



**FACULTAD DE DERECHO**

**EL EFECTIVO ACCESO DE LOS REFUGIADOS A LAS ACCIONES  
JURISDICCIONALES DISPONIBLES EN EL ECUADOR**

**Trabajo de Titulación presentado en conformidad a los requisitos  
establecidos para optar por el Título de Abogado de los Tribunales y  
Juzgados de la República**

**Profesora guía**

**LL.M. Vanessa Montague**

**Autor**

**Cristhian Jair Trujillo Egas**

**Año**

**2014**

## **DECLARACIÓN PROFESOR GUÍA**

Declaro haber dirigido este trabajo a través de reuniones periódicas con el estudiante Cristhian Jair Trujillo Egas, orientando sus conocimientos y competencias para un eficiente desarrollo del tema escogido y dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación

---

Dra. Vanessa Estefania Montague James, LL.M.

C.C. 0919549410

## DECLARACIÓN AUTORIA DEL ESTUDIANTE

Declaro que este trabajo es original, de mi autoría, que se han citado las fuentes correspondientes y que en su ejecución se respetaron las disposiciones legales que protegen los derechos de autor vigentes.

---

Cristhian Jair Trujillo Egas

C.C. 1718816034

## **AGRADECIMIENTOS**

A Dios por proveerme de su bendición en cada instante de mi vida.

A mi padre por ser mi principal referente jurídico y ejemplo de dedicación.

A la Dra. Vanessa Montague por su precisa y acertada tutoría.

A la Defensoría del Pueblo por su valiosa ayuda.

A la UDLA, por haberme brindado una educación de tan alto nivel.

## **DEDICATORIA**

A mis amados padres Pablo y Nancy, por su inmensurable amor, bendiciones y consejos, inspiradores de mi superación.

A mi hermano Pablo, por su ayuda incondicional y desinteresada.

A mi novia Andrea Estefania, por su amor y aliento incesante.

A todos ellos porqué con sus consejos me demostraron que con constancia y dedicación puedo llegar a cumplir uno de mis objetivos de vida.

## RESUMEN

El presente trabajo de titulación, determina cuales son las acciones o garantías jurisdiccionales que las personas refugiadas pueden acceder a la administración de justicia de una manera más oportuna. Estas acciones se encuentran vinculadas directamente a los inconvenientes que sufren frecuentemente los solicitantes de refugio y refugiados en el Ecuador, ya sea por detenciones arbitrarias o ilegítimas, o por la vulneración de derechos humanos y constitucionales. Con la presente investigación se procura conocer como vienen actuando las juezas y los jueces que administran justicia, en las causas en que intervienen los refugiados. El conocimiento de las garantías jurisdiccionales y el papel del juez de garantías en el paradigma del Estado constitucional de derechos y justicia. Las acciones que vienen realizando los organismos de protección de los derechos humanos en procura de evitar la vulneración de los derechos de los refugiados, en casos de discriminación, de trato inhumano, detenciones ilegales, arbitrarias y otras. La difusión y promoción de los derechos que les asiste a este colectivo; la capacitación que se ha dado a los operadores de justicia, servidoras y servidores públicos que manejan estos temas y el rol de la sociedad civil. Se analizan casos reales de acciones de protección y Hábeas Corpus. Producto de la investigación realizada se ha determinado que la acción de protección y la de Hábeas Corpus, son las garantías jurisdiccionales más apropiadas para garantizar los derechos que les han sido privados a los refugiados. Se detecta la contraposición de leyes como la de Migración y Extranjería con la actual Constitución de la República, por lo que se formulan recomendaciones, en orden a que impere en el Ecuador el irrestricto respeto la vida, la libertad, la seguridad personal, supremos valores humanos en los que descansa el Estado.

Descriptores: Derechos Humanos, Refugiados, Acciones Jurisdiccionales.

## ABSTRACT

The present thesis determines the legal actions or guarantees that refugees are able to get in a determinate and opportune time in the Justice Court. Those actions are directly related to the drawbacks that refugees frequently go through in Ecuador, these might be related to arbitrary detentions & violation of human and constitutional rights. The main object of the present investigation is to analyze and truly comprehend the way judges act in issues related to refugees. The actions that ONGs have been developing in order to avoid the violation of refugees' humans rights, discrimination, violent actions against them, arbitrary detentions, etc. The promotion of all rights they have, the training that judges receive related to this topic and the role that the community has in those cases. Real cases related to protection and defense of refugees human rights have been analyzed including Hábeas Corpus, as a result of this investigation it's possible to determinate that the protection action and habeas corpus are the most appropriate legal guarantees to secure the rights that refugees have been disabled to get. It was possible to determine an opposition between migration and foreign laws therefore some recommendations are given in order to prevail the respect for life, liberty and human rights in Ecuador.

Describers: Human Rights, Refugees, Jurisdictional Actions.

# ÍNDICE

<b>1. CAPITULO I</b> .....	4
<b>Derechos de las personas refugiadas en el ordenamiento juridico ecuatoriano</b> .....	4
<b>1.1 Marco Constitucional</b> .....	4
1.1.1 La centralidad en la aplicación de los derechos, la jerarquía normativa de la Constitución. ....	4
1.1.2 La aplicación directa de las normas Constitucionales y la interpretación adecuada de las leyes a la luz de la norma fundamental. ....	8
<b>1.2 Instrumentos internacionales para la protección de los derechos de los refugiados</b> .....	15
1.2.1 Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados .....	15
1.2.2 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos .....	19
1.2.3 Opinión Consultiva OC-18/03, condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados.....	21
<b>1.3 Ley de Extranjería</b> .....	28
<b>1.4 Ley de Migración</b> .....	30
<b>2. CAPÍTULO II</b> .....	33
<b>Las Garantías Jurisdiccionales</b> .....	33
<b>2.1 El papel del Juez Constitucional en el paradigma del Estado Constitucional</b> .....	33
<b>2.2. La Acción de Protección</b> .....	45
2.2.1 Legitimación activa para el ejercicio de la Acción de Protección .....	48
2.2.2 Naturaleza y efectos de la Acción de Protección .....	49

2.2.3 El procedimiento en la Acción de Protección y presupuestos de admisibilidad. ....	50
<b>2.3 El Hábeas Corpus .....</b>	<b>53</b>
2.3.1 Competencia y ámbito para el conocimiento y resolución del Hábeas Corpus .....	57
<b>3. CAPÍTULO III .....</b>	<b>60</b>
<b>Análisis de sentencias de Acción de Protección y Hábeas Corpus emitidas por Jueces del Cantón Quito .....</b>	<b>60</b>
<b>3.1 Sentencia Acción de Protección emitida por el Juzgado Primero de la Niñez y Adolescencia de Pichincha en la causa No. 2653-09 .....</b>	<b>60</b>
3.1.1 Relación de los hechos .....	60
3.1.2 Argumentos del legitimado pasivo.....	64
3.1.3 Consideraciones del Juez de primera instancia .....	66
3.1.4 Análisis del caso.....	67
<b>3.2 Sentencia de Hábeas Corpus expedida por el Juzgado Tercero de Tránsito de Quito en la causa No. 2011-0355 .....</b>	<b>70</b>
3.2.1 Relación de los hechos .....	71
3.2.2 Argumentos del legitimado pasivo.....	78
3.2.3 Consideraciones del Juez de primera instancia .....	80
3.2.4 Análisis del caso.....	83
<b>4. CAPITULO IV .....</b>	<b>87</b>
<b>La función de promoción de Derechos Humanos de la Defensoría del Pueblo de Ecuador .....</b>	<b>87</b>
<b>4.1 Capacitación a Servidores Públicos .....</b>	<b>87</b>
<b>4.2 Capacitación a la Sociedad Civil .....</b>	<b>91</b>

<b>5. CAPÍTULO V</b> .....	95
<b>Conclusiones y recomendaciones</b> .....	95
<b>5.1 Conclusiones</b> .....	95
<b>5.2 Recomendaciones</b> .....	105
<b>REFERENCIAS:</b> .....	110
<b>ANEXOS:</b> .....	114

## INTRODUCCIÓN

El Ecuador tiene una gran tradición en la protección de asilados y refugiados, lo cual ha hecho que sea el destino elegible de ciudadanos que se han visto obligados a abandonar su país de origen, por persecución política, en el caso de los primeros; y, los segundos por temores fundados de persecución por motivos de raza, religión, nacionalidad, opinión política o pertenencia a un grupo social.

El Ecuador a partir del presente siglo, empieza a recibir un flujo importante y constante de personas extranjeras, particularmente de la República de Colombia, como así muestra las últimas estadísticas y censo, que se han visto obligados a salir de su país como consecuencia del denominado Plan Colombia, que intensificó el conflicto armado y un desplazamiento forzado interno.

En materia de refugiados y que es el tema del trabajo de titulación, la Constitución de la República de 2008 garantiza plenamente la protección de los derechos de los refugiados, acorde a los instrumentos internacionales suscritos; y, últimamente se ha reformado el Reglamento para aplicación en Ecuador del Derecho de Refugio, mediante Decreto Ejecutivo No. 1182 de 30 de mayo de 2012.

Sin embargo al existir normativa nacional como internacional, el acceso de los refugiados a las acciones jurisdiccionales requiere de mayor difusión e impulso, pues se percibe que la falta de conocimientos sobre la defensa de sus derechos, ha ocasionado que en algunos casos, son sometidos a procesos

innecesarios de deportación, con la consiguiente privación de su libertad, por más del tiempo previsto en la ley, como se advierte en un caso real de acción de Hábeas Corpus impulsado por la Defensoría del Pueblo. (Causa No. 2011-0355 que se analiza en el Capítulo II 2.3).

La libertad y seguridad personales, es un derecho básico que involucra un importante esquema de garantías, aplicables a toda forma de privación de la libertad. Precisamente, el Hábeas Corpus otorga el derecho a toda persona de recurrir ante una autoridad judicial a fin de que -sin demora- decida sobre la legalidad de la privación de su libertad.

Los casos prácticos que se analizan de Acción de Protección y Hábeas Corpus, son un referente muy importante con respecto al acceso de los refugiados a la administración de justicia, y cómo interactúan los operadores de justicia.

Como parte de la investigación efectuada se plantea la necesidad de difundir y aplicar los derechos que les asiste a este colectivo, que por su vulnerabilidad son presa fácil de abusos, tratos inhumanos, discriminación. En este marco, se ha dirigido varios oficios a instituciones del Estado involucradas en el tema, requiriendo información, con el propósito de dar cumplimiento a los objetivos trazados dentro de ésta investigación, que se adjuntan al trabajo de titulación con las respectivas respuestas.

Se propone la necesidad de una reforma a la Ley de Migración y de Extranjería, por cuanto no guardan conformidad con la norma suprema, las cuales generan confusión, a la hora de aplicar los derechos de los refugiados.

Con respecto a la metodología seguida, el presente trabajo de titulación cumple en su totalidad con las normas obligatorias y formalidades exigidas de formato.

El presente estudio se desarrolla de la siguiente manera: Parte del análisis del marco constitucional; de los instrumentos internacionales para la protección de los derechos de los refugiados. Se analiza sentencias dictadas por juezas y jueces de la Función Judicial; el papel de la Defensoría del Pueblo en la promoción de los Derechos Humanos en la aplicación de las normativa que rige para los ciudadanos refugiados. El trabajo concluye a manera de corolario, con un Capítulo de Conclusiones y Recomendaciones.

Si bien el tema objeto de estudio se refiere exclusivamente a la institución del refugio, se considera importante conocer lo que se entiende por deportación y extradición.

La deportación procede contra todo extranjero sujeto al fuero territorial que permaneciere en el país y se halle incurso en algunos de los casos de deportación contemplados en la Ley de Migración. Se podría decir que es un acto soberano y discrecional de un Estado, el aceptar la permanencia de un extranjero en su país.

La extradición, se produce cuando un país solicita a otro, entregue a un ciudadano que se presume se encuentra en el país (extranjero), contra quien se ha librado una orden de detención o sentencia ejecutoriada, para que sea juzgado o pague la pena en el Estado requirente. Opera cuando existen convenios entre los Estados sobre la materia, o bajo el principio de reciprocidad.

## CAPITULO I

# DERECHOS DE LAS PERSONAS REFUGIADAS EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO ECUATORIANO

## 1.1 MARCO CONSTITUCIONAL

### 1.1.1 LA CENTRALIDAD EN LA APLICACIÓN DE LOS DERECHOS, LA JERARQUÍA NORMATIVA DE LA CONSTITUCIÓN.

La Constitución de la República del Ecuador expedida en el año 2008, pasó a ser una norma garantista de derechos, es por eso que con el denominado Neo Constitucionalismo prima lo justo sobre lo legal.

Si bien no hay una definición precisa de lo que significa el Neo Constitucionalismo, el tratadista Luigi Ferrajoli lo define como *"un cambio de paradigma relacionado con la validez y legitimación sustancial de las normas. Es decir, una norma no será válida por el simple hecho de haber sido creada por el parlamento, sino también por lo que esta misma dice, es decir, por su contenido, condicionado de igual manera por normas superiores, esto es, los derechos fundamentales consagrados en los textos constitucionales"*. (Ferrajoli, 2004, p. 280).

Antes de que entre en vigencia la Constitución de la República del año 2008, el Ecuador era un Estado de Derecho, transformándose con la actual Norma

Suprema en un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, lo que significa que todo poder público y privado, están sometidos a los Derechos.

El doctor Ramiro Ávila Santamaría en su obra *El Neoconstitucionalismo Transformador – El Estado y el Derecho en la Constitución de 2008*, manifiesta: *“(...) en el Estado de Derechos, los derechos, que son creaciones y reivindicaciones históricas, anteriores y superiores al Estado, someten y limitan a todos los poderes incluso al constituyente (...)”*(Ávila, 2011, p. 122); lo que implica que en el Estado Constitucional de Derechos, la Constitución no solamente busca garantizar los derechos de las personas, sino también una adecuada administración de justicia, teniendo en cuenta como premisa la igualdad y la equidad.

En cambio, si se hace una comparación con el Estado de Derecho, a decir del doctor Julio César Trujillo, se caracteriza *“por el reconocimiento de derechos de los gobernados anteriores al Estado; por el establecimiento de garantías de que los gobernados pueden hacer uso para defender esos derechos cuando fueren conculcados; por la existencia de órganos investidos de facultades que no pueden ejercerlas sino dentro de los límites y de acuerdo con los procedimientos prescritos en el derecho”*. (Trujillo, 1994, p. 55). En este tipo de Estado, la actuación de la administración pública se subordina únicamente a lo prescrito por la Ley, por tanto no se toma en cuenta la proporcionalidad entre la sanción y la pena a imputarse a los particulares.

En consecuencia, en el Estado de Derechos y Justicia, la Ley escrita ya no es la única y primordial fuente del Derecho; si no más bien el Estado Constitucional de Derechos es la suma de sistemas jurídicos, lo cual se conoce como “pluralidad jurídica”.

Otro tema muy importante por discutir es, la Centralidad de Derechos en la Constitución, en la cual se evidencia que el Estado ecuatoriano reconoce, promueve y garantiza los derechos establecidos en su Carta Magna, por ser la norma suprema del Estado.

La Constitución tiene una parte dogmática y otra orgánica. La parte dogmática es aquella que establece principios; y, la parte orgánica determina la organización del Estado, distribuye sus funciones, declara los derechos y deberes del ciudadano o ciudadana con el Estado, y viceversa.

Sobre lo expresado, Ramiro Ávila Santamaría en su obra el Neoconstitucionalismo Transformador señala: "*La parte que se conoce como dogmática cobra protagonismo en relación a la parte orgánica y en relación al sistema jurídico. La parte orgánica debe adecuarse a cumplir los derechos y el sistema jurídico debe adecuarse a la parte dogmática de la Constitución.*" (Ávila, 2011, p. 135).

Es por ello que todos los principios y derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía (Art. 11 numeral 6 Constitución de la República, 2008). Al hablar de dichos derechos se está refiriendo a Derechos Humanos, los cuales son inherentes a todo ser humano y son objeto de protección jurídica, los mismos que con el paso del tiempo han ido evolucionando.

Los Derechos Humanos se caracterizan por ser inviolables, irrenunciables, inalienables e ilimitados, siempre y cuando estos no violenten derechos de terceros.

Conforme establece la Constitución del Ecuador, el Estado está obligado a:

1. Garantizar sin discriminación el efectivo goce de los derechos. (Artículo 3 numeral 1).
2. Respetar y hacer respetar los derechos.(Artículo 11 numeral 9).
3. Adecuar formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. (Artículo 84).

Es importante resaltar que la Constitución de la República es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico interno o nacional; así lo dispone en su artículo 424 inciso primero cuando dice: “*Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica.*” (Constitución de la República).

De acuerdo al ordenamiento jurídico ecuatoriano, “*El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: 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.*” (Art. 425 Constitución de la República).

Al respecto, la conocida teoría de la pirámide jurídica de Hans Kelsen señala que la Constitución es la norma positiva de mayor jerarquía, la misma que se encuentra en la cúspide de dicha pirámide, que está sobre leyes orgánicas,

leyes especiales, leyes ordinarias, decretos leyes y reglamentos.

Como se puede apreciar, la Constitución jerárquicamente prevalece sobre tratados y convenios internacionales, leyes orgánicas, especiales, ordinarias, etc.; empero, cuando se trata de derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecen sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público, como así lo prevé el artículo 424 inciso segundo, es decir, en el caso de que algún derecho que se establezca en un tratado internacional, sea más favorable al contenido en la Constitución, prevalecerá sobre ésta; principio pro ser humano.

Para un mejor entender, es preciso citar el artículo 27 de la Convención de Viena de 1969, sobre el derecho de los tratados, a la cual se adhirió el Ecuador el 18 de julio de 2003, cuyo instrumento internacional, para el caso que nos ocupa, señala: *“Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado...”*.

### **1.1.2 LA APLICACIÓN DIRECTA DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES Y LA INTERPRETACIÓN ADECUADA DE LAS LEYES A LA LUZ DE LA NORMA FUNDAMENTAL.**

El Ecuador, mediante Decreto Ejecutivo No. 3301 de 06 de mayo de 1992, expidió el Estatuto de los Refugiados, reformado por Decreto Ejecutivo 1635, de 25 de marzo de 2009.

