados y tampoco hay política pública alguna desarrollada por cualquier otro organismo estatal, es decir se incumple con los compromisos adquiridos con la comunidad internacional.

Finalmente, dentro de la presente investigación se procedió a realizar una evaluación sobre la actuación del Estado ecuatoriano en cuanto a la garantía de los derechos de los NNA no acompañados que solicitan refugio, logrando determinar de fuente directa, es decir de los propios funcionarios estatales, que los derechos de este grupo de atención prioritaria y especializada, no están siendo respetados y materializados conforme los compromisos adquiridos con la comunidad internacional, a pesar de los grandes avances que en esta materia ha logrado establecer nuestro país.

Recomendaciones

Es necesario e imperativo presentar un proyecto de ley reformativa de la LOMH, a la Asamblea Nacional con la finalidad de adaptar formal y materialmente el Art. 99 numeral 9 del mencionado cuerpo normativo, puesto que el mismo no garantiza los derechos de los NNA no acompañados que solicitan refugio, respecto de la tutela o representación legal que deben recibir de parte de la Defensoría Pública, por lo tanto, es necesario dotar de un marco jurídico adecuado que permita materializar la protección internacional de las personas, bajo los parámetros dispuestos por los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, entre ellos la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo.

De la misma forma., desde la academia debe propiciarse propuestas firmes de la implementación de políticas públicas encaminadas a garantizar una protección internacional adecuada de los NNA no acompañados que solicitan refugio en nuestro país, por lo tanto las Universidades deberían implementar como un requisito para la titulación en materia de Derecho, el desarrollar propuestas y proyectos de reformas normativas, así como la implementación de planes piloto que en convenio con las instituciones estatales, sean aplicados para poder evaluar el impacto y el alcance de los mismos.

Definitivamente, no es justificativo para la Defensoría Pública el vacío legal de la normativa en materia de representación legal o tutoría de los NNA no acompañados que solicitan refugio en nuestro país, para incumplir con el mandato de la LOMH, por lo tanto esta institución debe generar desde el ámbito de sus competencias, planes, programas, procedimientos y mecanismos efectivos que le lleven a materializar su obligación, sin contar que ya debió haber propuesto políticas públicas que le ayuden al Estado ecuatoriano a no incumplir con los compromisos adquiridos con la comunidad internacional.

Bibliografía

- Aguirre, J. (2011). *DIGNIDAD, DERECHOS HUMANOS Y LA FILOSOFÍA PRÁCTICA DE KANT*. Bogotá: Universitas.
- Beloff, M. (2004). *Protección Integral de Derechos del niño vs Derechos en situación*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- Beloff, M. (2008). *Los derechos del niño en el sistema americano*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Buaiz, Y. (2003). *Introducción a la doctrina para la protección integral de los niños, la doctrina para la protección integral de los niños: aproximaciones a su definición y principales consideraciones*. Costa Rica: Edda Quirós.
- Calderón, J. (2008). *De la doctrina de la situación irregular a la doctrina de la protección integral*. Obtenido de <http://escribiendoderecho.blogspot.com/2008/11/de-la-doctrina-de-la-situacin-irregular.html>
- Diez de Velasco, M. (2007). *Instituciones de derecho internacional público*. Madrid: Tecnos.
- Ferrajoli, L. (1999). *Derechos y garantías*. Madrid: Trotta.
- García Mendez, E. (1994). *Derecho de la infancia-adolescencia en América Latina: de la Situación Irregular a la Protección Integral*. Bogotá: Forum Paces.
- García Mendez, E. (1995). *Derecho de la infancia-adolescencia en América Latina*. Bogotá: Temis.
- Gatica, N., & Chaimovic, C. (2002). *La justicia no entra a la escuela. Análisis de los principales principios contenidos en la Convención sobre derechos del niño*. Buenos Aires: Astrea.
- Gonzalez, J., Andrés, M., & Sánchez, L. (2008). *Curso de derecho internacional público*. Madrid.
- Granados, M. (13 de abril de 2018). *La cuestión del asilo y el principio de nonrefoulement: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y sus repercusiones en la UE*. Obtenido de https://www.unav.edu/documents/16800098/17755721/DT-03-2018_Asilo-non-refoulement-UE_Maria-Granados.pdf
- Kluwer, W. (2017). *Principios generales del derecho*. Obtenido de https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUjNjc2NTtLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoA7eh5HDUAAAA=WKE
- Leguina, J. (1987). Principios generales del Derecho y Constitución. *Revista de administración pública*, 10-11.