Con Decreto Ejecutivo No. 1182 de 30 de mayo de 2012 se expidió el

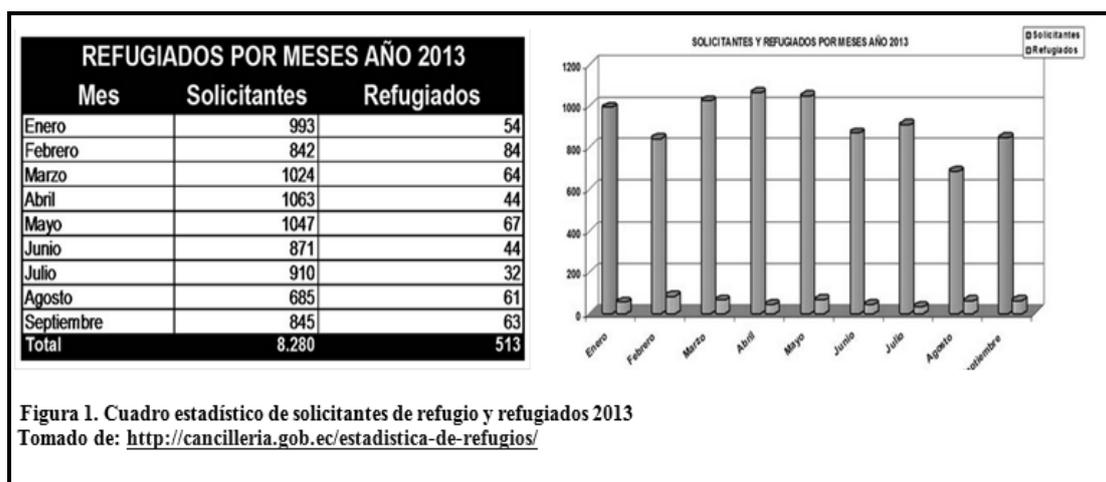
Reglamento para aplicación en Ecuador del Derecho de Refugio, el cual derogó expresamente los Decretos Ejecutivos Nos. 3301 y 1635, de 06 de mayo de 1992 y 25 de marzo de 2009, en su orden.

El mentado reglamento para aplicación en Ecuador del Derecho de Refugio, acoge las disposiciones y principios de la Convención de Ginebra de 1951, como por ejemplo el Principio de no Devolución, cuyo tema se tratará posteriormente, con la importancia que amerita dicho principio, por cuanto precautela la integridad de los ciudadanos refugiados.

Dicho Reglamento, entre otras cosas, regula el procedimiento para la determinación de la condición de refugiado en el Ecuador, señalándose como plazo el de quince días para que los interesados que lleguen al país presenten la solicitud de reconocimiento.

Según recoge las noticias del diario “El Universo” de 28 de mayo de 2013, respecto al plazo que fija el Decreto Ejecutivo No. 1182, el representante de ACNUR en Ecuador, John Fredrickson, ha manifestado su preocupación, pues considera que podría crearse una situación de invisibilidad y clandestinidad. La misma nota periodística menciona que para la organización *Human Rights Watch*, el Decreto sobre procedimientos de asilo viola garantías básicas y que el país debería “*respetar plenamente los derechos de los refugiados*”. “*El Gobierno tiene derecho a regular quien puede permanecer en el país, pero las solicitudes de las personas que piden asilo deberían analizarse de manera justa*”, concluye expresando, se vuelve cada vez más difícil solicitar asilo.

De las estadísticas del Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, en el año 2013, hasta el mes de septiembre, se han receptado 8280 solicitudes de refugio, de las cuales han sido reconocidas 513, por lo que se considera que el plazo señalado para el efecto no ha dificultado su presentación.



La Carta Magna contempla varias normas respecto a los derechos y obligaciones de las personas extranjeras que se encuentren en el territorio ecuatoriano; entre las cuales es necesario mencionar:

*"Las personas extranjeras que se encuentren en el territorio ecuatoriano tendrán los mismos derechos y deberes que las ecuatorianas, de acuerdo con la Constitución". (Artículo 9)*

El artículo enunciado, garantiza el efectivo acceso a la justicia a todos y todas las personas que se encuentren en territorio ecuatoriano, sin distinción de raza, sexo, nacionalidad, filiación política, etc.

La disposición contenida en el artículo 11 numeral 2 ibídem, manda: "*Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación...*"; concomitantemente, el número 3 del mismo artículo señala: "*Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte*".

El derecho de asilo y refugio se halla contemplado en el artículo 41 de la Constitución de la República del Ecuador que expresa "*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*".

Para una mejor comprensión, se entiende por:

**a) Asilado** al individuo que ingresa a un Estado receptor, con el ánimo de permanecer y establecerse en el indefinidamente, por motivos de persecución

política o religiosa individual y directa. El ingreso no es territorial propiamente dicho, si no que generalmente se lo hace a través de los funcionarios del Servicio Exterior.

**b) Refugiado** a toda persona que se encuentra fuera de su país de origen y que no puede regresar a él, como consecuencia de un temor fundado de persecución por motivo de raza, religión o nacionalidad, por sus opiniones políticas o su pertenencia a un grupo social.

**c) Exiliado** al individuo que por razones políticas voluntarias o forzadas debe separarse de su país de origen.

De las definiciones antes mencionadas, se determina que la diferencia fundamental entre refugiado y asilado, está en el hecho de que el refugiado no es un perseguido político, por el contrario la persona que quiera acogerse al derecho de asilo necesariamente deberá justificar que por ejercer la política está siendo acosado por el gobierno.

La diferencia entre exiliado y asilado es que, el primero abandona su país de origen voluntaria o forzadamente por temas políticos; y, el segundo se da cuando un Estado otorga protección a una persona que abandonó su país de origen.

Retomando el análisis constitucional, el artículo 11 número 4 expresa:

*"Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las*

*garantías constitucionales"*, con lo cual se recalca que los derechos constitucionales prevalecen sobre cualquier otra norma jurídica escrita.

La Constitución de la República al referirse y garantizar el principio de no devolución, lo hace porque forma parte del Derecho Internacional Consuetudinario "*ius cogens*", y al ser imperativo es vinculante para todos los Estados, sean estos o no parte de la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, ratificado por el Ecuador el 17 de agosto de 1955.

En el artículo 33 número 1 del Estatuto de la Convención, prohíbe expresamente la expulsión o devolución, al disponer: "*Ninguno de los Estados Contratantes expulsará o devolverá, de cualquier manera que sea, a un refugiado a las fronteras de territorios en los que su vida o libertad estaría amenazada por su raza, su religión, su nacionalidad, su pertenencia a determinado grupo social o por opiniones políticas*".

Dentro de este contexto se deduce que las personas que se encuentren como solicitantes de refugio o con el reconocimiento del Estatuto de Refugiados, no pueden ser desplazados arbitrariamente ya que se encuentran amparados por la Constitución de la República del Ecuador y por la Convención de Ginebra de 1951, siendo obligación del Estado darles protección y asistencia humanitaria, que asegure el acceso a la alimentación, alojamiento, vivienda, servicios médicos y sanitarios.

No obstante de que se cuenta con la suficiente normativa para su aplicación directa en el país de los derechos que les asisten a las personas que ingresan y se encuentran en el Ecuador, ya sea como solicitantes de refugio o

debidamente reconocidos como tales, no se puede dejar de enunciar casos de discriminación de los cuales han sido objeto por su condición migratoria.

El periódico “El Comercio” de fecha 15 de junio de 2012, como consecuencia de celebrarse el día del refugiado, publicó notas periodísticas como “El refugiado no tiene trabajo formal” en la misma que se entrevistan a personas que se encuentran como refugiados, quienes señalan la dificultad que tienen para conseguir un trabajo formal por su condición de refugiados. La nota de prensa señala que según el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), el trabajador refugiado debe recibir una remuneración conforme a la ley de trabajo. Que en Ecuador hay 56.000 refugiados; de éstos 54.880 son colombianos, que representa el porcentaje del 98%.

En el informe sobre resultados del año 2012, el ACNUR ha indicado que los refugiados en el Ecuador sufren altos niveles de discriminación, precisando que principalmente se les asocia con la violencia y el narcotráfico, lo cual daría a entender de que en el país no se está aplicando directa y eficazmente los principios y derechos constitucionales que les asiste a este colectivo. Corresponde a los órganos públicos, privados y de la sociedad civil, tomen conciencia de estos hechos, con el propósito de evitar el cometimiento de actos discriminatorios.

## 1.2 INSTRUMENTOS INTERNACIONALES PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS REFUGIADOS

### 1.2.1 CONVENCIÓN DE GINEBRA DE 1951 SOBRE EL ESTATUTO DE LOS REFUGIADOS

La Convención referente al Estatuto de los Refugiados, fue patrocinada por una Conferencia de Plenipotenciarios de la Naciones Unidas el 28 de julio de 1951 y entró en vigencia el 21 de abril de 1954.

La referida Convención consideró conveniente revisar y codificar los acuerdos internacionales referentes al estatuto de los refugiados y a su vez ampliar un nuevo acuerdo para la protección de los mismos; y, el deseo que los Estados tenían de reconocer el carácter social y humanitario al problema de los refugiados. (Preámbulo Convención de Ginebra, 1951).

En tal Convención se establece que un refugiado es aquel que *“...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”*. (Art. 1 A. 2 Convención de Ginebra, 1951)

Por tanto, los extranjeros que presentan una petición en demanda de la

protección internacional de un país que no es el suyo, lo hace con el fin de proteger la vida, la integridad física propia y la de sus dependientes.

Cabe señalar que la principal institución que protege y vigila los derechos de los refugiados, es el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), que tiene como propósito brindar asistencia a los refugiados en el mundo y encontrar soluciones que perduren en el tiempo.

La Convención de Ginebra de 1951, también prevé causales por las cuales puede cesar la protección otorgada por este instrumento internacional, entre las que consta:

- 1) *Si se ha acogido de nuevo, voluntariamente, a la protección del país de su nacionalidad; o*
- 2) *Si, habiendo perdido su nacionalidad, la ha recobrado voluntariamente, o*
- 3) *Si ha adquirido una nueva nacionalidad y disfruta de la protección del país de su nueva nacionalidad; o*
- 4) *Si voluntariamente se ha establecido de nuevo en el país que había abandonado o fuera del cual había permanecido por temor a ser perseguida; o*
- 5) *Si, por haber desaparecido las circunstancias en virtud de las cuales fue reconocida como refugiada, no puede continuar negándose a acogerse a la protección del país de su nacionalidad...*
- 6) *Si se trata de una persona que no tiene nacionalidad, y por haber desaparecido las circunstancias en virtud de las cuales fue reconocida como refugiada, está en condiciones de regresar al país donde antes tenía su residencia habitual..."* (Convención de Ginebra, 1951)

Tal como lo manifiesta la Convención, estas disposiciones no son aplicables para los refugiados comprendidos en el párrafo 1 de la sección A del artículo 1 de la Convención de Ginebra “...*en razón de que puedan invocar, para negarse acogerse a la protección del país donde tenían su residencia habitual, razones imperiosas derivadas de persecuciones anteriores*”. (Convención de Ginebra, 1951)

Además dispone que esta Convención no es aplicable para las personas que gocen de protección por otro organismo distinto al del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados.

Igualmente no pueden acceder a dicha protección, las personas que han cometido crímenes internacionales, para lo cual se requerirá exista una sentencia judicial debidamente ejecutoriada. El artículo 1 literal f) de la Convención de Ginebra de 1951 menciona que no serán aplicables las disposiciones de esta Convención en los siguientes casos:

*“(a) que han 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 los actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas.”* Esta disposición se establece frente a todo acto terrorista que atente contra la paz y seguridad mundial.

No se ha creído pertinente explicar sobre los literales a) y b), por su fácil comprensión.

El artículo 2 alude a las obligaciones que deben cumplir los refugiados en el país receptor, cuando dice: *“todo refugiado tiene, respecto del país donde se encuentra, deberes que, en especial, entrañan la obligación de acatar sus leyes y reglamentos...”*.

El artículo 3 de la misma, prohíbe la discriminación por motivos de raza, religión o país de origen; y, el artículo 4 establece que *“Los estados contratantes otorgarán a los refugiados que se encuentren en su territorio un trato por lo menos tan favorable como el otorgado a sus nacionales en cuanto a la libertad de practicar su religión y en cuanto a la libertad de instrucción religiosa de sus hijos”* (Convención de Ginebra, 1951).

Al respecto, la Constitución de la República del Ecuador, guarda conformidad con lo señalado en el referido instrumento internacional, al disponer en el artículo 66 número 8, la garantía de practicar y profesar su religión en público y privado.

En torno al efectivo acceso de los refugiados a las acciones jurisdiccionales disponibles en el Ecuador, objeto de la presente investigación, la Convención de Ginebra en su artículo 16, dispone:

*“1. En el territorio de los Estados Contratantes; todo refugiado tendrá libre acceso a los tribunales de justicia.*

2. *En el Estado Contratante donde tenga su residencia habitual, todo refugiado recibirá el mismo trato que un nacional, en cuanto al acceso a los tribunales, incluso la asistencia judicial y la exención de la caución judicatum solvi.*

3. *En los Estados Contratantes distintos de aquel en que tenga su residencia habitual, y en cuanto a las cuestiones a que se refiere el párrafo 2, todo refugiado recibirá el mismo trato que un nacional del país en el cual tenga su residencia habitual.”* (Convención de Ginebra, 1951)

Por lo citado se encuentra que el acceso a la administración de justicia por parte de los ciudadanos refugiados, se encuentra regulada por la misma Convención de Ginebra de 1951. Sin embargo, en la práctica existe un bajo porcentaje de acceso a la justicia por parte de este grupo de personas, muchos de los cuales seguramente no lo hacen por su condición migratoria, por el temor a ser deportados, por desconocimiento de sus derechos y lamentablemente también por el grado de xenofobia y discriminación que sufren, particularmente los Colombianos, a quienes en muchos casos se les asocia con la delincuencia.

Por su parte, el Código de Derecho Internacional Privado Sánchez de Bustamante, señala: *"Los extranjeros que pertenezcan a cualesquiera de los Estados contratantes gozan, en el territorio de los demás, de los mismos derechos civiles que se concedan a los nacionales..."* (Artículo 1 Código de Derecho Internacional Privado Sánchez de Bustamante, 2005).

### **1.2.2 PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS**

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos entró en vigor el 23 de

marzo de 1976, y fue dado considerando los principios que se encuentran en la Carta de las Naciones Unidas, como son la libertad, la igualdad y la paz inherentes a todos los seres humanos; así, precautela los derechos que tienen todos y todas las personas.

Por tal efecto y siguiendo la línea matriz de esta investigación, se ha creído adecuado citar el artículo 2 número 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que dice: *“Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”*.

Con ello se afianza la protección que deben dar los países a las personas que se encuentren en su territorio; además recalca que no debe existir ningún tipo de distinción y, específicamente al tema que se desarrolla, por su origen de nacimiento.

Acerca de la administración de justicia, el Pacto prevé en su artículo 2 numeral 3 literal a), que cada uno de los Estados Partes se comprometen a garantizar, entre otras, que *“Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales”*.

De lo expuesto se deduce que los ciudadanos refugiados en el ámbito

jurisdiccional, se encuentran protegidos y tienen toda la potestad de recurrir a las acciones que creyeren pertinentes, cuando consideren que sus derechos y garantías constitucionales han sido violadas.

En general, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, protege las libertades individuales inherentes de cada persona.

### **1.2.3 OPINIÓN CONSULTIVA OC-18/03, CONDICIÓN JURÍDICA Y DERECHOS DE LOS MIGRANTES INDOCUMENTADOS.**

El 10 de mayo de 2002 los Estados Unidos Mexicanos, con sustento en el artículo 64.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, conocida también como Pacto de San José, requirió a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, una opinión consultiva sobre “ (...) *la privación del goce y ejercicio de ciertos derechos laborales a los trabajadores migrantes y su compatibilidad con la obligación de los Estados americanos de garantizar los principios de igualdad jurídica, no discriminación y protección igualitaria y efectiva de la ley consagrados en instrumentos internacionales de protección a los derechos humanos; así como con la subordinación o condicionamiento de la observancia de las obligaciones impuestas por el derecho internacional de los derechos humanos, incluidas aquellas oponibles erga omnes, frente a la consecución de ciertos objetivos de política interna de un Estado americano*”. (Consulta de los Estados Unidos Mexicanos, 2002).

Entre las consideraciones que México puso a conocimiento de la Corte y que motivó la consulta fue que, “*Los trabajadores migratorios, al igual que el resto de las personas, deben tener garantizado el goce y ejercicio de los derechos*

*humanos en los Estados donde residen. Sin embargo, su vulnerabilidad los hace blanco fácil de violaciones a sus derechos humanos, basadas especialmente en criterios de discriminación y, en consecuencia, los coloca en una situación de desigualdad ante la ley en cuanto [a]l goce y ejercicio efectivos de estos derechos.”.*

([://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_18\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf) recuperado 09 de marzo de 2013).

A México le preocupaba la diferencia que existe en las leyes de algunos Estados de la región que están bajo el sistema de la OEA, es por eso que consideró que algunas leyes niegan derechos laborales basados en criterios de discriminación, por la condición jurídica migratoria de los trabajadores indocumentados.

La normativa expuesta por México, que sustenta su petición, se detalla a continuación:

- 1.- Artículos 3.1 y 17 de la Carta de la Organización de Estados Americanos.
- 2.- Artículo II “Derecho de igualdad ante la Ley” de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.
- 3.- Artículo 1.1 “Obligación de Respetar los Derechos”; Artículo 2 “Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno”; Artículo 24 “Igualdad ante la Ley” de la Convención Americana.
- 4.- Artículos 1, 2.1 y 7 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.
- 5.- Artículos 2.1, 2.2, 5.2 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y

Políticos.