- López Garrido, D. (1991). *El derecho de asilo*. madrid: Trotta.
- López, J. (2015). *Derecho Internacional Comtemporáneo*. México: ISBN.
- López, R. (2015). Interés superior de los niños y niñas. *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*.
- Machado Cajide, L. (2013). *Aproximaciones sobre el surgimiento y evolución histórica del estatuto de los refugiados*. La habana: CENTRO DE ESTUDIOS DE MIGRACIONES INTERNACIONALES.
- Medina, C. (2009). *El concepto del interés superior del niño*. Recuperado el 2019, de <http://repositoriodigital.ucsc.cl/bitstream/handle/25022009/31/Ma.%20Consuelo%20Medina%20Lema.pdf?sequence=3&isAllowed=y>
- Minyerski, N. (2007). Capacidad progresiva de los niños en el marco de la Convención sobre los Derechos del Niño. En C. Grosman , & M. Herrera , *Hacia una armonización del Derecho de Familia en el Mercosur y países asociados*. Buenos Aires: Lexis Nexis.
- Morais, M. (2000). *Introducción a la Ley Orgánica para la protección del niño y del adolescente*. Caracas: UCAB.
- Nash, C. (2006). *LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS*. Obtenido de <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/142636/La-Proteccion-Internacional-de-los-Derec>
- Orrego, F. (2009). *La protección de los derechos del individuo en el derecho internacional* . Bogotá.
- Palacio, A. (2017). Fuentes del derecho Internacional Público. En G. De Icaza, *Derecho Internacional Público*. México.
- Pérez Barahona, S. (2000). El Estatuto de "Refugiado" en la Convencion de Ginebra de 1951. *Revista electrónica de Derecho de la Universidad de la Rioja*.
- Pérez Luño, A. (2011). *Los derechos Fundamentales*. Madrid: Tecnos.
- Restrepo, G. (2008). *Catedra de desplazamiento forzado. Módulo 1: Refugio, asilo y desplazamiento forzado*. . Bogota: Universidad Nacional.
- Rodríguez, E. (2017). Naturaleza jurídica de las Normas de Derecho Internacional. En R. Lara, & G. De Icaza, *Derecho Internacional Público*. México.
- Salgado, J. (2009). *Derechos de las personas y grupos de atención prioritaria en la Constitución Política del Ecuador*. Quito: Ediciones y publicaciones.
- San Juan, C., & Manly, M. (2004). *EL ASILO Y LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL*. San José: ACNUR.

- Santos, A. (2017). Las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. En E. José. Madrid: ISBN.
- Simon Campaña, F. (2010). Las garantías constitucionales a los derechos: las garantías genéricas y específicas. En M. d. Humanos, *Derechos y garantías de la niñez y adolescencia: Hacia la consolidación de la doctrina de protección integral* (pág. 488). Quito: V&M Gráficas.
- Simon, F. (2010). La institucionalidad efectiva en la protección de los derechos de la infancia y adolescencia. Quito.
- Verdross, A. (1982). *Derecho Internacional Público*. Madrid: Aguilar.

Fuentes Normativas

- ACNUR. (26 de Enero de 2007). *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*. Obtenido de <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7123.pdf>
- ACNUR. (2019). Obtenido de <https://www.acnur.org/es/datos-basicos.html>
- Asamblea Nacional. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Quito.
- Asamblea Nacional. (2017). *Ley Orgánica de Movilidad Humana*. Quito.
- Caso de las masacres de Ituango vs. Colombia (CIDH), sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C No. 148, párr. 244; (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2006).
- Código de la Infancia y Adolescencia (Colombia)*. (2006). Obtenido de https://www.oas.org/dil/esp/Codigo_de_la_Infancia_y_la_Adolescencia_Colombia.pdf
- Código de la Niñez y Adolescencia. (2003). Quito: Asamblea Nacional.
- Código de la Niñez y Adolescencia. (2003, Art. 11). Quito: Asamblea Nacional.
- Comite de los Derechos del Niño. Observación General N° 6* . (s.f.).
- Congreso Nacional. (1992). *Código de Menores*. Quito.
- Convención de los Derechos del Niño. (1989).
- Convención de Viena. (1969). *Derecho de los Tratados*. Viena.
- Convención sobre el Estatuto de los Refugiados . (1951). Washington.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1986). *Opinión Consultiva OC-6/86, La expresión "leyes"*.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. (28 de Agosto de 2002). *Opinión Consultiva OC-17/2002 CIDH*. Obtenido de <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1687.pdf>

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile, Serie C No. 239, Serie C No. 254 (CIDH 2012).