Las preguntas materia de la consulta que realizó México son las siguientes:

*“1) ¿Puede un Estado americano, en relación con su legislación laboral, establecer un trato perjudicialmente distinto para los trabajadores migratorios indocumentados en cuanto al goce de sus derechos laborales respecto de los residentes legales o los ciudadanos, en el sentido de que dicha condición migratoria de los trabajadores impide per se el goce de tales derechos?*

*2.1) Los artículos 2, párrafo 1 de la Declaración Universal y II de la Declaración Americana y los artículos 2 y 26 del Pacto [Internacional de Derechos Civiles y Políticos], así como 1 y 24 de la Convención Americana, ¿deben interpretarse en el sentido de que la legal estancia de las personas en el territorio de un Estado americano es condición necesaria para que dicho Estado respete y garantice los derechos y libertades reconocidos en dichas disposiciones a las personas sujetas a su jurisdicción?*

*2.2) A la luz de las disposiciones citadas en la pregunta anterior[,] ¿puede considerarse que la privación de uno o más derechos laborales, tomando como fundamento de tal privación la condición indocumentada de un trabajador migratorio, es compatible con los deberes de un Estado americano de garantizar la no discriminación y la protección igualitaria y efectiva de la ley que le imponen las disposiciones mencionadas?. Con fundamento en el artículo 2, párrafos 1 y 2 y en el artículo 5, párrafo 2, [ambos] del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.*

3) *¿Cuál sería la validez de la interpretación por parte de un Estado americano en el sentido de subordinar o condicionar de cualquier forma la observancia de los derechos humanos fundamentales, incluyendo el derecho a la igualdad ante la ley y a la igual y efectiva protección de la misma sin discriminación, a la consecución de objetivos de política migratoria contenidos en sus leyes, independientemente de la jerarquía que el derecho interno atribuya a tales leyes, frente a las obligaciones internacionales derivadas del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de otras obligaciones del derecho internacional de los derechos humanos oponibles erga omnes?*

*Habida cuenta del desarrollo progresivo del derecho internacional de los derechos humanos y su codificación, en especial a través de las disposiciones invocadas de los instrumentos mencionados en la presente solicitud.*

4) *¿Qué carácter tienen hoy el principio de no discriminación y el derecho a la protección igualitaria y efectiva de la ley en la jerarquía normativa que establece el derecho internacional general, y en ese contexto, pueden considerarse como la expresión de normas de ius cogens? Si la respuesta a esta pregunta resultase afirmativa, ¿qué efectos jurídicos se derivan para los Estados miembros de la OEA, individual y colectivamente, en el marco de la obligación general de respetar y garantizar, conforme al artículo 2 párrafo 1 del Pacto [Internacional de Derechos Civiles y Políticos], el cumplimiento de los derechos humanos a que se refieren el artículo 3, inciso (I) y el artículo 17 de la Carta de la OEA?"*

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en atención a la Opinión Consultiva realizada por México, por unanimidad, determinó lo siguiente:

*"1. Que los Estados tienen la obligación general de respetar y garantizar los*

*derechos fundamentales. Con este propósito deben adoptar medidas positivas, evitar tomar iniciativas que limiten o conculquen un derecho fundamental, y suprimir las medidas y prácticas que restrinjan o vulneren un derecho fundamental.*

*2. Que el incumplimiento por el Estado, mediante cualquier tratamiento discriminatorio, de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, le genera responsabilidad internacional.*

*3. Que el principio de igualdad y no discriminación posee un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos tanto en el derecho internacional como en el interno.*

*4. Que el principio fundamental de igualdad y no discriminación forma parte del derecho internacional general, en cuanto es aplicable a todo Estado, independientemente de que sea parte o no en determinado tratado internacional. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del jus cogens.*

*5. Que el principio fundamental de igualdad y no discriminación, revestido de carácter imperativo, acarrea obligaciones erga omnes de protección, que vinculan a todos los Estados y generan efectos con respecto a terceros, inclusive particulares.*

*6. Que la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos*

*vincula a los Estados, independientemente de cualquier circunstancia o consideración, inclusive el estatus migratorio de las personas.*

*7. Que el derecho al debido proceso legal debe ser reconocido en el marco de las garantías mínimas que se deben brindar a todo migrante, independientemente de su estatus migratorio. El amplio alcance de la intangibilidad del debido proceso comprende todas las materias y todas las personas, sin discriminación alguna.*

*8. Que la calidad migratoria de una persona no puede constituir una justificación para privarla del goce y ejercicio de sus derechos humanos, entre ellos los de carácter laboral. El migrante, al asumir una relación de trabajo, adquiere derechos por ser trabajador, que deben ser reconocidos y garantizados, independientemente de su situación regular o irregular en el Estado de empleo. Estos derechos son consecuencia de la relación laboral.*

*9. Que el Estado tiene la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos laborales de todos los trabajadores, independientemente de su condición de nacionales o extranjeros, y no tolerar situaciones de discriminación en perjuicio de éstos, en las relaciones laborales que se establezcan entre particulares (empleador-trabajador). El Estado no debe permitir que los empleadores privados violen los derechos de los trabajadores, ni que la relación contractual vulnere los estándares mínimos internacionales.*

*10. Que los trabajadores, al ser titulares de los derechos laborales, deben contar con todos los medios adecuados para ejercerlos. Los trabajadores migrantes indocumentados poseen los mismos derechos laborales que*

*corresponden a los demás trabajadores del Estado de empleo, y este último debe tomar todas las medidas necesarias para que así se reconozca y se cumpla en la práctica.*

*11. Que los Estados no pueden subordinar o condicionar la observancia del principio de la igualdad ante la ley y la no discriminación a la consecución de los objetivos de sus políticas públicas, cualesquiera que sean éstas, incluidas las de carácter migratorio”.*

(<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2194/35.pdf>recuperado a 09 de marzo de 2013).

Es imperioso mencionar que la absolución de la consulta realizada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a petición de México, lo hace en salvaguardia de los Derechos Humanos de las personas que se encuentran en una condición migratoria irregular, teniendo en cuenta su situación y exaltando el principio de no discriminación y garantizando sobre todo el principio de igualdad.

La mencionada absolución de consulta se considera un referente para la aplicación de los derechos laborales en el Ecuador, en favor de las personas refugiadas; más aún si se considera que la Constitución de la República ecuatoriana, garantiza la igualdad de derechos y deberes de nacionales y extranjeros, para poder ejercer empleos remunerados, trabajos por cuenta propia y profesiones liberales, en las mismas circunstancias y oportunidades.

### 1.3 LEY DE EXTRANJERÍA

La Ley de Extranjería vigente en el Ecuador, fue publicada en el Registro Oficial No. 454 de 04 de noviembre de 2004, y tiene como objetivo regular la situación de los extranjeros en el país, a través de modalidades y calidades de inmigración.

Al igual que la Constitución de la República del Ecuador, la Ley de Extranjería ratifica que tanto nacionales como extranjeros gozan de los mismos derechos y oportunidades.

De acuerdo a Ley citada, para que un extranjero sea admitido en el país en calidad de inmigrante o no inmigrante, con excepción de los transeúntes, que son aquellos que están de tránsito o de paso por el país, requieren estar provistos de una visa otorgada por el funcionario competente del servicio exterior ecuatoriano.

La Ley de Extranjería prevé dos categorías de inmigración. La de inmigrante y la de no inmigrante.

Se conoce como **inmigrante** a todo extranjero que se interna legal y condicionalmente en el país, con el propósito de radicarse y desarrollar las actividades detalladas en el artículo 9 de la Ley de Extranjería.

Se considera **no inmigrante** a todo extranjero con domicilio en otro Estado que

se interna legal y condicionalmente en el país, sin ánimo de radicarse y con los motivos que se determinan en el artículo 12 del citado cuerpo legal.

Es así que las calidades de inmigración contempladas en la Ley de Extranjería son la IX y la XII, cada una de ellas con sus respectivas sub categorías.

Refiriéndonos al tema que nos atañe, es preciso citar a la categoría de Visa XII-4 que se otorga a "*Personas desplazadas como consecuencia de guerras o de persecuciones políticas en su país de origen, para proteger su vida o libertad, y sus familiares más cercanos.*". Este tipo de Visa es otorgada a los ciudadanos que se les ha reconocido la calidad de refugiado en el Ecuador, previo el cumplimiento del procedimiento establecido en el "Reglamento para aplicación en Ecuador del Derecho de Refugio". (Ley de Extranjería, 2004).

Se estima que la categoría de Visa en mención, no se adecua a los presupuestos que determina la institución del refugio, por cuanto no se refiere a casos de persecución por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social; sin embargo, a falta de norma expresa las autoridades de extranjería lo vienen aplicando para los refugiados como un documento que les permita identificarse con una condición migratoria en el país.

Según el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, el Ecuador a nivel de Sudamérica es el Estado que más importancia ha dado a este grupo y ha acogido a un sinnúmero de refugiados. De los datos estadísticos proporcionados por el ACNUR, en el año 2012 alcanzaría un número aproximado de 56.000 refugiados, de los cuales en su mayoría-se

estima el 98%- provienen de Colombia, a consecuencia de la guerrilla o grupos subversivos.

Adicionalmente, según datos proporcionados por el mismo ACNUR, y que se recoge en una nota periodística de “El Comercio” de fecha 15 de junio de 2012, estima que alrededor de 1.300 personas al mes entran al país, especialmente, por la frontera norte, lo cual dificulta a la Comisión para Determinar la Condición de Refugiados en el Ecuador, que funciona bajo la coordinación del Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, pueda atender de una manera ágil y oportuna el sinnúmero de pedidos de extranjeros que pretenden acogerse a este derecho, ocasionando que, en algunos casos, sean sometidos a procesos de deportación.

#### **1.4 LEY DE MIGRACIÓN**

La Ley de Migración publicada en Registro Oficial No. 563 de 12 de abril de 2005, tiene como propósito regular la organización y coordinación de los servicios relativos a la entrada y salida tanto de nacionales como de extranjeros del país, mediante el examen y calificación de sus documentos, y la vigilancia del cumplimiento de las disposiciones legales respecto a la permanencia y actividad de los extranjeros residentes en el territorio ecuatoriano.

En la actualidad esta Ley se considera inaplicable, por cuanto se contrapone con la actual Constitución de la República, que propugna el principio de ciudadanía universal, la libre movilidad de todos los habitantes del planeta y el progresivo fin de la condición de extranjero. (Art. 416 Constitución de la República)

Al existir tal discrepancia, esto resulta contraproducente, ya que todas las leyes, códigos, reglamentos y normativa en general, deben guardar concordancia con la Constitución, que al ser una norma suprema, prevalece sobre las otras.

Es importante resaltar lo dispuesto en el artículo 40 de la Constitución de la República, que no considera a ningún ser humano como ilegal por su condición migratoria, por ello actualmente se habla de personas irregulares, las mismas que no pueden ser sujetas de deportación o de exclusión.

El artículo 436 número 10 *ibídem*, confiere a la Corte Constitucional como atribución: *“(...) Declarar la inconstitucionalidad en que incurran las instituciones del Estado o autoridades públicas que por omisión inobserven, en forma total o parcial, los mandatos contenidos en normas constitucionales, dentro del plazo establecido en la Constitución o en el plazo considerado razonable por la Corte Constitucional. Si transcurrido el plazo la omisión persiste, la Corte, de manera provisional, expedirá la norma o ejecutará el acto omitido, de acuerdo con la ley.”*

En nuestro país existen una serie de normas que no están armonizadas con la Constitución, y esto es perjudicial, ya que como se dijo en líneas precedentes, todos los actos u omisiones cometidas por las autoridades públicas, entendiéndose entre ellos a los administradores de justicia, que actúen en contraposición de los mandatos constitucionales, son inconstitucionales. La norma suprema es garantista de derechos, y como mandato primordial está la de precautelar los derechos y las garantías constitucionales que asisten a ecuatorianos y extranjeros, garantizando su efectivo ejercicio.

Se puede concluir manifestando que corresponde a la Corte Constitucional salvaguardar las disposiciones prescritas en la norma suprema, por ser el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia, según prescribe el artículo 429 de la Carta Magna; así como resolver sobre la constitucionalidad de las normas, artículo 428 ibídem.

## **CAPÍTULO II**

### **LAS GARANTIAS JURISDICCIONALES**

#### **2.1 EL PAPEL DEL JUEZ CONSTITUCIONAL EN EL PARADIGMA DEL ESTADO CONSTITUCIONAL**

En el Estado Constitucional de Derechos se puede observar que existen dos aristas: por un lado la pluralidad jurídica; y por otra, la relevante importancia que tienen los derechos reconocidos en la Constitución para la organización del Estado.

En el Estado Constitucional de Derechos, la ley no es la única fuente del derecho, tampoco el único sistema válido y aceptado es el formal; por lo tanto, las fuentes como los sistemas se diversifican y forman la denominada pluralidad jurídica.

La interpretación constitucional le corresponde a los órganos públicos, pero únicamente la Corte Constitucional tiene la facultad de dar una interpretación auténtica a la Constitución.

Es por ello que el artículo 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, establece los métodos y reglas de interpretación constitucional, y manifiesta que las normas constitucionales deberán interpretarse en su integralidad y en caso de duda se interpretará en el sentido que más favorezca la vigencia de sus derechos. (Ley Orgánica de Garantías

Jurisdiccionales y Control Constitucional, 2009).

Ahora bien, la interpretación de las normas jurídicas significa otorgarles un sentido. En el caso de la Constitución, su interpretación adquiere especial importancia pues a través de ella se busca dar un sentido a las normas que organizan la convivencia política y social de un país; para ello, existen los métodos tradicionales válidos para la interpretación constitucional, entre los que se destacan los siguientes: El gramatical, el clásico, el lógico, el sistemático, el histórico, el comparativo y el teleológico; así como el principio de unidad de la Constitución, de interpretación de la conformidad funcional, de efecto integrador, la interpretación conforme a la Constitución y la armonización de las normas constitucionales.

La contribución de las reglas o métodos tradicionales de la interpretación jurídica a la constitucional, es una condición necesaria pero no suficiente para la interpretación de la Constitución.

La interpretación constitucional a de orientarse a mantener la seguridad jurídica y la vigencia del Estado de derechos, pues las normas constitucionales constituyen la base del resto del ordenamiento jurídico.

A decir de SAVIGNY, la interpretación constitucional constituye un proceso unitario. No hay diversos tipos de interpretación sino distintas fases o momentos de un único proceso interpretativo. Los métodos savignianos de interpretación son: gramatical, lógico, histórico y sistemático. Son cuatro vías de una operación conjunta para el entendimiento correcto de la norma. ALZAMORA, M. *Introducción al Derecho*, en [www.bibliojuridica.com](http://www.bibliojuridica.com)

Conforme se ha ido analizando, existe una variada forma de interpretación constitucional, y básicamente en la actual Constitución de la República del Ecuador, vigente a partir del 20 de octubre del 2008, se insertan temas como el nuevo paradigma del Estado Constitucional de Derechos y Justicia. Presupone una decodificación y reconstrucción del derecho, desde sus bases hasta su más encumbrada cúspide; y, la interpretación constitucional, en este nuevo escenario corresponde de manera exclusiva a la Corte Constitucional, impedir o solventar la concurrencia de vacíos legales que pudieran presentarse como consecuencias de desavenencias sociales futuras que se dan en cualquier sociedad civilizada, históricamente sustentada en la desigualdad social; más aún cuando existe la transformación de un nuevo diseño institucional del Estado.

La Ley Suprema en el artículo 1 señala: *“El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada.*

*La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución...”.*

En términos estrictamente científicos, propios de la teoría de la interpretación constitucional, no se trata de cambios meramente lingüísticos, pues en su primer articulado se enmarca dentro del paradigma del neo constitucionalismo latinoamericano, lo cual implica una revolución conceptual y doctrinaria.

Uno de los nuevos métodos de interpretación constitucional, se refiere al principio de **Unidad de la Constitución**, que se encuentra establecido en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, en la que se debe detectar su coherencia, su concordancia práctica, la integración de sus elementos, para así maximizar la eficacia de sus mandatos sin distorsionar su contenido.

Dentro de este principio, el que más resalta es el de la unidad jurisdiccional. Este precepto capital de la administración de justicia dispone que, ninguna persona o autoridad podrá desempeñar funciones judiciales, a excepción de los jueces. La correcta interpretación de este principio indica que todos los organismos y personas que administran justicia, a excepción de las autoridades indígenas, del Tribunal Contencioso Electoral y de la Corte Constitucional, automáticamente entran a formar parte de la Función Judicial.

En estricta aplicación de este principio, el Consejo Nacional de la Judicatura ha impartido las decisiones y procedimientos necesarios para hacer efectiva la unidad jurisdiccional. Organismos como Fuerzas Armadas y la Policía Nacional ya no cuentan con Juzgados y Tribunales de justicia militar y policial, en su orden; igualmente, las Comisarías de la Mujer y la Familia pasaron a formar parte de la Función Judicial y se hallan también funcionando los Juzgados Contravencionales.

El principio de la Unidad de la Constitución se basa en que no es un conjunto de normas yuxtapuestas, sino un sistema normativo sostenido por una concepción política y jurídica, que intenta el ordenamiento de la comunidad y el Estado.

El principio de **interpretación de la conformidad funcional**, es jurídicamente obligatorio y políticamente necesario interpretar en todo el ordenamiento jurídico, desde el punto de vista de la Constitución y no interpretar la Carta Magna de acuerdo con las normas que la desarrollan.

La nueva Constitución supone un paso importante en el camino hacia la realización efectiva del constitucionalismo que propugnan autores como Ferrajoli o Miguel Carbonell. (Vila, 2007, pp. 260 a 269).

Una de las más importantes innovaciones normativas, es la incorporación en el texto constitucional del principio de la inexistencia de orden jerárquico entre derechos (Artículo 11 numeral 6 de la Constitución de la República, 2008), según el cual todos los principios y derechos constitucionales tienen igual jerarquía, lo que ciertamente genera una serie de inconvenientes para la aplicación e interpretación de los derechos, pues no facilita al juez su labor garantista de los mismos. Para resolver esta situación, la doctrina constitucional y especialmente la jurisprudencia de las cortes y tribunales constitucionales europeos y latinoamericanos, han desarrollado una serie de principios que orientan al proceso de relación, coordinación y valoración crítica de los derechos. Los más importantes son: el de unidad de la Constitución, el de armonización y el de ponderación.

Sobre el principio de Unidad de la Constitución ya se habló anteriormente.

El **principio de armonización** determina que las normas constitucionales que se encuentran en tensión deben ser armonizadas en cada caso concreto, de modo que conserven su identidad a través de la ponderación.

Respecto a la **ponderación** como método de solución de conflictos entre principios constitucionales, el Dr. Jorge Zabala Egas, señala que, *“...en la ponderación no entran en juego elementos de las normas para determinar su invalidez, lo que va a entrar a determinarse es por el contrario, a partir de su plena validez, su diferente prevalencia en los casos concretos. Se va a sopesar cual de las normas en colisión se aplica al caso y cual queda desplazada, no obstante que válida. Cuando mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro”* (Zabala, 2009,p. 81).

Los principios constitucionales constituyen la materialización de los derechos, y su estructura (normas téticas), torna necesaria la utilización de métodos de interpretación diferentes a aquellos exegéticos inherentes al Estado de Derecho. Mientras las reglas se aplican por medio de la subsunción, los principios se aplican mediante la ponderación. Por este motivo, la ponderación se ha convertido en un criterio metodológico básico para la aplicación jurídica de los derechos constitucionales. Es un método racional para la solución de conflictos entre principios y, fundamentalmente, entre derechos que se enuncian en los principios constitucionales.

A mayor explicación, el principio de ponderación es un mecanismo procesal concreto para resolver los conflictos entre dos bienes o valores constitucionalmente protegidos, a través del cual se consigue la armonización constitucional. En la ponderación de derechos la labor del juez asume su máxima relevancia, y por medio de este mecanismo se concretan en la práctica los derechos.

Todo ejercicio de ponderación parte de la premisa de que no existen derechos

absolutos, sino que la solución jurídica debe tener presente una problemática multicausal.

Es importante resaltar que la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, expedida por la Asamblea Nacional y publicada en el Registro Oficial No. 52 – Segundo Suplemento – de 22 de octubre de 2009, en el artículo 3 establece los **Métodos y reglas de interpretación constitucional**, los mismos que según señala la norma, se interpretarán en el sentido que más se ajuste a la Constitución en su integralidad, señalándose los siguientes:

**1.- Reglas de solución de antinomias.-** Cuando existan contradicciones entre normas jurídicas, se aplicará la competente, la jerárquicamente superior, la especial, o la posterior.

**2.- Principio de proporcionalidad.-** Cuando existan contradicciones entre principios o normas, y no sea posible resolverlas a través de las reglas de solución de antinomias, se aplicará el principio de proporcionalidad. Para tal efecto, se verificará que la medida en cuestión proteja un fin constitucionalmente válido, que sea idóneo, necesaria para garantizarlo, y que exista un debido equilibrio entre la protección y la restricción constitucional.

**3.- Ponderación.-** Se deberá establecer una relación de preferencia entre los principios y normas, condicionada a las circunstancias del caso concreto, para determinar la decisión adecuada. Cuando mayor sea el grado de no satisfacción o de afectación de un derecho o principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro.

**4.- Interpretación evolutiva o dinámica.-** Las normas se entenderán a partir de las cambiantes situaciones que ellas regulan, con el objeto de no hacerlas inoperantes o ineficientes o de tornarlas contrarias a otras reglas o principios constitucionales.

**5.- Interpretación sistemática.-** Las normas jurídicas deberán ser interpretadas a partir del contexto general del cuerpo normativo, para lograr entre todas las disposiciones la debida coexistencia, correspondencia y armonía.

**6.- Interpretación teleológica.-** Las normas jurídicas se entenderán a partir de los fines que persigue el texto normativo.

**7.- Interpretación literal.-** Cuando el sentido de la norma es clara, se atenderá a su tenor literal, sin perjuicio de que, para lograr un resultado justo en el caso, se puedan utilizar otros métodos de interpretación.

**8.- Otros métodos de interpretación.-** La interpretación de las normas jurídicas, cuando fuere necesario, se realizará atendiendo los principios generales del derecho y la equidad; así como los de unidad, concordancia práctica, eficacia integradora, fuerza normativa y aceptación.

Adicionalmente, el artículo 154 *ibídem*, al referirse al Objeto y Competencia dispone: *“La Corte Constitucional, a petición de parte, realizará la interpretación de las normas de la parte orgánica de la Constitución de la República, con el objeto de establecer el alcance de dichas normas, siempre*

*que no exista una ley que desarrolle la cuestión objeto de interpretación.*

*La Asamblea Nacional podrá expedir leyes sobre la materia que fue objeto de los dictámenes interpretativos de la Corte Constitucional, sin perjuicio del control de constitucionalidad que pueda realizarse”; y, en el artículo 155 señala quienes pueden solicitar dictamen de interpretación constitucional y que son:*

- “1.- La Presidenta o Presidente de la República.*
- 2.- La Asamblea Nacional, por acuerdo del Pleno.*
- 3.- La Función de Transparencia y Control Social a través de su órgano rector.*
- 4.- La Función Electoral a través de su órgano rector.*
- 5.- La Función Judicial a través de su órgano rector.*
- 6.- Las personas que cuenten con el respaldo del cero punto veinticinco por ciento del registro electoral nacional.”*

Es necesario resaltar que el artículo 170 del mentado cuerpo legal, determina que la Corte Constitucional es el máximo órgano de control e interpretación constitucional y del sistema de administración de justicia constitucional.

En el caso de los ciudadanos refugiados, buscan que se efectivicen sus derechos consagrados en la Constitución y en instrumentos internacionales de Derechos Humanos, por lo que corresponde a las autoridades administrativas y judiciales garantizar su efectiva vigencia; y, de encontrar que existen leyes que se encuentren en contraposición, hacer que prevalezca las normas jerárquicamente superiores. (Artículo 424 Constitución de la República, 2008)

Es imprescindible señalar que el Derecho Constitucional ecuatoriano ha

atravesado varios tipos de concepciones, empezando por el absolutismo, pasando al legalismo, el Estado Constitucional de Derecho y finalmente el Neo-Constitucionalismo que es aquel Estado Constitucional de Derechos donde el juez como ya se ha mencionado juega un papel fundamental en la administración de justicia.

Luigi Ferrajoli planteó el denominado “paradigma constitucional garantista” por lo que es considerado el precursor del garantismo, de lo cual se ha concebido a la “garantía” como el principal medio de protección primaria y secundaria de los derechos del más débil, del administrado, hacia el más fuerte, que es el administrador de justicia.

Este nuevo paradigma planteado por Luigi Ferrajoli se dió como consecuencia de la Carta de la ONU de 1945, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, la Constitución italiana de 1948, la Ley Fundamental de la República Federal en Alemania de 1949. (Ferrajoli, 2001, p. 67).

A partir de estos eventos históricos ha ido cobrando suma relevancia los derechos de las personas, y en esta nueva doctrina del Neo-Constitucionalismo, la protección íntegra de una persona es base fundamental de dicha doctrina o corriente jurídica, en tanto y en cuanto dichos derechos cuenten con las garantías efectivas para su cumplimiento.

La Constitución del 2008, atribuye al Ecuador como un Estado constitucional de derechos y justicia (Artículo 1). Su protección está dada por el órgano judicial, respetando el principio de juridicidad sobre el de estricta legalidad, pero este se encuentra sometido al de supremacía y sujeción constitucional.

El juez debe discernir y entender que el Neo-Constitucionalismo tiene una íntima relación entre el Derecho y los derechos, es por ello que se debe adecuar las normas del derecho para que las mismas no tengan contraposición con los derechos ya establecidos en la Constitución de la República y en los instrumentos internacionales.

Además, el juzgador no solamente debe aplicar mecánicamente las normas jurídicas al pensar que está limitado por sus competencias y atribuciones, más bien el administrador de justicia es un defensor de la Constitución, leyes e instrumentos internacionales, haciendo prevalecer el principio de juridicidad y representar las leyes bajo los métodos o reglas de solución de antinomias, proporcionalidad, ponderación, interpretación evolutiva o dinámica, interpretación sistemática, interpretación teleológica, interpretación literal u otros métodos de interpretación que permitan impartir una adecuada administración de justicia.

Paolo Comanducci manifiesta que el método de la ponderación no puede ser tan viable, ya que en el existe una supuesta discrecionalidad del juzgador y que en ello se interpretaría las normas de acuerdo a la moral del mismo, es por eso que afirma que los jueces emitirían sentencias injustas, distanciadas de un razonamiento práctico para la solución equitativa del caso. (Morero, 2010, pp. 200, 202 y 204).

El Dr. Jorge Zabala Egas, señala:“(...) *Para entender el neoconstitucionalismo o constitucionalismo contemporáneo, una introducción necesaria sobre el proceso constitucional ecuatoriano manifiesta que hasta la Constitución de 1998 el Ecuador se regía bajo una concepción ideológica de un Estado Liberal de derecho, esto es en el que el poder público actúa conforme a la ley, donde*

*desaparece la voluntad del gobernante como manifestación y sede de la soberanía y, en su lugar, se entroniza un gobierno de la ley, que es la expresión de la voluntad del pueblo, y desde ahí nace el Estado Constitucional como fuertes elementos del Estado garantista". (Zabala, 2009.p. 15).*

La Corte Constitucional en la sentencia interpretativa publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 451 de 22 de octubre de 2008, determina que, *"La Constitución del 2008 establece una nueva forma de Estado Constitucional de Derechos y Justicia, cuyos rasgos básicos son: 1) El reconocimiento del carácter normativo de la Constitución, 2) La aplicación directa de la Constitución como norma jurídica y, 3) El reconocimiento de la jurisprudencia constitucional como fuente primaria del derecho"*. Estas características señalan a la Constitución como una norma jerárquicamente superior, cuya eficacia vinculante es directa y que tiene garantía jurisdiccional para el control de su aplicación. Todo ello implica la supremacía del poder del mandante llamado constituyente, sobre el poder del legislador.

En conclusión, en el Estado Constitucional de derechos, devengado de la doctrina del Neo-Constitucionalismo, los administradores de justicia no solamente deben observar la arbitrariedad de ciertas leyes, sino que deben hacer efectivo los derechos consagrados en la Constitución, instrumentos internacionales y demás leyes de la República. Dentro de este marco, la estructura estatal debe estar al servicio de los derechos de la ciudadanía con una posición garantista de los Derechos Humanos.

## 2.2. LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN

Para entender de mejor manera a la acción de protección es necesario determinar que significa “acción” y “protección”. El Diccionario Jurídico de Guillermo Cabanellas manifiesta que acción “*equivale a ejercicio de una potencia o facultad. Efecto o resultado de hacer.*”; y que protección es “*Amparo, defensa, favorecimiento*”. (Cabanellas, 1979, p. 36). La acción por su naturaleza es protectora.

Por su parte, Couture define a la acción como “*el poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho, de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamar la satisfacción de una pretensión (...) tanto el individuo ve en la acción una tutela de su propia personalidad, la comunidad ve en ella el cumplimiento de uno de sus más altos fines, o sea la realización efectiva de las garantías de justicia, de paz, de seguridad, de orden, de libertad, consignada en la Constitución*”. (Couture, 2002, pp. 47-48).

La acción de protección se encuentra establecida en nuestra Carta Magna, dentro del Capítulo III que se refiere a las Garantías Jurisdiccionales; y tiene por objeto el “*(...) amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación.*” (Artículo 88 Constitución de la República del Ecuador, 2008)

La garantía prevista en el artículo 88 de la norma suprema, persigue la protección directa y eficaz de los derechos reconocidos por la Constitución y debe proponérsela en contra de cualquier autoridad pública no judicial: a) Cuando se los ha vulnerado, por actos u omisiones; b) Cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales provenientes de políticas públicas; y, c) Cuando la violación provenga de un particular que provoque un daño grave, al actuar por delegación o concesión y el servicio público prestado sea impropio o el afectado se encuentre en estado de subordinación, indefensión o discriminación.

De lo analizado fluye claramente que para proponer esta acción se requiere: 1) La existencia de un acto u omisión ilegítimos de autoridad pública; 2) La afirmación por parte del accionante de ser titular de uno o más derechos reconocidos por la Constitución; 3) La afirmación del acto u omisión ilegítimo o arbitrario, imputable a otra persona o autoridad que vulnere los derechos afirmados, ostentados por la parte actora; y, 4) Cuando el acto u omisión proveniente de un particular le cause un daño grave.

Para que esta acción produzca sus efectos no necesariamente debe haber ocurrido un daño, basta con la presunción del daño que puede causarse. En el caso de que ya se existió el daño, el objetivo de la acción de protección es cesarlo y mitigarlo. Ejemplo: La Defensoría del Pueblo con el fin de evitar que se exhiba un documental- película que afecta los derechos de los menores de edad, hijos de refugiados (honor, intimidad, costumbres), propone ante un juez de garantías una demanda de medidas cautelares, independiente a la acción de protección.

Es menester indicar que el administrador de justicia tiene amplias facultades

para dictar medidas cautelares, las mismas que pueden establecerse independiente o conjuntamente de las acciones constitucionales que tienden a precautelar derechos, bajo la premisa de evitar la violación de los derechos de las ciudadanas y ciudadanos, como así lo prevé el artículo 87 de la Constitución de la República, en concordancia con el artículo 6 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

En la anterior Constitución, esto es en la de 1998, bajo la figura jurídica de “amparo constitucional”, se precautelaba la no violación de derechos constitucionales y con ello se pretendía cesar, evitar, o remediar consecuencias o de un acto u omisión de autoridades públicas, no judiciales.

La acción de amparo procedía, entre otros aspectos, ante la concurrencia simultánea de los siguientes elementos: a) que exista un acto u omisión ilegítimo de autoridad pública; b) que el acto viole o pueda violar cualquier derecho consagrado en la Constitución, convenio o tratado internacional vigente; c) que el acto u omisión de modo inminente, amenace con causar un daño grave. Igualmente procedía el amparo constitucional ante actos de particulares que prestan servicios públicos.

La acción de amparo y la actual acción de protección, tienen cierta similitud y persiguen un mismo fin, que es precautelar la no violación de los derechos constitucionales por actos u omisiones de autoridad pública, no judicial y por actos de particulares.

En cuanto se refiere a la autoridad judicial que debe conocer y resolver, de acuerdo a lo que establece el artículo 7 la Ley Orgánica de Garantías

Jurisdiccionales y Control Constitucional, la acción de protección puede ser conocida por cualquier jueza o juez de primera instancia del lugar en donde se originó el acto u omisión o donde se produjo sus efectos.

### **2.2.1 LEGITIMACIÓN ACTIVA PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN**

El artículo 86 número 1 de la Constitución de la República, establece que cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad puede proponer las acciones previstas en dicho cuerpo legal; concomitantemente, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en su artículo 9 manifiesta que para hacer efectivas las garantías jurisdiccionales previstas en la Constitución y leyes de la República pueden ser ejercidas:

*“a) Por cualquier persona, comunidad, pueblo, nacionalidad o colectivo, vulnerada o amenazada en uno o más de sus derechos constitucionales, quien actuará por sí misma o a través de representante o apoderado; y,*

*b) Por el Defensor del Pueblo.”.*

El artículo 11 ibídem manda que, cuando la acción haya sido presentada por interpuesta persona; es decir, por quien no es el directamente afectado, la jueza o juez tienen la obligación de notificar a la persona afectada, quien puede comparecer en cualquier momento, modificar la pretensión e inclusive desistir de la acción, aunque no haya comparecido anteriormente.

Cabe señalar que no se puede presentar acciones de protección simultáneas, por así disponer el artículo 10 punto 6 ibídem, al señalar que dentro del contenido de la demanda es imprescindible realizar una declaración en la que se exprese que “(...) *no se ha planteado otra garantía constitucional por los mismos actos u omisiones, contra la misma persona o grupo de personas y con la misma pretensión...*”. En caso de que se compruebe lo contrario, la jueza o juez tiene facultad para imponer sanciones correctivas y coercitivas (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional).

### **2.2.2. NATURALEZA Y EFECTOS DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN**

Del análisis realizado se tiene que la acción de protección es una garantía constitucional que goza de efectos inmediatos, ya que el fin primordial es precautelar la no-violación de un derecho. Dentro de este marco las/los jueces tienen la potestad para a través de sus sentencias, ordenar la reparación integral de los daños causados por determinada autoridad pública no judicial y persona particular. Esta garantía jurisdiccional goza de naturaleza reparatoria e inclusive acarrea efectos indemnizatorios.

La reparación integral es un procedimiento de conocimiento, es declarativa, en ciertas ocasiones cautelar y como ya se mencionó conlleva efectos reparatorios.

En virtud de lo dicho, el artículo 87 de la Constitución de la República en vigencia señala que “*Se podrán ordenar medidas cautelares conjunta o independientemente de las acciones constitucionales de protección de derechos, con el objeto de evitar o hacer cesar la violación o amenaza de*

*violación de un derecho.*”La disposición constitucional en mención, al otorgar la facultad de presentar medidas cautelares independientes de las garantías constitucionales, lo hace con el objetivo de proteger la amenaza de violación de derechos constitucionales y por lo tanto la medida cautelar al ser dictada por una autoridad judicial, puede prevenir, detener o hacer cesar una amenaza de violación de un derecho, sin tener que esperar la finalización de un proceso a través de una sentencia que reconozca la pretensión del demandante.

Para la reparación integral de derechos, la autoridad judicial que conoce la causa debe constatar su vulneración, declararla y ordenar la reparación integral, material e inmaterial; así como especificar e individualizar las obligaciones positivas y negativas, a cargo del destinatario de la acción judicial y las circunstancias que deban cumplirse.(Artículo 86 numeral 3 Constitución de la República, 2008).

De lo expuesto se concluye que los efectos que conlleva la acción de protección, son de carácter inmediato, por cuanto pretende cesar o evitar un daño inminente o irreparable, y concretamente impedir la violación o amenaza de violación de un derecho legítimamente consagrado en la Constitución de la República del Ecuador y en los tratados internacionales de Derechos Humanos.

### **2.2.3 EL PROCEDIMIENTO EN LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN Y PRESUPUESTOS DE ADMISIBILIDAD.**

El procedimiento para acceder a la acción de protección es muy sencillo, no se requiere del patrocinio de un abogado, todas sus fases son orales, lo cual torna

más ágil al trámite y se lo puede plantear en cualquier día y en cualquier hora, ya que la violación de un derecho no tiene horarios fijos y como Estado garantista, es deber primordial salvaguardar los derechos individuales. En el caso de existir notificaciones al requirente, se las hará de la forma más asequible al mismo.