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. (1948). Bogotá.

Declaración de Cartagena sobre Refugiados. (1984). Cartagena.

Declaración Universal de los Derechos Humanos. (1948).

Naciones Unidas. (01 de Septiembre de 2005). *Naciones Unidas: OBSERVACIÓN GENERAL N° 6*. Obtenido de <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2005/3886.pdf>

Organización de las Naciones Unidas. (1945). San Francisco.

Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados. (1967). Nueva York.

Red de Derechos Humanos y Educación Superior. (2015). Obtenido de https://www.upf.edu/dhes-alfa/es/quees_dhes.html

Reunión Ministerial de los Estados Partes de la Convención de 1951 y/o el Protocolo de 1967. (2001).

Sentencia Exp. 2011-12458 de fecha 13 de septiembre de 2011 Sala Constitucional de Costa Rica. (2019). *Sala Constitucional de Costa Rica*. Obtenido de <https://www.poder-judicial.go.cr/salaconstitucional/index.php/component/phocadownload/category/116-c2011>

Anexos

Entrevista a una funcionaria de la Defensoría Pública del Ecuador, quien solicito mantener su identidad en reserva

1. ¿Cuáles son las principales obligaciones que establecen los tratados internacionales, la Constitución y la LOMH sobre la protección internacional de los NNA que solicitan refugio sin acompañamiento?

Respuesta: La protección internacional a aquellas personas en condición de vulnerabilidad, pero existe un subgrupo que son los NNA que deben tener una atención especial en virtud del principio del interés superior del niño, que exige que los Estados adecuen toda su normativa y políticas a los tratados internacionales con el fin de garantizar sus derechos, es por esto que la LOMH dispone que exista la representación legal de los NNA sin acompañamiento que solicitan refugio.

2. ¿Cuál es el programa o la política pública de atención de los NNA no acompañados que solicitan refugio y que instituciones estatales deben llevarlas a cabo?

Respuesta: Es muy difícil identificar una política pública, porque si bien la ley dice que los NNA deben estar representados a través de la Defensoría Pública en el procedimiento que se llevara a cabo en la Cancillería para otorgar el estatus de refugiado, pero no existe una coordinación institucional para desarrollar este mandato y tampoco hay la difusión de la materialización de los derechos de los migrantes.

3. ¿Cuál es la institución estatal que debe asumir la representación legal o tutoría de los NNA no acompañados que solicitan refugio en nuestro país?

Respuesta: La Ley dice que la Defensoría Pública

4. ¿Según su parecer la Defensoría Pública está cumpliendo adecuadamente el mandato del Art. 99 numeral 9 de la LOMH, en cuanto a representación legal o tutoría de los NNA sin acompañamiento que solicitan refugio en nuestro país?

Respuesta: La Ley no te especifica que es la representación legal que debe ejercer la Defensoría Pública, no está claro, dentro de la institución tampoco se ha definido que es esta representación, entonces se ha adaptado la representación legal que se ejerce porque netamente se presta servicios jurídicos gratuitos, pero no debería ser así, porque el mandato

está enfocado a NNA sin acompañamiento, pero en definitiva se está cumpliendo parcialmente.

5. ¿Está realmente cumpliendo el Estado ecuatoriano con las obligaciones internacionales adquiridas en materia de protección internacional de los NNA sin acompañamiento que se presentan solicitando el estatus de refugiados?

Respuesta: No está cumpliendo, porque no existe una institución que brinde un servicio integral, por un lado, esta defensoría pública que lleva la parte legal, Cancillería que realiza el proceso de otorgar la condición de refugiados y hay ONGS para su acogida, el Estado no garantiza a esta población sus derechos.

Entrevista a Ilaria Rápido funcionaria de ACNUR en Ecuador

1. ¿Cuáles son las principales obligaciones que establecen los tratados internacionales, la Constitución y la LOMH sobre la protección internacional de los NNA que solicitan refugio sin acompañamiento?

Respuesta: El ACNUR ha identificado a NNA no acompañados como un grupo vulnerable, al cual el Estado no le está prestando una atención adecuada, por poner un ejemplo no tienen acceso al sistema de educación, las autoridades no facilitan su vinculación al solicitar documentos con los que no cuentan por su condición de irregularidad, además debe darles acceso al país sin ningún tipo de restricción para reducir su grado de vulnerabilidad al entrar en protección de las autoridades.

2. ¿Cuál es el programa o la política pública de atención de los NNA no acompañados que solicitan refugio y que instituciones estatales deben llevarlas a cabo?