El Dr. Ramiro Ávila Santamaría al referirse al procedimiento en la acción de protección, indica: *"(...) El procedimiento es oral en todas sus fases, que es la única manera eficaz de garantizar la inmediación y el rol activo del juez; el procedimiento debe ser sencillo, rápido, eficaz, que marca una distinción grande con los procedimientos ordinarios que pueden ser complejos, lentos, cerrados; se pueden presentar las acciones de forma verbal, consecuencia de la oralidad y sin citar norma alguna; no se requiere la intermediación de un abogado o abogada, bajo la premisa que la administración de justicia debe ser accesible, las notificaciones podrían realizarse por cualquier medio, como el correo electrónico, el fax, hasta a través de una llamada telefónica(...). La Constitución permite la práctica de pruebas."* (ÁVILA, 2008, pp. 102-103).

Dentro de los presupuestos para la admisibilidad de la acción de protección, la legitimidad o ilegitimidad de un acto, no es el fondo que debe considerar el juez de garantías, puesto que la acción de protección debe preocuparse en atender sobre la violación de derechos constitucionales, más no en discernir la legitimidad o ilegitimidad de un acto u omisión de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas, cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación.

Haciéndose una comparación entre la actual Constitución con la de 1998, se encuentra que bajo la acción de amparo constitucional se pretendía precautelar los derechos y garantías constitucionales. Sin embargo, las autoridades judiciales debían examinar a fondo los presupuestos de admisibilidad y cumplir con una serie de requisitos, uno de los cuales era la determinación de un acto emanado por una autoridad no judicial. Es por ello que el acceso a la garantía constitucional hasta cierto punto era mal utilizada, con lo cual no se tutelaba ciertamente los derechos constitucionales.

Lo único que se conseguía con este tipo de procedimiento es violentar la seguridad jurídica, ya que todo acto administrativo que lleve una firma de responsabilidad, se considera legítimo y emanado por autoridad competente y goza de la presunción de legitimidad y ejecutoriedad, como así lo prevé el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva.(Art. 68 ERJAFE).

Presentada la acción de protección, el administrador de justicia convocará a una audiencia pública a la cual deberán acudir las partes. La práctica de pruebas se la puede hacer en cualquier momento procesal si así lo requieren las partes intervinientes. Si el accionado que incurrió en una supuesta violación no demuestra lo contrario, se considerará que los fundamentos expuestos por el accionante son ciertos.

Realizada la audiencia y evacuadas las pruebas de haber sido solicitadas, la jueza o juez de garantías resolverá la causa por medio de una sentencia. De considerarse la vulneración de un derecho, el administrador de justicia podrá ordenar la reparación integral y disponer las obligaciones que deberá cumplir el destinatario de la sentencia.

El fallo de primera instancia, puede ser apelado ante la Corte Provincial. Dicha interposición en el caso de ser planteada por el accionado no suspende la ejecución de la sentencia, de acuerdo a lo que establece el artículo 24 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Entratándose de una sentencia sea favorable al accionante, ésta debe ser cumplida por las servidoras o los servidores públicos que determine el juez, so pena de destitución del cargo público, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal a que hubiere lugar. De ser un particular el que incumpla la sentencia, se hará efectiva la responsabilidad determinada en la Ley. (Artículo 86 numeral 4 Constitución de la República del Ecuador, 2008).

En razón de lo expuesto, se considera que la acción de protección, tiene como propósito fundamental el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y evitar que se cometan violaciones a los derechos constitucionales. Los ciudadanos refugiados pueden acceder a las diversas garantías constitucionales vigentes en el país, ya que su calidad migratoria no impide que puedan acudir a la administración de justicia, debiendo recalcar que el artículo 9 de la Constitución de la República determina que los extranjeros que se encuentren en territorio ecuatoriano, tendrán los mismos derechos y deberes que los nacionales.

## **2.3 EL HÁBEAS CORPUS**

*“El Hábeas Corpus que quiere decir “que tenga el cuerpo”, diría también en cuerpo presente, tiene su origen en Inglaterra en el año 1640, en las actas que garantizaban la libertad individual a la persona que se encontraba ilegalmente*

*presa, permitiéndoles acudir a la High Court of Justice. (Alta Corte de Justicia).*"([http://www.inredh.org/index.php?option=com\\_content&view=article&id=162:avances-del](http://www.inredh.org/index.php?option=com_content&view=article&id=162:avances-del) recuperado a 04 de mayo de 2013).

El Hábeas Corpus habría nacido en la familia jurídica del *Common Law*, conocido también como la familia Anglo-Sajona. El *Common Law* está basado en un derecho jurisprudencial, que tiene una ideología liberal, en el cual se otorga preponderancia a los derechos individuales de la persona.

En el caso concreto del Ecuador, no existía ésta garantía constitucional hasta antes del año 1929. Con la expedición de la Constitución Política de la República del Ecuador de 1929, en el Título XIII -De las Garantías Fundamentales- se establece como un derecho de los habitantes al Hábeas Corpus, para quien se creyere indebidamente detenido, procesado o preso, pueda acudir por sí o por cualquiera otra persona a su nombre, a la magistratura que señale la Ley, en demanda que se guarden las formalidades legales. Para el efecto, el detenido debía ser llevado a presencia de la magistratura (cuerpo presente), por parte de los encargados de las cárceles o lugares de detención. Es entonces a partir de esta fecha que se instauró en el ordenamiento jurídico ecuatoriano el Hábeas Corpus. (Registro Oficial No. 138 de 26 de Marzo de 1929).

La acción de Hábeas Corpus se ha desarrollado a lo largo de la historia, abarcando temas como aplicación y competencia sobre quién debe conocerlo, facultad que por mucho tiempo fue conocida y resuelta por los Alcaldes Municipales.

Actualmente, en la Constitución de la República del Ecuador la facultad de conocer y resolver sobre pedidos de Hábeas Corpus, está otorgada a las juezas y jueces de la Función Judicial. Esta acción se encuentra contemplada en el artículo 89, que señala: *“La acción de hábeas corpus tiene por objeto recuperar la libertad de quien se encuentre privado de ella de forma ilegal, arbitraria o ilegítima, por orden de autoridad pública o de cualquier persona, así como proteger la vida y la integridad física de las personas privadas de libertad”*.

Los bienes jurídicos protegidos por el Hábeas Corpus son la vida, la libertad y la integridad física. Esta acción opera siempre y cuando se haya producido una detención de forma ilegal, arbitraria o ilegítima, como lo señala el texto constitucional en el Capítulo Tercero de las Garantías Jurisdiccionales.

El Hábeas Corpus tiene tres fines: Preventivo, reparador y genérico.

**Es preventivo**, cuando una persona está consciente que su detención es inminente, de ser privado ilegalmente de su libertad física;

**Es reparador**, cuando la persona que se encuentre ilegalmente privada de su libertad, puede recabar la rectificación de las circunstancias del caso; y,

**Es genérico**, cuando se demanda la rectificación de los hechos que no estando contemplados en los dos anteriores, limiten la libertad o atenten la seguridad personal.

([http://www.inredh.org/index.php?option=com\\_content&view=article&id=162:avances-del](http://www.inredh.org/index.php?option=com_content&view=article&id=162:avances-del) recuperado a 04 de mayo de 2013).

Esta garantía jurisdiccional, se caracteriza por ser un proceso ágil, puesto que es sumarísimo; carece de formalismos ya que su intervención se la realiza por medio de la oralidad, sin que sea necesario hacerlo con la participación de un profesional del derecho. Asimismo, goza de generalidad y de pretensión de universal, ya que implica el control judicial de la legalidad de la detención de una persona, dejando a un lado los motivos o la autoridad que ordenó la privación de libertad; y, tiene una pretensión de universal por cuanto no aplica únicamente cuando una detención se lo ha hecho ilegalmente, sino también cuando se prolonga la misma por más del tiempo previsto en la Ley.

La acción de Hábeas Corpus es también un mecanismo eficiente de protección que tutela los derechos de los refugiados, por cuanto tiene como objetivo devolver la libertad personal, de quienes se encuentren ilegalmente privados de la misma. Los ciudadanos refugiados, que sufran una detención ilegal, arbitraria o ilegítima por su condición migratoria irregular, pueden acudir al organismo judicial en demanda de su libertad. Dicha acción casi siempre es resuelta inmediatamente por la autoridad respectiva, ya que el operador de justicia tiene la obligación de velar por la integridad física de las personas, respetando los derechos constitucionales que les asisten y que se hallan contemplados en normativa nacional e internacional.

Esta garantía es sumamente importante en un Estado Constitucional de derechos y justicia social.

### **2.3.1 COMPETENCIA Y ÁMBITO PARA EL CONOCIMIENTO Y RESOLUCIÓN DEL HÁBEAS CORPUS**

La Constitución de la República del Ecuador, establece la competencia, ámbito y procedimiento para el conocimiento y resolución de la acción de Hábeas Corpus. Así, el artículo 86 en el número 2 señala que será competente la jueza o juez del lugar en que se origine el acto o la omisión o donde se producen sus efectos.

El ámbito en el cual actúan las juezas y jueces esta dado en función del territorio para el cual fueron designados.

El procedimiento al igual que la acción de protección, es sencillo, rápido y eficaz; además oral en todas sus fases e instancias.

Una vez interpuesta la acción de Hábeas Corpus, la autoridad judicial debe convocar a una audiencia que debe realizarse en las veinticuatro horas siguientes, en la misma que deberá presentarse la orden de detención con las formalidades de ley y las justificaciones de hecho y de derecho que sustente la medida. A dicha audiencia comparecerá, en cuerpo presente, la persona privada de la libertad, así como la autoridad que dispuso la orden de privación o quien lo haya provocado.

El artículo 89, inciso final de la norma suprema dispone que cuando la orden de privación de libertad haya sido dispuesta en un proceso penal, el recurso se interpondrá ante la Corte Provincial de Justicia.

Una vez concluida la audiencia, la jueza o el juez deberá resolver dentro de las veinticuatro horas siguientes. En caso de privación ilegítima o arbitraria, dispondrá su inmediata libertad, la cual debe cumplirse inmediatamente por quienes deban hacerlo.

La Constitución de la República en el artículo 89 inciso cuarto, y la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en el artículo 45 número 1, mandan que en el caso de que se constate que al momento de privar la libertad a una persona o durante la privación existió algún tipo de tortura, trato inhumano, cruel o degradante, se ordenará la libertad inmediata y la atención oportuna que requiera, y la imposición de medidas sustitutivas a la privación de libertad, siempre y cuando estas fueren posible aplicar. Ejemplo: Del certificado emitido por los médicos legistas de la Policía Nacional se desprende que el ciudadano NN tiene lesiones de haber sido torturado, lo cual requiere de atención médica. En este caso, la jueza o juez debe disponer la libertad y como medida sustitutiva, si así lo amerita, se presente en la judicatura cada cierto tiempo.

Si se desconociere el lugar de privación de libertad y existieren indicios claros de que dicha prohibición fue ordenada por alguna autoridad pública o agente del Estado, se deberá convocar a la audiencia al Comandante General de la Policía Nacional y al Ministro del Interior. Una vez que se lleve a cabo la audiencia, corresponde ubicar a los responsables de la detención, a fin de que expongan los motivos por los cuales se produjo la privación de libertad. (Arts. 89 y 90 Constitución de la República del Ecuador).

Por último, la resolución de un juez de primera instancia es apelable ante la Corte Provincial de Justicia; y, excepcionalmente, en los casos que se

produzca la privación de libertad dentro de un proceso penal, se deberá incoar la acción ante la Corte Provincial de Justicia y esta podrá ser apelable a la Corte Nacional de Justicia. (Constitución de la República, 2008)

## **CAPÍTULO III**

### **ANÁLISIS DE SENTENCIAS DE ACCIÓN DE PROTECCIÓN Y HÁBEAS CORPUS EMITIDAS POR JUECES DEL CANTÓN QUITO**

#### **3.1 SENTENCIA ACCIÓN DE PROTECCIÓN EMITIDA POR EL JUZGADO PRIMERO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA DE PICHINCHA EN LA CAUSA No. 2653-09**

##### **3.1.1 RELACIÓN DE LOS HECHOS**

El ciudadano colombiano Johnny Alberto Solanilla Marulanda, con estatus de refugiado en el Ecuador, patrocinado por la Comisionada Nacional de Movilidad Humana de la Defensoría del Pueblo, presenta acción de protección en contra del Banco del Pacífico S.A., y en lo principal manifiesta que, autoridades de la referida institución financiera le han negado la posibilidad de abrir una cuenta de ahorros, por su condición de refugiado en el Ecuador, lo cual le impide contar con el requisito para recibir el pago de su remuneración mensual, por lo que el señor Solanilla Marulanda se ha visto obligado a acudir a la Defensoría del Pueblo con el fin de que dicha institución vele por sus derechos.

La Defensoría del Pueblo en conocimiento de los hechos narrados por el ciudadano colombiano, previamente -antes de iniciar acción legal- ha requerido a los representantes legales del Banco del Pacífico S.A., expliquen las razones por las cuales se le ha negado rotundamente la apertura de la cuenta de ahorros solicitada por el señor Solanilla Marulanda. La mencionada

institución financiera remite su respuesta con fecha 22 de julio de 2009, suscrita por la señora Rebeca Zenck, Ejecutiva II Stap de negocios del Banco del Pacífico S.A., y por el abogado Alejandro Lasso Mora, en la cual expone lo siguiente:

**1.-** Que los Bancos están obligados a establecer dentro de sus políticas y procedimientos internos, mecanismos adecuados para la selección de sus clientes.

**2.-** Que en el ámbito de las relaciones privadas, existe la libertad para la suscripción de los contratos; que las políticas internas del Banco del Pacífico se basan especialmente en las normas relativas al lavado de activos, y que estas normas les impide abrir cuentas a personas con estatus de refugiados.

**3.-** Invocan la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero y la Ley de Prevención, Detección y Erradicación del Delito de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos. Según el Banco, son leyes que establecen procedimientos y normas de prudencia financiera y mecanismos para seleccionar a sus potenciales clientes.

**4.-** Manifiestan que el contrato de prestación de servicios bancarios es libre y por lo tanto voluntario.

**5.-** Que la condición de refugiado del señor Johny Solanilla Marulanda, de acuerdo con la Ley de Prevención, Detección y Erradicación del Delito de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos, es de extremo cuidado y es

por ello que fue imposible abrir la cuenta.

De las consideraciones expuestas por el Banco del Pacífico S.A., se establece que la negativa para la apertura de una cuenta de ahorros solicitada por el ciudadano colombiano Johny Solanilla Marulanda, obedeció básicamente a su condición de refugiado, lo cual consideran que atenta a la seguridad de su Banco.

La Defensoría del Pueblo al incoar la acción de protección, se basó en la vulneración de Derechos Constitucionales, previstos en la Carta Suprema del Estado y en instrumentos internacionales ratificados por el Estado ecuatoriano.

El organismo de protección de los Derechos Humanos, en la audiencia convocada por el Juez Primero de la Niñez y Adolescencia de Pichincha, invocó los siguientes artículos: **a)** Artículo 3 numeral 1 (garantizar sin discriminación el efectivo goce de los derechos consagrados en la Constitución), **b)** Artículo 11 numeral 2 (todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos y oportunidades), **c)** Artículo 11 numeral 5 (aplicar la norma y la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia), **d)** Artículo 11 numeral 9 (el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos de la Constitución); y, **e)** Artículo 33 (derecho al trabajo). Además argumentó que fueron violados los artículos 1 y 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (no discriminación); el artículo 26 de la Convención Internacional de trabajadores migratorios y sus familias (libre asociación); el artículo 7 de la Convención de Refugiados de 1951 (mismo trato a todos los extranjeros); y, los artículos 1 y 13 del Protocolo de 1967 (definición de refugiado y suscripción de contratos por parte de los refugiados).

Adicionalmente, la Defensoría del Pueblo objetó que el Banco del Pacífico al negar la apertura de una cuenta bancaria al señor Sabanilla Marulanda, no está aplicando el principio “pro personación” y el de seguridad; igualmente manifiesta que están violentando el mandato constitucional, en el sentido de que no se está dando atención especial a las personas que ostentan la calidad de asilados o refugiados. Son enfáticos en mencionar que se están violando Derechos Humanos como son el derecho a la igualdad y a la no discriminación; y, aclaran al juez en dicha audiencia que la discriminación está basada en motivos de raza, color, origen, linaje, condición migratoria, etc.

En esta diligencia la Defensoría del Pueblo manifestó que el Banco del Pacífico está limitando el acceso a un servicio al público, con el único argumento de ser un refugiado y resalta también que el señor Sabanilla no tiene ninguna sentencia judicial en su contra y concluye su intervención solicitando que se disponga la apertura de la cuenta bancaria solicitada por el ciudadano colombiano.

La intervención del abogado patrocinador del Banco se detalla más adelante en el punto 3.1.2 del presente trabajo de titulación.

Finalizada la intervención del Banco del Pacífico S.A., la Defensoría del Pueblo expresó que si el Banco se ampara en la Ley de Prevención, Detección y Erradicación del Delito de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos, deben saber que esta disposición está supeditada a la Constitución tal como lo establece el artículo 425 de la Carta Magna, y que se debe respetar la jerarquía al momento de aplicar una Ley.

Adicionalmente y a mayor abundamiento, la Defensoría del Pueblo expone que el señor Sabanilla no está inmerso en ninguna actividad referente al lavado de activos, por lo que no habría ningún impedimento legal para la apertura de una cuenta en dicho Banco.

La institución financiera en su defensa argumenta que no existe ningún tipo de discriminación, y se ratifica en el hecho de que al ostentar la calidad de refugiado debe reunir ciertos requisitos -no menciona cuales- para que pueda mantener una relación jurídica con el Banco. Termina señalando que en cuanto a la jerarquía de las normas, la institución bancaria cumple con sus políticas en la prestación de sus servicios, que han sido aprobadas por la Superintendencia de Bancos y Seguros.

### **3.1.2 ARGUMENTOS DEL LEGITIMADO PASIVO**

El Banco del Pacífico empieza su intervención, ratificándose en la comunicación de fecha 22 de julio de 2009 remitida a la Defensoría del Pueblo, en la cual ha expuesto los motivos del porqué no se puede abrir una cuenta bancaria a nombre del señor Johny Solanilla Marulanda; manifiesta además que el Banco no comparte que se haya seguido una acción de protección en su contra, por los siguientes motivos, entre los que se destacan:

1.- Que la posición del Banco del Pacífico S.A., no ha impedido de ninguna manera el acceso de cualquier persona al sistema bancario y que por lo tanto no han violentado normas constitucionales y tampoco normas internacionales sobre Derechos Humanos.

**2.-** Que el Banco del Pacífico S.A., no maneja políticas de discriminación, ni afecta a los refugiados y que en el caso concreto del señor Sabanilla Marulanda, en ningún momento ha mencionado que se encuentra inmerso en la Ley De Prevención, Detección y Erradicación del Delito de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos.

**3.-** Recalca que el Banco del Pacífico S.A., al ser una institución del sistema financiero, se rige por normas propias y especiales para su funcionamiento, dentro de las cuales está la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero y que dicha ley establece las condiciones para la prestación de servicios a sus clientes; agrega que obligatoriamente deben cumplir con las normas y reglamentos expedidos por la Superintendencia de Bancos y Seguros.

**4.-**Menciona que las instituciones controladas por la Superintendencia de Bancos y Seguros están obligadas a implementar medidas de seguridad con el fin de que las entidades bancarias no sean utilizadas como instrumentos para realizar lavado de activos.

**5.-**Expresa que los requisitos que el Banco del Pacífico solicita a sus clientes para la apertura de una cuenta, han sido aprobados por el organismo de control y que por lo tanto son legales. Que antes de abrir una cuenta identifican el perfil del potencial cliente y que para ello aplican la política “conozca a su cliente”, en la cual verifican y buscan información acerca de su futuro cuentahabiente.

### 3.1.3 CONSIDERACIONES DEL JUEZ DE PRIMERA INSTANCIA

El juez de primera instancia, en la parte expositiva de la sentencia consideró que por mandato de la Constitución y de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, es competente para conocer y resolver la causa. Determinó que se ha observado el procedimiento de ley, por lo que declaró su validez. Realiza un resumen del caso.

En la parte considerativa, hace un detalle de los documentos presentados en la audiencia pública y las argumentaciones de las partes.

Resalta que el artículo 9 de la Constitución de la República declara que las personas extranjeras que se encuentren en territorio ecuatoriano tendrán los mismos derechos y deberes que las ecuatorianas.

Invoca el artículo 11 numeral 2 de la norma suprema y señala que nadie puede ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, sexo, condición migratoria, etc., ni por alguna situación que menoscabe el pleno ejercicio de sus derechos.

Igualmente estima que de acuerdo a la Declaración Universal de Derechos Humanos, que es parte del ordenamiento ecuatoriano, en los artículos 1, 2, 6 y 7 establecen el principio de igualdad de todos los seres humanos ante la Ley.

Expresa que el Banco del Pacífico S.A., al negar la apertura de la cuenta de ahorros por la condición de refugiado del señor Sabanilla Marulanda, vulneró los preceptos constitucionales constantes en los artículos 3 numeral 1; artículo 9; artículo 11 numerales 2, 5 y 6; artículos 40, 41; artículo 66 numeral 4; artículo 76 numeral 2; artículo 416 numeral 5 de la Ley Suprema; y, los artículos 1, 2, 6 y 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

En la parte resolutive, una vez que el juez determinó los derechos que han sido vulnerados y que los sustenta en normativa nacional como internacional sobre Derechos Humanos, resuelve aceptar la acción de protección presentada por la Dra. Alejandra Cárdenas Reyes, Comisionada Nacional de Movilidad Humana de la Defensoría del Pueblo y ordena al Banco del Pacífico S.A., abrir inmediatamente la cuenta de ahorros solicitada por el señor Johny Solanilla Marulanda.

#### **3.1.4 ANÁLISIS DEL CASO**

Conforme establece la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, publicada en el Registro Oficial No. 07 de 20 de febrero de 1997, a este organismo del Estado le corresponde:

- a) Promover o patrocinar los recursos de Hábeas Corpus, Hábeas Data y de Amparo (actual Acción de Protección), de las personas que lo requieran;
  
- b) Defender y excitar, de oficio o a petición de parte, cuando fuere procedente, la observancia de los derechos fundamentales individuales o colectivos que la

Constitución de la República, las leyes, los convenios y tratados internacionales ratificados por el Ecuador garanticen.

En virtud de la norma legal invocada, la Defensoría del Pueblo puede presentar, por su propia iniciativa o cuando un ciudadano, grupo de ciudadanos, comunidades o pueblos lo soliciten, las acciones que la Constitución de la República a previsto para la protección de derechos, entre los que se destacan la acción de protección, frente a la vulneración de derechos ocasionados por actos u omisiones de autoridades públicas o particulares.

Analizado el caso que nos ocupa, la acción de protección incoada por la Defensoría del Pueblo, a través de la Comisionada Nacional de Movilidad Humana, quien patrocina de oficio, lo hace en defensa de los derechos del ciudadano colombiano Johny Alberto Solanilla Marulanda, por considerar que se violó derechos constitucionales.

La fundamentación expuesta por la Defensoría del Pueblo se adecúa perfectamente al caso, la misma que se evidencia en la sentencia que resuelve a su favor.

El proceso se ha desarrollado conforme dispone la normativa legal, dentro del cual cada una de las partes ha ejercido su derecho a la defensa, cumpliéndose con el debido proceso.

Entre las argumentaciones hechas por el Banco del Pacífico S.A., llama la

atención que se alegue que de acuerdo al Código Civil son libres de establecer una relación contractual con quienes desearan. Con ello están discriminando a las personas que tienen la condición de refugiados al no permitir el acceso al sistema financiero ecuatoriano. Esta aseveración se considera como una discriminación a las personas que tienen la condición de refugiados y viola el principio de igualdad que proclama la Constitución de la República en el artículo 11 punto 2.

Por otro lado, el Banco en la argumentación que sustenta su negativa, señala que lo hace en cumplimiento a la Ley de Prevención, Detección y Erradicación del Delito de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos, se estima como una apreciación a priori, por cuanto no se puede anticipar o juzgar el manejo de una cuenta bancaria, sin conocer previamente como se administra la misma, que podría conducir a establecer un supuesto lavado de activos u otro tipo de delitos conexos.

Por tanto, se piensa que las actuaciones de las autoridades del Banco del Pacífico S.A., ciertamente resultan discriminatorias y atentatorias a las garantías establecidas en la Constitución de la República del Ecuador, normas e instrumentos internacionales en materia de los Derechos Humanos, específicamente de la normativa que ampara a los ciudadanos extranjeros que por diferentes motivos se encuentran fuera de su país y han sido reconocidos con el estatuto de refugiado.

La actuación del Juez Primero de la Niñez y Adolescencia, se estima que fue acertada, ya que invoca en su resolución los artículos adecuados, tanto de la norma constitucional como del ordenamiento jurídico internacional, motivando correctamente su resolución, tal como lo establece el artículo 76, número 7

letra l) de la Constitución.

No obstante lo señalado, se ha podido observar que las providencias dictadas para que se lleve a efecto la Audiencia Pública,(providencias de 19 de noviembre del 2009, a las 11h10 y de 23 de noviembre de 2009, a las 10h48) se dispone se cuente con el señor Procurador General del Estado, lo cual se considera innecesario, por cuanto la Defensoría del Pueblo actuó como parte demandante y es un organismo público con autonomía funcional, correspondiéndole al Defensor del Pueblo “Ejercer la representación legal y la administración de la Defensoría del Pueblo” (Art. 8 Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo).

### **3.2 SENTENCIA DE HÁBEAS CORPUS EXPEDIDA POR EL JUZGADO TERCERO DE TRÁNSITO DE QUITO EN LA CAUSA No. 2011-0355**

La Defensoría del Pueblo, en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, conforme a la garantía constitucional que protege el derecho a la libertad cuando existe alguna detención ilegal o arbitraria, prevista en el artículo 89 de la norma suprema del Estado, de oficio, presenta la acción de Hábeas Corpus a nombre de 24 extranjeros, 22 de ellos ciudadanos de Sri Lanka y 2 de nacionalidad Pakistaní. Los mismos han sido privados de su libertad dentro de un operativo policial, donde se han detenido a 67 personas de diversas nacionalidades, entre los cuales se encuentran 24 personas del Medio Oriente, a quienes Jueces de Contravenciones han ordenado su deportación, por falta de documentación que avale su situación regular en el Ecuador. A continuación se detallará, en resumen, la relación de los hechos y como se desarrolló la audiencia de Hábeas Corpus incoada por la Defensoría del Pueblo en contra de los Jueces de Contravenciones.

### 3.2.1 RELACIÓN DE LOS HECHOS

El 10 de marzo de 2011, se ha realizado un operativo policial, produciéndose el allanamiento de 11 inmuebles, producto de lo cual han sido aprehendidas 67 personas extranjeras de diversas nacionalidades, y trasladadas al Centro de Detención Provisional. Dicho operativo ha sido ordenado por el Juez Vigésimo Segundo de Garantías Penales, a petición de la Fiscalía Especializada en Delincuencia, dentro de una indagación previa realizada por el supuesto delito de trata de personas.

Del 10 al 12 de marzo de 2011 se realizan las Audiencias de Deportación ante los Jueces de Contravenciones de Pichincha, e inmediatamente de realizadas estas diligencias, ordenan la deportación de 24 personas.

La Defensoría del Pueblo en conocimiento de estos hechos, el 15 de marzo de 2011 ha realizado una visita al Centro de Detención Provisional de Pichincha y ha constatado las condiciones en las que se encontraban estas personas, por lo que determina la vulneración de Derechos Humanos y del debido proceso. Observaron que las personas llevan detenidas 34 días por asuntos migratorios y que por estos motivos la detención es ilegal y arbitraria, de conformidad a lo establecido en el artículo 89 de la Constitución, motivos por los cuales presentan la acción de Hábeas Corpus.

El Juez Tercero de Tránsito de Pichincha conoce de la acción de Hábeas Corpus presentada por la Defensoría del Pueblo; avoca conocimiento y ordena diligencias, principalmente señala día y hora a fin de que se lleve a cabo la respectiva audiencia pública.

El día 19 de abril de 2011 a las 09H30 se instaura la audiencia de Hábeas Corpus, con la presencia de los representantes de la Defensoría del Pueblo, los 3 jueces de contravenciones que ordenaron las deportaciones, las 24 personas extranjeras afectadas, el Juez Tercero de Tránsito de Pichincha y el Secretario del juzgado.

Se concede la palabra a los representantes de la Defensoría del Pueblo y manifiestan que en representación de los detenidos se hará una defensa común para las 24 personas detenidas, ya que los mismos fueron privados de su libertad en circunstancias similares; señalan que en cuanto al intérprete que fue solicitado por el Juez de Garantías, por la premura de la audiencia, no se ha podido encontrar un traductor o intérprete, y que el único que entiende la lengua propia de estas personas se encuentra fuera de la ciudad, pero argumentan que existen 2 detenidos que hablan perfectamente el idioma inglés, para lo cual la Defensoría del Pueblo ha concurrido con un intérprete del idioma inglés a que les transmita lo que se expresa en la audiencia a los detenidos que manejan este idioma, lo cual es aceptado por el Juez Tercero de Tránsito.

En su intervención, el organismo de promoción y protección de los Derechos Humanos señala que la detención es fruto de un operativo policial, ordenado por el Juez Vigésimo Segundo de Garantías, a petición de la Fiscalía. Menciona que la detención es ilegal, ilegítima y arbitraria, ya que para que estén detenidos solo existe como excepción de que la detención se dé en casos de flagrancia, situación que no ha sucedido, ya que no se han encontrado perpetrando ningún delito (estaban en el lugar de residencia) y que por lo tanto se ha violado el artículo 77 numeral 1 de la Constitución.

Señalan también que se ha vulnerado del artículo 77 los siguientes numerales: el segundo, ya que no existe ninguna orden escrita de un juez para realizar la detención y, que sin dicha orden no se podía admitir a estas personas en un centro de privación de libertad. El tercero, ya al momento de la detención no se les indicó las razones de la privación de la libertad, ni la identidad de la autoridad que ordenó la misma.

Citan además al numeral 4 del artículo 77, de que no ha sido cumplido, porque no se les ha indicado su derecho a acogerse al silencio, solicitar la asistencia de un abogado o un defensor público. De igual forma argumentan que fue inobservado el numeral 5, ya que no se comunicó de la detención realizada al representante consular del país de procedencia de estas personas extranjeras. Adicionalmente señalan que se ha vulnerado el numeral 6, al haber sido incomunicados, ya que la primera visita que recibieron estas personas fue de la Defensoría del Pueblo y que además se incumplió lo establecido en el numeral 7 letra a), al no haber sido informados en su lengua propia las acciones y procedimientos formulados en su contra.

Agrega la Defensoría del Pueblo que, inmediatamente que se produjo la detención se ordenó la deportación, y destacan que por mandato constitucional y legal los jueces de contravenciones al conocer de un proceso de deportación, tienen que asegurarse de las condiciones políticas de las personas que van a ser deportadas, y que de no cumplirse con este requisito, estarían atentando contra la Constitución.

Se menciona que en la investigación del supuesto delito de trata de personas, se violentaron eventuales derechos que requieren de protección internacional, ya que a éstas personas se les considera como potenciales solicitantes de asilo

o refugio, lo cual se debió constatar antes de ordenar la deportación.

Que la Defensoría del Pueblo, al momento de realizar la visita al lugar donde se encontraban privados de libertad evidenció las condiciones en las cuales se encontraban estas personas, incomunicadas, sin que se les permita cambiarse de ropa, esposadas y vigiladas por agentes del GOE como si fueran unos criminales, situaciones que son inconcebibles para los Derechos Humanos. Por su parte, las personas detenidas han expresado que les habían quitado sus documentos de identificación como pasaportes, tarjetas, etc., los mismos que han sido retenidos en el allanamiento policial, por lo que no pueden presentar ninguna identificación que avale su estancia en el país.

Añade en su intervención que a éstas 24 personas en los medios de comunicación se los ha tachado como terroristas, sin que se demuestre aquello ni el requerimiento de algún país que los solicite por ser “terroristas”.

Al finalizar su intervención el Dr. Patricio Benalcázar de la Defensoría del Pueblo, solicita al juez que considere las certificaciones emitidas por Cancillería, con las cuales se demuestra que existen varias solicitudes de asilo.

Por la misma institución accionante interviene también el Ab. José Luis Guerra, quien señala que se tome en cuenta lo establecido por el artículo 43 numeral 5 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que al referirse a la acción de Hábeas Corpus, dispone: *“A que, en caso de ser una persona extranjera, incluso antes de haber solicitado refugio o asilo político, no ser expulsada y devuelta al país donde teme persecución o donde peligre su vida, su libertad, su integridad y su seguridad”*.

También señala que el artículo 41 de la Constitución determina que se reconocen los derechos de asilo y refugio, por lo que el Estado debe garantizar el principio de no devolución y dotar de la asistencia humanitaria y jurídica de emergencia, y no aplicar a las personas solicitantes de asilo y refugio sanciones penales, por el hecho de su ingreso o permanencia en situación de irregularidad.

El referido funcionario público invoca asimismo el artículo 66 numeral 12 de la Constitución, el cual establece que ninguna persona puede ser devuelta a su país de origen, si dicho hecho implica riesgo inminente en contra de su vida, libertad e integridad.

Menciona además que el artículo 11 numeral 3 de la norma suprema, determina que los derechos y garantías reconocidos en los instrumentos internacionales son de inmediata y directa aplicación por y ante cualquier servidor/a público, administrativo o judicial, lo cual tiene concordancia con el artículo 424 de la Constitución que garantiza los derechos establecidos en tratados internacionales de Derechos Humanos ratificados por el Estado ecuatoriano.

Hace notar que el artículo 426 *ibídem*, establece que todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución. Que los jueces y juezas deben aplicar directamente las normas constitucionales y las previstas en instrumentos internacionales que versen sobre Derechos Humanos.

La Defensoría del Pueblo sobre la vigencia del principio de no devolución, cita al artículo 33 numeral 1 de la Convención de Ginebra de 1951, el cual establece

que ningún Estado Contratante podrá por expulsión o devolución poner a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o libertad corra peligro. Que el artículo 31 numeral 1 dispone que los Estados Contratantes no podrán imponer sanciones penales por causa de su calidad migratoria, que llegando del territorio donde su vida o libertad corre peligro o estuviere amenazada. Agrega que en la quinta conclusión de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados de 1984, se reitera la importancia y significación del principio de no devolución.

Menciona también que el artículo 416 numeral 6 de la Constitución instaura el principio de la ciudadanía universal y de la libre movilidad; el artículo 416 numeral 7 ibídem exige el respeto de los Derechos Humanos, en particular el derecho de las personas migrantes. Añade que se está infringiendo lo determinado por el artículo 66 numeral 14 de la Constitución, que indica que los procesos de deportación deberán ser singularizados y se prohíbe la expulsión de colectivos de extranjeros.

Argumenta que se debe entender que la condición de refugiado no es declarativa sino constitutiva; es decir, que mientras no se declare que la vida de un refugiado corra o no peligro en su país de origen, una persona solicitante de refugio no puede ser encausada en procesos de deportación ni tampoco puede ser privada de su libertad por este motivo.

Finaliza su intervención solicitando se ordene la inmediata libertad de los ciudadanos extranjeros, por considerar que su detención es ilegal; que se revoquen las órdenes de deportación dispuestas por los jueces de contravenciones; y, que el Estado ecuatoriano realice una disculpa pública.

Después de la intervención de los jueces de contravenciones que consta en el numeral 3.2.2 del presente trabajo de titulación, la Defensoría del Pueblo hace uso de su derecho a la réplica y en síntesis señala que si las doctoras Chauvín y Angos (Juezas de Contravenciones), no han ordenado la detención de estas personas, se debería determinar quién lo hizo, caso contrario se confirma que hubo una detención ilegal y arbitraria. También hace notar que el doctor Fabián Moreno, Juez Contravencional de “La Manzana”, ordenó la detención provisional sin tener competencia para hacerlo, lo cual constituye una disposición arbitraria.

Además la Defensoría del Pueblo anexa un documento mediante el cual Cancillería certifica que las 24 personas detenidas son solicitantes de “asilo”, con lo cual demuestra que al tener esa condición requieren de asistencia internacional, por tanto no pueden ser privados de su libertad y sujetos a procesos de deportación.