Respuesta: Los NNA requieren acompañamiento especializado para poder obtener su condición de refugio, en este sentido las instituciones son la Defensoría Pública, pero también esta ACNUR que trabaja conjuntamente con el MIES, Defensoría del Pueblo, una organización que se llama Hayas, Cancillería y el Ministerio del Interior.

3. ¿Cuál es la institución estatal que debe asumir la representación legal o tutoría de los NNA no acompañados que solicitan refugio en nuestro país?

Respuesta: La LOMH indica que es la Defensoría Pública la encargada de representar legalmente a los NNA sin acompañamiento que solicitan refugio, pero no especifica en qué condiciones y con qué procedimiento.

4. ¿Según su parecer la Defensoría Pública está cumpliendo adecuadamente el mandato del Art. 99 numeral 9 de la LOMH, en cuanto a representación legal o tutoría de los NNA sin acompañamiento que solicitan refugio en nuestro país?

Respuesta: Directamente no, porque la Defensoría Pública nunca ha llegado a sitios como la zona de Esmeraldas específicamente en San Lorenzo, donde existe una gran afluencia de NNA no acompañados o separados, que no tienen quien los represente no solo en el proceso de solicitud de refugio sino en ningún ámbito, aquí solo existe la presencia de ACNUR y ONGS que han empezado a colaborar con programas que en algo mitigue esta desatención, no existe un programa referente a niños, niñas o adolescentes no acompañados.

5. ¿Está realmente cumpliendo el Estado ecuatoriano con las obligaciones internacionales adquiridas en materia de protección internacional de los NNA sin acompañamiento que se presentan solicitando el estatus de refugiados?

Respuesta: Existe un alto nivel de reconocimiento de los derechos de las personas refugiadas, sin embargo, las políticas que se van implementando van cambiando, por ejemplo, los NNA sin acompañamiento deben acceder al territorio sin la necesidad de la visa humanitaria que actualmente exigen las autoridades estatales, por otro lado, los procesos para otorgar el refugio es muy estricto y complicado. La protección internacional está siendo insuficiente cuando se maneja una cifra de 60000 NNA que ingresaron al país, pero solo se presentaron 11000 solicitudes, es decir la mayoría están de forma irregular.

Entrevista al Catedrático Dr. Javier Arcentales experto del programa Andino de Derechos Humanos y Asesor de la Corte Constitucional

1. ¿Cuáles son las principales obligaciones que establecen los tratados internacionales, la Constitución y la LOMH sobre la protección internacional de los NNA que solicitan refugio sin acompañamiento?

Respuesta: La LOMH no responde a los parámetros constitucionales y de los instrumentos internacionales de derechos humanos, al no definir a los NNA no acompañados que solicitan refugio y a aquellos que no lo hacen y que se convierten en migrantes o simplemente que

están en tránsito, es decir no especifica el grado de protección que deben tener cada uno de estos grupos y cuál es la entidad encargada de su acompañamiento.

2. ¿Cómo se está aplicando la doctrina de la protección integral de los NNA, en los procesos de concesión del estatus de refugiado de los NNA sin acompañamiento?

Respuesta: A pesar de la intervención de las instituciones estatales, el ACNUR, ONGS y de las autoridades, no se logra obtener una adecuada protección integral de los NNA no acompañados, a pesar de lo que el Estado y la comunidad internacional han diseñado todo un sistema protector que no se cumple a cabalidad, puesto que existen muchos casos que no son detectados y aquellos que si los conocen, no los atienden con la prioridad que impone la normativa.

3. ¿Cuáles son los derechos que deben ser reconocidos y aplicados, cuando NNA sin acompañamiento, se presentan solicitando refugio en nuestro país?

Respuesta: Una de los primeros derechos que deben reconocerse es la credibilidad de la situación en la que se encuentran los NNA no acompañados, puesto que si no se parte del relato que realizan, como podría garantizarse sus demás derechos entre ellos el de acceder al refugio solicitado, sin embargo existe esta mala práctica de los funcionarios públicos que no creen en la versión de quienes solicitan refugio, por discriminación y falsos estereotipos.

4. ¿Cuál es la institución estatal que debe asumir la representación legal o tutoría de los NNA no acompañados que solicitan refugio en nuestro país?

La LOMH determina que es la Defensoría Pública pero debería abrirse la posibilidad de que las ONGs tengan la posibilidad de patrocinar a los NNA no acompañados que solicitan refugio, pero sin olvidar que esta es una obligación estatal desde todo punto de vista, por lo tanto siempre deberá poder garantizar el derecho a la defensa.