También se contó con la versión de uno de los detenidos señor Warunakulasingham Kallaiwannan, de nacionalidad Sri Lanka, quien expresó que la detención fue realizada en forma ilegal; que han sido maltratados y esposados durante 5 días.

Dentro de esta audiencia, el Juez Tercero de Tránsito también realizó unas preguntas a las personas detenidas y concedió el derecho a la réplica a las juezas de contravenciones, donde las doctoras Chauvín y Angos enfatizan en que jamás ordenaron la detención de los ciudadanos extranjeros, que lo único que hicieron fue realizar la orden de deportación ya que son competentes para ello.

Se concedió el derecho a la réplica al doctor Fabián Moreno quien indicó que el dispuso la orden de detención provisional hasta que se realice la audiencia de deportación y que en su resolución solamente ordenó la deportación.

### **3.2.2 ARGUMENTOS DEL LEGIMITADO PASIVO**

Dentro de la acción de Hábeas Corpus impulsada por la Defensoría del Pueblo, en contra de los 3 jueces de contravenciones, en la audiencia llevada a cabo el 19 de abril de 2011, se procedió a dar la palabra a los jueces que emitieron las órdenes de deportación.

La doctora Janeth Chauvín, Jueza de Contravenciones de Quitumbe manifiesta que adjunta el parte policial, con el cual se puso en su conocimiento la detención de 5 ciudadanos de nacionalidad Pakistani, los cuales según el parte policial, son detenidos por una orden de allanamiento solicitada por la Fiscal de la Unidad Especializada en Delincuencia Organizada al Juez Vigésimo Segundo de Garantías, Ab. Juan Pablo Hernández. Menciona que de acuerdo al artículo 231 del Código Orgánico de la Función Judicial, en concordancia con las Resoluciones 77-2010 y 012-2011 emanadas del Consejo de la Judicatura, es competente para resolver los casos de situación irregular de los ciudadanos pakistaníes y recalca que en ningún momento ha confirmado la detención de los ciudadanos, por considerar que de hacerlo estaría en contraposición de la Constitución y de Convenios y Tratados Internacionales. Añade que citó a los 5 ciudadanos inmediatamente, con el fin de aplicar los principios de celeridad procesal y evitar una posible vulneración de derechos. Indica que los ciudadanos pakistaníes se encontraban detenidos dentro de la indagación previa realizada por una posible trata de personas, más no porque ella lo haya ordenado. Indica que al avocar conocimiento, el actuario de su despacho,

pretendió notificar al Consulado de Pakistán pero que no pudo hacerlo, porque se encontraban cerradas las puertas del Consulado.

Indica la doctora Chauvín que se contó con la presencia de un defensor público, del fiscal y de un intérprete. Que estas personas ingresaron al país desde el año 2009 y sus pasaportes se encontraban vencidos; que muchos de ellos por el tiempo de estadía en el país entendían el idioma español claramente, por lo que solicitó le indiquen a que se dedicaban y cuál era su fuente de subsistencia.

Menciona además que siempre respetó los Derechos Humanos de éstas personas, pero que al no tener su documentación en regla, jurídicamente se encontraban en una situación migratoria irregular. Indica también que se deben respetar las normas subordinadas a la Constitución como es la Ley de Migración. Que los extranjeros admitieron que sus documentos estaban caducados y que por estas circunstancias consideró aplicar las leyes subordinadas a la Constitución, teniendo certeza de la condición irregular y se ratificó que son susceptibles de deportación por el simple hecho de no haber regularizado su situación migratoria.

Por último menciona que emitió la resolución de deportación debidamente motivada, en la cual se ratifica. Que el Estado ecuatoriano, en uso de su autodeterminación y en ejercicio de su soberanía, puede o no acoger a un ciudadano extranjero, y concluye manifestando que en los 5 casos a su cargo, no ha existido ninguna violación del debido proceso y peor aún una detención ilegal y arbitraria, porque ella jamás ordenó esta medida.

Se concede la palabra al doctor Fabián Moreno Nicolalde, Juez Contravencional de “La Manzana” y expresa que él conoció los procesos de deportación de 8 personas. Que de acuerdo a las Resoluciones del Consejo de la Judicatura, es competente para conocer los casos de deportación. Señala que ningún de los ciudadanos extranjeros ha presentado algún documento que indique que es residente o que tenga solicitud de refugio, por lo que ha decidido la deportación. Por las situaciones ya expuestas por la doctora Chauvín, resalta que se ha aplicado el debido proceso de acuerdo a las normas y leyes de la República.

Por su parte, la doctora Gladys Angos Villareal, Jueza de Contravenciones de “La Mariscal”, expresa que cuando se detuvo a esas personas por orden del Juez Vigésimo Segundo de Garantías Penales, no contaban con ningún documento de identificación, por lo cual se procedió con la resolución de deportación inmediata, por no tener ninguna clase de documentos. Asimismo señala que se contó con la presencia de defensores públicos, del fiscal e inclusive de un intérprete, a pesar de que muchos de ellos hablaban castellano con facilidad.

Agrega la jueza que el 14 de abril de 2011, obtienen la solicitud de refugio; y, que jamás dispuso la detención de ninguna persona, que lo que ella ordenó fue la deportación.

### **3.2.3 CONSIDERACIONES DEL JUEZ DE PRIMERA INSTANCIA**

1.- El Juez Tercero de Tránsito de Pichincha avoca conocimiento de la acción de Hábeas Corpus, por ser competente, de acuerdo a lo establecido en el

artículo 89 de la Constitución de la República; ordena la comparecencia de las personas privadas de libertad y notifica a la Defensoría del Pueblo para que concurra a la audiencia en compañía de traductores o intérpretes, con el fin de respetar el debido proceso.

**2.-** La acción de Hábeas Corpus tiene como objeto recuperar la libertad de quien se encuentra privado de ella en forma ilegal, arbitraria e ilegítima.

**3.-** El Hábeas Corpus es un derecho constitucional, que tiene por objeto proteger el bien jurídico que es la libertad.

**4.-** Expresa que el artículo 41 de la Constitución, reconoce los derechos de asilo y de refugio; indica que el artículo 66 numeral 14 establece que las personas extranjeras no podrán ser devueltas o expulsadas a un país donde su vida corra peligro, lo cual tiene concordancia con el artículo 43 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional que trata acerca de la acción de Hábeas Corpus y que en el numeral 5 dispone que una persona extranjera no puede ser devuelta o expulsada al país donde teme persecución o donde peligre la vida, libertad, integridad y seguridad.

**5.-** Argumenta que el Ecuador es suscriptor de varios Convenios y Tratados Internacionales que regulan la institución del refugio.

**6.-** Hace alusión al artículo 33 numeral 1 de la Convención de Ginebra de 1951, el mismo que señala que ningún Estado contratante podrá por expulsión o devolución poner a un refugiado en las fronteras de su territorio.

7.- Cita además la Declaración de Cartagena -conclusión quinta- donde se reitera la importancia y significación del principio de no devolución.

8.- Se refiere al artículo 31 de la Ley de Migración que establece: *“Cuando la orden de deportación no pudiera efectuarse por tratarse de un apátrida, por falta de documentos de identidad u otra causa justificada, la jueza o juez de contravenciones actuante lo pondrá a disposición del Juez Penal competente para que sustituya la prisión preventiva por alguna de las medidas alternativas previstas en el artículo 171 del Código de Procedimiento Penal, mientras se logre la ejecución de la orden de deportación. Transcurrido el plazo de tres años sin que se ejecute la orden de deportación se regularizará su permanencia en el país”.*

9.- Que el inciso cuarto del artículo 89 de la Constitución manifiesta que en el caso de verificarse cualquier forma de tortura, trato cruel o degradante se dispondrá la inmediata libertad de la víctima, su atención integral y la imposición de medidas alternativas a la privación de libertad.

En la especie, en aplicación a lo dispuesto en los artículos 88 y 89 de la Constitución, el juez de garantías Resuelve aceptar la acción de Hábeas Corpus presentada por la Defensoría del Pueblo, a favor de los 22 ciudadanos de nacionalidad Sri Lanka y 2 de nacionalidad Pakistani; además ordena la reparación integral e impone como medida alternativa, que se presenten cada 15 días ante la Jefatura Provincial de Migración de Pichincha.

### 3.2.4 ANÁLISIS DEL CASO

Analizado el caso, se tiene que desde el mismo momento en que se produce el allanamiento de los 11 inmuebles inobservaron garantías básicas, que se hallan contempladas en el artículo 77 de la Constitución de la República, lo cual da lugar a la violación del debido proceso; situación que no debería ocurrir ya que somos un país garantista de derechos, por tanto resulta inadmisibles que el Estado ecuatoriano a través de sus autoridades, violente las disposiciones establecidas en la Constitución.

La orden de allanamiento ha sido ordenada por el Juez Vigésimo Segundo de Garantías Penales de Pichincha, a petición del Ministerio Público, bajo el supuesto de investigar un presunto delito de trata de personas; no habiéndose realizado ninguna investigación sobre el caso, al haber sido puesto los detenidos de manera inmediata, a órdenes de jueces de contravenciones para que tramiten la acción de deportación.

A manera de muestreo, se ha procedido a la revisión de las acciones de deportación seguidas en contra de los ciudadanos extranjeros: CHARLES DARWIN JEGATHEVY JEGATHEVY, LINGARAJAH KAJENDRAN, ABDUL RASAK, THILLAIYAMPALAM SASIKARAN y BALENDRALHAY KRISHRATHAS, en las cuales se advierte lo siguiente:

- Que la acción de deportación tiene como antecedente el parte policial presentado por el Jefe de la Policía de Migración de Pichincha, el 10 de marzo de 2011.
- Que el allanamiento ha sido ordenado por el Juez Vigésimo Segundo de

Garantías Penales de Pichincha, a petición de la Fiscal de la Unidad de Delincuencia Especializada, doctora Tania Moreno, bajo el argumento de investigar un supuesto delito de trata de personas.

- Con fecha 10 de marzo de 2011 la Jueza de Contravenciones de “La Mariscal” doctora Gladys Angos, convoca a audiencia a celebrarse el mismo día.
- En la audiencia de deportación, único acto procesal en esa clase de procesos, la representante de la Defensoría Pública argumenta a favor de los detenidos, disposiciones contenidas en la Constitución de la República del Ecuador y Tratados Internacionales en materia de refugio. Además señala que no han cometido ningún delito, que se hallan ejerciendo actividades lucrativas lícitas; así como también, que se les conceda un tiempo para que puedan presentar su Visa.
- La Fiscal Tania Moreno se limita a manifestar que se encuentran indocumentados.
- La Jueza de Contravenciones demostrando “celeridad” en el proceso, en un solo día conoce la causa, convoca a audiencia y resuelve la inmediata deportación, bajo el argumento de que han infringido lo dispuesto en el artículo 19 caso I, de la Ley de Migración, que se refiere al ingreso al país sin sujeción al control migratorio; disponiendo además que sean trasladados o devueltos al país de su último embarque o de origen.

De los puntos expuestos se deduce que en ningún momento se trató de investigar el delito de trata de personas, sino que existió la clara intención de deportarlos, lo cual se corrobora con la rapidez en la que actuó la jueza.

El principio de ciudadanía universal y el de no devolución, deben ser aplicados y respetados en todos los casos de asilados, solicitantes de refugio o

refugiados, puesto que estas personas se acogen a la protección de un Estado determinado, en razón de que su vida y la de su familia corre grave peligro en su país de origen.

La intervención de la Defensoría del Pueblo, se sustenta en la norma constitucional establecida en el artículo 215, que le otorga como una de sus atribuciones: “1.- *El patrocinio de oficio o a petición de parte, de las acciones de protección, hábeas corpus, acceso a la información pública...*”; asimismo radica su competencia en el número 4, que le atribuye el ejercer y promover la vigilancia del debido proceso y prevenir e impedir de inmediato la tortura, el trato cruel, inhumano y degradante.

Si bien es cierto que los procedimientos realizados por los jueces de contravenciones, lo han hecho en ejercicio de las competencias dispuestas mediante Resolución del Consejo de la Judicatura y con fundamento en el artículo 231 del Código Orgánico de la Función Judicial, se enfatiza que la rapidez con la que actuaron no permitieron que los ciudadanos extranjeros puedan ejercer a plenitud su legítimo derecho a la defensa, en oposición a la deportación, y al no aceptar lo solicitado por la Defensoría Pública de que se les conceda un tiempo prudencial para presentar documentos que impidan su deportación, no se cumplió con el debido proceso.

Por otro lado, si se consideró -a criterio de la Fiscal- que los sujetos de deportación se encontraban indocumentados, no se aplicó lo dispuesto en el artículo 31 de la Ley de Migración, que determina que a falta de documentos de identidad u otra causa justificada, se considera como apátridas, por tanto debió cumplirse con el procedimiento previsto en el artículo en mención.

El Estado ecuatoriano en el marco de la Carta de las Naciones Unidas y la Declaración Universal de los Derechos Humanos, suscribió y ratificó el Convenio relativo a la situación de los refugiados, suscrito por los Estados partes en Ginebra el 28 de julio de 1951 y del Protocolo de 1967, firmado en Nueva York el 31 de enero de 1967. Conforme al artículo 31 del referido Convenio, los Estados contratantes no pueden aplicar sanciones penales por el hecho de su ingreso o de su permanencia irregular a los refugiados que, llegan directamente del territorio en que su vida o su libertad se encuentra amenazada, ingresen a otro territorio, con tal que se presenten a las autoridades sin demora y les expongan razones valederas para su ingreso o presencia irregular.

De lo expuesto se deduce que la única excepción para que un refugiado sea expulsado, es por razones de seguridad nacional o de orden público.

El fallo dictado por el señor Juez Tercero de Tránsito de Pichincha, acepta la acción de Hábeas Corpus a favor de los ciudadanos extranjeros; dispone su atención integral y especializada; e impone medida alternativa hasta que el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio e Integración (actual Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana) resuelva sobre las solicitudes de refugio de los recurrentes.

## **CAPITULO IV**

# **LA FUNCIÓN DE PROMOCIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO DE ECUADOR**

### **4.1 CAPACITACIÓN A SERVIDORES PÚBLICOS**

A la Defensoría del Pueblo, como institución de promoción y protección de los Derechos Humanos, le corresponde emprender actividades y organizar eventos de sensibilización, capacitación, promoción y difusión de la normativa nacional y del Derecho Internacional de los Refugiados, dirigidos principalmente a quienes realizan actividades administrativas, policiales y jurisdiccionales. Debe propender a fomentar el respeto a los Derechos Humanos.

Para el caso que nos ocupa, se requiere se profundice el conocimiento sobre el principio de no devolución, así como el cumplimiento de las normas y garantías constitucionales, promoviendo la formación de defensorías comunitarias y redes de protección, favoreciendo la integración social de la población refugiada.

De la investigación realizada, no se ha podido evidenciar que la Defensoría del Pueblo se encuentre periódicamente capacitando a los/las servidores/as que laboran en esa institución, en asuntos relativos a la situación del refugio en el país; así como la difusión de sus facultades y atribuciones que permitan a este colectivo conocer y saber a dónde acudir, en casos de requerir protección

judicial.

Es por ello que, con excepción de los casos de Acción de Protección y Hábeas Corpus que han sido analizados en el presente trabajo; y, últimamente de una acción de Hábeas Corpus seguida en la ciudad de Guayaquil a favor del ciudadano colombiano Dimmas Martínez Garzón, quien ha sido sujeto de deportación, por cuanto el documento de solicitante de refugio habría estado vencido; no se ha podido a llegar a conocer de otros casos, en los cuales la Defensoría del Pueblo haya intervenido en defensa de la población de refugiados que se encuentran en el país.

El Ecuador es el país que mayor número de refugiados ha venido acogiendo. Según reporte proporcionado por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), señala que existen al menos 55.249 que viven en el Ecuador, de los cuales según las estadísticas facilitadas por el Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, desde el 01 de enero hasta el 30 de septiembre de 2013, Colombia es el país que con mayor número han sido reconocidos como refugiados, en un porcentaje de 99.22%. Le sigue Jamaica, Sri Lanka, Congo y Cuba con el 0.19%.

Por lo que no se explica que habiendo un gran número de refugiados en el país, sin considerar a los solicitantes de refugio, exista un reducido porcentaje de casos que hayan sido judicializados, lo cual obligaría a la Defensoría del Pueblo a difundir sobre la función que tiene en defensa del colectivo de refugiados cuando se pretenda conculcar sus derechos.

Sin embargo, vale destacar que la Defensoría del Pueblo en busca de difundir

los Derechos Humanos que es de donde nacen los Derechos de los Refugiados, en el año 2012, impartió a sus servidores/as un módulo introductorio sobre Derechos Humanos, en el cual se abordó conceptos generales, nociones y contexto histórico, también se trató sobre la protección y promoción de los Derechos Humanos, las obligaciones de los Estados frente a ellos; así como se determinó cuales son los instrumentos y mecanismos internacionales de Protección de los Derechos Humanos. Igualmente se trató en el marco de lo que establece la Constitución, los principios de aplicación de los Derechos, las Garantías Constitucionales, así como también se indicó cuales son las instituciones nacionales que abordan esta materia y en este contexto se explicó el rol de la Defensoría del Pueblo.

A pesar de esta gran iniciativa, es importante que la Defensoría del Pueblo al ser la institución que tiene como funciones la protección y tutela de los derechos de los habitantes del Ecuador y de los ecuatorianos en el exterior, constantemente prepare a sus servidores y servidoras para que tengan amplios conocimientos, experticia, difusión y aplicación de su rol ante la sociedad.

Se considera necesario que se imparta módulos sobre movilidad y en especial sobre el tema de refugiados, no solamente a las servidoras y servidores que laboran en dicha institución pública; sino también a otras personas que tienen relación al tema.

No se puede dejar de reconocer el gran aporte que la Defensoría del Pueblo ha brindado a favor de los refugiados, ya que desde el año 2008, según información proporcionada por el doctor Patricio Benalcázar Alarcón, Adjunto Primero de la Defensoría del Pueblo, dicha institución promueve la protección y promoción de los derechos de las personas en movilidad, entre los cuales

están los solicitantes de refugio y asilo, habiendo interpuesto acciones de garantías jurisdiccionales, de Hábeas Corpus, Acciones de Protección, las mismas que ya han sido analizadas.