5. ¿Según su parecer la Defensoría Pública está cumpliendo adecuadamente el mandato del Art. 99 numeral 9 de la LOMH, en cuanto a representación legal o tutoría de los NNA sin acompañamiento que solicitan refugio en nuestro país?

Respuesta: Creo que ha habido un fuerte interés de quienes trabajan en la Defensoría Pública, por ejercer una representación legal adecuada de los NNA no acompañados, pero que tan

eficaces han sido sus actuaciones, realmente no podría decirlo a pesar de que se ha preparado a su personal y se ha destinado un departamento específico para este servicio.

6. ¿Está realmente cumpliendo el Estado ecuatoriano con las obligaciones internacionales adquiridas en materia de protección internacional de los NNA sin acompañamiento que se presentan solicitando el estatus de refugiados?

Respuesta: En general hay un muy limitado cumplimiento, puesto que el Estado se limita a declarar el estatus de refugiado, pero no brinda el acompañamiento para solucionar sus problemas y menos existe un seguimiento en torno al respeto de sus derechos, históricamente han asumido esta obligación las organizaciones internacionales y las ONGs, es decir no hay una política específica de tutela.

Entrevista a la Dra. María Fernanda Cevallos Directora de Protección Internacional del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio e Integración

1. ¿Cuáles son las principales obligaciones que establecen los tratados internacionales, la Constitución y la LOMH sobre la protección internacional de los NNA que solicitan refugio sin acompañamiento?

Respuesta: La Constitución del 2008 exige el efectivo acceso a derechos de todas las personas, en especial de este grupo especial de NNA, en la LOMH también está recogida la protección internacional que exige una atención pronta y adecuada de los Estados de acogida

2. ¿Cómo se está aplicando la doctrina de la protección integral de los NNA, en los procesos de concesión del estatus de refugiado de los NNA sin acompañamiento?

Respuesta: En el caso de los NNA en Cancillería hemos establecido un manual de procedimiento, es decir la respuesta es en base a una política de desconcentración, para que los funcionarios públicos den una misma respuesta a este grupo de atención prioritaria, posterior se contacta con la Defensoría Pública que ejerce la representación legal durante todo el procedimiento de calificación del estatus de refugio.

3. ¿Cuáles son los derechos que deben ser reconocidos y aplicados, cuando NNA sin acompañamiento, se presentan solicitando refugio en nuestro país?

Respuesta: Los derechos para los NNA están establecidos en la Constitución de la República y estos son el derecho a ser escuchado, a la no discriminación, el derecho a la justicia cuando

se lo pone en manos de la Defensoría Pública, el derecho a la salud con el acceso a atención médica y el derecho a la educación coordinando para que las instituciones educativas no soliciten documentos que no tienen estas personas.

4. ¿Cuál es el programa o la política pública de atención de los NNA no acompañados que solicitan refugio y que instituciones estatales deben llevarlas a cabo?

Respuesta: Los NNA necesitan que las instituciones del Estado estén coordinadas para que sus derechos puedan ser efectivos, sin embargo no hay una política atención pronta y adecuada.

5. ¿Cuál es la institución estatal que debe asumir la representación legal o tutoría de los NNA no acompañados que solicitan refugio en nuestro país?

Respuesta: Es la Defensoría Pública que se encuentra directamente enlazada con la Cancillería, para que los NNA no acompañados puedan tener una custodia y representación, pero se coordina también con el MIES para temas de acogida

6. ¿Según su parecer la Defensoría Pública está cumpliendo adecuadamente el mandato del Art. 99 numeral 9 de la LOMH, en cuanto a representación legal o tutoría de los NNA sin acompañamiento que solicitan refugio en nuestro país?

Respuesta: Diría que el esfuerzo que hace la Defensoría Pública es importante, sin embargo la carga de solicitudes que se presentan, rebaza el personal con que cuenta y por lo tanto la atención se vuelve insuficiente, es por esto que se está buscando un convenio interinstitucional con otros organismos del Estado para cubrir esta falencia.

7. ¿Está realmente cumpliendo el Estado ecuatoriano con las obligaciones internacionales adquiridas en materia de protección internacional de los NNA sin acompañamiento que se presentan solicitando el estatus de refugiados?

Respuesta: Si se está cumpliendo desde el Ministerio de Relaciones Exteriores al haber estandarizado los procesos, al haber desarrollado el manual de procedimiento y se ha aplicado capacitación para los funcionarios quienes se los orientan para brindar un acompañamiento personalizado, es decir se han dado pasos importantes, pero no es suficiente.