Se conoce también que la Defensoría del Pueblo ha presentado *Amicus Curiae*, a favor de los hijos de las personas no nacionales que ostentan calidades de asilados o refugiados.

Para mejor entender de ésta figura jurídica, se tiene que: *“...El vocablo “amicus curiae” (de raíces latinas) significa “amigo de la corte o amigo del tribunal”. Se utiliza esta designación entonces, para la persona que voluntariamente interviene en un litigio de carácter constitucional con el objetivo de aportar con su opinión sobre algún punto de derecho u otro aspecto relacionado; (...).*

*En principio, el amicus curiae es un individuo imparcial y neutral que expresa su punto de vista cuando existe afectación al interés público....”* ([http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com\\_content&view=article&id=6314:el-amicus-curiae&catid=49:procedimiento-civil](http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&view=article&id=6314:el-amicus-curiae&catid=49:procedimiento-civil) recuperado el 07 de junio de 2013)

La Defensoría del Pueblo, al ser el órgano competente que vela por los Derechos Humanos de las personas que se encuentran en el territorio ecuatoriano, cumple con dicha atribución, por lo que a suscrito Convenios de Cooperación con el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados.

Sin embargo, a pesar de emitir informes temáticos sobre la materia de refugiados, suscribir convenios y expedir directrices a sus servidoras y servidores, se considera de importancia, que imparta módulos presenciales a todo su personal, con el propósito de que se encuentren debidamente capacitados y conozcan de la situación vulnerable en la que vive la población refugiada y se concienticen en la atención prioritaria que deben recibir estas personas.

En este sentido se ha sugerido al Defensor del Pueblo, la creación de una Unidad Especializada en el tema de refugiados, integrada por personas capacitadas en la materia y que conozcan de la problemática que acarrea la indefensión de este colectivo, respecto de lo cual ha merecido contestación del Dr. Patricio Benalcázar, Defensor del Pueblo Subrogante. (Anexo 1).

## **4.2 CAPACITACIÓN A LA SOCIEDAD CIVIL**

El artículo 215 de la Constitución, en su parte pertinente señala que *“La Defensoría del Pueblo tendrá como funciones la protección y tutela de los derechos de los habitantes del Ecuador”*; y en el numeral 1 le atribuye *“El patrocinio, de oficio o a petición de parte, de las acciones de protección, hábeas corpus, acceso a la información pública, hábeas data, incumplimiento, acción ciudadana y los reclamos por mala calidad o indebida prestación de los servicios públicos o privados”*. (Constitución de la República, 2008).

Conforme al marco constitucional, la Defensoría del Pueblo es la institución encargada de velar por los derechos de los habitantes del Ecuador y presentar las acciones que sean necesarias para la defensa y tutela de los derechos de

nacionales y extranjeros que residen en territorio ecuatoriano, en especial de la población refugiada, por su situación de vulnerabilidad.

La gran mayoría de refugiados, por el número existente en el país, seguramente desconocen las funciones y atribuciones que tiene la Defensoría del Pueblo como entidad de promoción y protección de los Derechos Humanos, por el escaso número de acciones jurisdiccionales patrocinadas por dicha institución, lo cual obliga a la Defensoría del Pueblo, a difundir a través de los medios de comunicación, la facultad que tiene de asistir a la población refugiada cuando se pretenda vulnerar sus derechos.

Lo expresado se fundamenta en la misma Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, artículo 8, que señala como uno de los deberes del Defensor del Pueblo: *“h) Promover la capacitación, difusión y asesoramiento en el campo de los derechos humanos, ambientales y de patrimonio cultural, utilizando los espacios de comunicación y difusión que asigna la Ley al Estado. Hacer públicas las recomendaciones; observaciones que hubiera dispuesto y orientar a los ciudadanos sobre el ejercicio de sus derechos”*. (Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, 2012).

Uno de los problemas que más enfrentan las personas refugiadas es a consecuencia de los controles migratorios que realiza la Policía Nacional, donde han sido objeto de abusos, de actos de discriminación y xenofobia, e inclusive en algunos casos se ha desconocido los documentos que les acredita como solicitantes de refugio. A esto se suma las actuaciones judiciales que se han dado para iniciar procesos de deportación como aconteció en el caso de los ciudadanos de Medio Oriente, analizado en líneas anteriores. Por otro lado, la sociedad ecuatoriana ha demostrado también cierto recelo, temor,

desconfianza, particularmente con la población colombiana, a quienes infortunadamente se les ha asociado con actos delictivos o delincuenciales.

Es por ello, que es fundamental la intervención de la Defensoría del Pueblo.

El artículo 2letra b) de la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo establece que le corresponde a la Defensoría del Pueblo *“b) Defender y excitar, de oficio o a petición de parte, cuando fuere procedente, la observancia de los derechos fundamentales individuales o colectivos que la Constitución (...) de la República, las leyes, los convenios y tratados internacionales ratificados por el Ecuador garanticen”*. (Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, 2012).

En el marco de esta atribución, mediante misiva enviada al Defensor del Pueblo, se le sugirió de la importancia de que se difunda las acciones jurisdiccionales, que pueden ser ejercidas por las ciudadanas y ciudadanos extranjeros que se encuentran en el Ecuador amparados bajo el estatuto de refugiados, por actos discriminatorios o xenofóbicos, privación ilegal, arbitraria, o ilegítima de su libertad. (Anexo 2).

No se puede desconocer la labor que otras instituciones del Estado han realizado y vienen realizando en favor del gran número de la población de refugiados que se encuentran en nuestro país, entre las que se destacan a la Corte Constitucional, la misma que juntamente con la Escuela Judicial del Consejo Nacional de la Judicatura y el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados – ACNUR – han realizado el seminario “Derechos Constitucionales y Derecho Internacional de Refugiado en el Ecuador”, dirigidos a jueces y secretarios de la Función Judicial. (Anexo 3).

El Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, a través de medios de comunicación difundidos con fecha 20 de junio de 2013, como consecuencia de celebrarse el día del refugiado, manifestó: “...*el compromiso del Ecuador de continuar brindando asistencia y protección a este grupo con el apoyo de la comunidad internacional (...) y que para responder a la demanda creciente de solicitudes de asilo ha debido adecuar su estructura institucional, por lo que cuenta con seis oficinas a nivel nacional, localizadas estratégicamente en Quito, Guayaquil, Lago Agrio, Esmeraldas, Tulcán y Cuenca*”. Agrega también que se efectúa capacitación permanente a diferentes instancias públicas y privadas (fuerzas del orden y seguridad, Policía Nacional, Fuerzas Armadas, Fiscalías, Función Judicial, Ministerios, medios de comunicación, agrupaciones de la sociedad civil, etc.), con la finalidad de difundir los derechos y obligaciones de la población refugiada. (<http://www.telegrafo.com.ec/actualidad/item/ecuador-ratifica-su-compromiso-con-la-proteccion-de-los-derechos-humanos-de-los-refugiados.html> recuperado 20 de junio de 2013).

## CAPÍTULO V

### CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

#### 5.1 CONCLUSIONES

Históricamente, la política del Ecuador en materia de refugiados ha sido muy importante, dado el gran número de ciudadanos extranjeros que han ingresado al país, principalmente de Colombia(a partir del año 2000 como consecuencia del conflicto armado y el desborde del desplazamiento forzado interno, por la puesta en marcha del Plan Colombia) y con un menor porcentaje de Jamaica, Sri Lanka, Congo-Brazaville y Cuba, que han escogido al Ecuador como su destino. Muchos de ellos se han visto obligados a huir de su país a causa de temores fundados de persecución por motivos de raza, religión, nacionalidad, opinión política o pertenencia a un grupo social; así como también porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, a consecuencia de conflictos internos, violación masiva de los Derechos Humanos u otras circunstancias que han perturbado el orden público.

El Ecuador al haber ratificado su adhesión a la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados el 17 de agosto de 1955, se comprometió a cumplir las disposiciones internacionales en materia del Derecho Internacional de los Refugiados, por lo que incluyó como legislación nacional el “Reglamento para aplicación en Ecuador del Estatuto de Refugiados”, emitido mediante Decreto No. 3301 en el año de 1992; posteriormente consolidado por el actual gobierno con la expedición de un nuevo Reglamento, expedido mediante Decreto Ejecutivo No. 1182, publicado en el Registro Oficial No. 727 de 19 de junio de 2012, en la cual se toma en cuenta los criterios establecidos en la

Política del Estado ecuatoriano en materia de protección de refugiados del año 2008.

Se ha determinado que con la nueva Constitución la cual es inminentemente garantista de derechos, lo justo esta sobre lo legal, y bajo este contexto los operadores de justicia deben administrarlo respetando principios como los de supremacía constitucional, sujeción a la Constitución, a los instrumentos internacionales de Derechos Humanos y a la ley; debida diligencia en los procesos.

La nueva concepción del Estado de Derechos en el Ecuador, obliga a respetar los Derechos Humanos de las personas que habitan en todo el territorio ecuatoriano, particularmente de los extranjeros que ingresan al país sin importar su condición migratoria; es por ello, que existe el principio de la ciudadanía universal el cual deja en claro la libre movilidad humana. Dicho principio en el caso de las personas refugiadas se contrapone con la realidad.

Todas y todos los ciudadanos debemos respetar los derechos de terceros y a su vez hacer acatar sus propios derechos que por Ley les pertenece, y más aún si estos están contemplados en la Constitución de la República del Ecuador.

Las normas nacionales en materia de protección de Derechos Humanos deben ser concordantes con las normas internacionales, y guardar íntima relación; representando manifestaciones de un mismo orden jurídico, con el propósito fundamental de precautelar los derechos de los seres humanos.

Se ha analizado que la Ley de Migración y su reglamento son obsoletos, ya que la definición de migración no está acorde con las disposiciones constitucionales e internacionales en materia de protección de derechos; por lo tanto al no ser adecuada, conlleva a la discriminación y exclusión de extranjeros.

Se ha revelado con el presente trabajo de titulación, que la justicia no está siendo accesible al colectivo de refugiados, lo cual se evidencia por el número de solicitantes de refugio y refugiados que existen en el país. Probablemente esto obedece al temor de ser deportados; al desconocimiento del organismo protector de sus derechos que puede patrocinar la causa; falta de recursos económicos, o inseguridad en la administración de justicia.

Dentro de los servicios que presta el Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana a los refugiados, si se encuentra lo relativo a asuntos legales; sin embargo su ámbito de aplicación no abarca la asistencia legal a situaciones que pueden presentarse en el país, por razones de discriminación, detenciones ilegales, que requieran de patrocinio judicial.

También se ha podido verificar, en los casos que han sido analizados, que la administración pública y la sociedad civil no aplican lo dispuesto en el artículo 9 de la Constitución el cual manifiesta *"Las personas extranjeras que se encuentren en el territorio ecuatoriano tendrán los mismos derechos y deberes que las ecuatorianas, de acuerdo con la Constitución"*, por los vejámenes y abusos de que han sido objeto, principalmente por las autoridades de Migración, Policía y de la Función Judicial.

El Ecuador a través de su adhesión o ratificación a los distintos convenios, tratados, pactos internacionales, etc., ha aceptado ser parte de los mismos y sobretodo ha consentido en respetar y hacer respetar las disposiciones constantes en dichos instrumentos jurídicos internacionales.

La Constitución de la República ampara el derecho a la movilidad humana, al asilo y al refugio; sin embargo de que estos derechos se encuentran reconocidos por la norma suprema, uno de los obstáculos para su estricto cumplimiento ha sido la falta de colaboración económica por parte del gobierno colombiano y de la asistencia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, para solventar y atender de mejor manera a la población de refugiados.

La norma constitucional manifiesta que las personas que se encuentren en calidad de asilados y de refugiados gozarán de una protección especial que garantice el ejercicio pleno de sus derechos, lo cual en la práctica no se aplica ya que ni siquiera se respetan sus derechos mucho menos se les brinda una protección especial.

La condición de refugiado tiene un carácter meramente constitutivo y no declarativo; dicho esto, toda persona que aduzca tener la calidad de refugiado debe ser tratado de esa manera.

Para conocer como vienen operando los administradores de justicia, en el tratamiento de personas sujetas a deportación y que se encuentren como solicitantes de refugio o con el estatuto de refugiados, se ha verificado y analizado los casos de deportación seguidos en el Juzgado Segundo de

Contravenciones “La Manzana” de la ciudad de Quito, a partir del mes de Septiembre de 2012 a Septiembre de 2013, verificándose que en el período indicado han conocido y resuelto ciento diecinueve (119) casos de deportación, de los cuales nueve (9) han argumentado ser solicitantes de refugio y con Visa de Refugio, ante lo cual la autoridad judicial a resuelto declarar la permanencia irregular, y por no ser susceptibles de deportación, sustituye la detención por la medida cautelar determinada en el numeral 10 del artículo 160 del Código de Procedimiento Penal; esto es, que se presenten en unos casos cada ocho días y en otros cada quince días, a fin de observar su comportamiento.

Igualmente se ha realizado el mismo trabajo en los Juzgados de Contravenciones, ubicados en el sector de “La Y”, donde operan 6 Unidades Judiciales. Se han revisado y analizado en el período del 18 de enero al 18 de octubre de 2013, el ingreso de ciento setenta y cinco (175) causas de deportación, de las cuales ocho (8) han argumentado y justificado ser solicitantes de refugio; y cinco (5) con el reconocimiento del estatus de refugiados. La actuación de las juezas y jueces que han conocido estas causas, reconocen los derechos de los solicitantes de refugio y refugiados de no ser deportados o devueltos a su país de origen en contra de su voluntad. Por lo general, argumentan en sus resoluciones normas contenidas en la Constitución de la República, en el Derecho Internacional Humanitario, sustentándose principalmente en el principio de no devolución.

En los casos en mención, si bien las resoluciones de los operadores de justicia se enmarcan en el marco jurídico nacional e internacional que rige para los refugiados; sin embargo, al haber sido privados de su libertad y sometidos a procesos de deportación, por la actuación desatinada y apresurada de la fiscalía, del juez de garantías y de la policía de migración, se violentaron sus derechos.

La intervención del juez en el nuevo Estado Garantista de Derechos y Justicia es determinante, ya que para administrar justicia deben sujetarse a lo establecido en la Constitución, instrumentos internacionales de Derechos Humanos y la ley, tal y como lo manifiesta el artículo 172 de nuestra Carta Magna.

La interpretación de normas constitucionales se las debe hacer en su sentido íntegro y que más favorezca los derechos del administrado; solo así prevalecerá la justicia sobre la legalidad.

La Constitución actual prevé el principio de inexistencia de un orden jerárquico (Art. 11 numeral 6), lo cual no deja de ser un problema para el administrador de justicia, ya que al tener dos principios y/o derechos iguales, existen graves inconvenientes para la aplicación e interpretación de los derechos.

Cuando existe contradicción o contraposición de normas constitucionales al momento de aplicar derechos, los jueces deberán remitirse a la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, especialmente a lo que establece el artículo 3 de la mentada Ley.

Los jueces tienen la facultad de solicitar a través de su órgano rector la interpretación de normas constitucionales a la Corte Constitucional, a fin de administrar justicia de la manera más eficaz y justa.

Se ha estudiado el Reglamento para aplicación en Ecuador del Derecho de Refugio, expedido mediante Decreto Ejecutivo No. 1182 de fecha 30 de mayo

de 2012. En el artículo 27 de dicho reglamento, se concede únicamente 15 días posteriores al ingreso al país, para que una persona que viene huyendo de su patria debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas pueda realizar la solicitud que determine su condición de refugiado/a. El plazo que se concede a estas personas se considera insuficiente, puesto que no depende solamente del solicitante para obtener dicha condición sino que también depende de los trámites burocráticos. Si la solicitud de refugio no cumple con los requisitos no se admitiría la misma y lo más seguro es que el solicitante de refugio sea deportado a su país de origen en el cual evidentemente corre peligro su vida y la de su familia, violentándose así el principio de ciudadanía universal y en general los derechos fundamentales de todo ser humano.

Al respecto es pertinente y necesario citar las observaciones realizadas por *Human Rights Watch* al gobierno ecuatoriano, que considera que se debe dejar sin efecto al Decreto Ejecutivo No. 1182, ya que el mismo se encuentra en contraposición a la Convención de Ginebra de 1951 y consecuentemente a los Derechos Humanos. Indica que los 15 días otorgados para solicitar la condición de refugio son pocos y además contienen excepciones discrecionales para otorgar dicha condición; y, observa que las razones o motivos que tiene el Ecuador para revocar la calidad de refugiado no están de acuerdo al artículo 1F de la Convención de Ginebra de 1951.

De acuerdo a las estadísticas del Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, Ecuador a nivel de Latinoamérica es el país con mayor número de refugiados acogidos (55.000), sin embargo esto no significa que Ecuador en la práctica esté cumpliendo a cabalidad sus deberes como Estado receptor.

El acceso a la administración de justicia por parte de los ciudadanos refugiados, tiene como objetivo de que sus derechos constitucionales y legales, cuando estos son vulnerados, sean reconocidos por los operadores de justicia (caso Banco del Pacífico). Con ello se consigue que se los trate de igual manera que a los ecuatorianos, sin discrimen por su origen o su situación migratoria.

La Constitución de la República prevé en ella a las Garantías Jurisdiccionales, dos de las cuales son las más aplicables a la situación que podría presentarse en el caso de los refugiados; éstas son: La acción de protección y la de Hábeas Corpus. Las demás acciones o garantías se las puede aplicar como es obvio; sin embargo en la práctica, no son inherentes al cotidiano vivir de las personas refugiadas.

La acción de protección tiene como finalidad el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución y tratados internacionales sobre Derechos Humanos, y no necesariamente se puede presentar cuando ya ocurrió un daño, sino también cuando hay la presunción del daño que podría causarse. Dicha acción tiene como propósito cesar el mismo.

La acción de protección se puede incoar siempre y cuando no se haya interpuesto otra acción anteriormente, para lo cual al momento de interponer la demanda se deberá realizar una declaración expresa señalando que no se ha presentado otra garantía constitucional anteriormente. Puede ser presentada por cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad.

La acción de protección goza de naturaleza reparatoria e inclusive acarrea

efectos indemnizatorios; al presentarla se tiene la posibilidad de solicitar medidas cautelares.

La acción de Hábeas Corpus es otra de las garantías constitucionales que pueden ser utilizadas por las personas refugiadas, ya que muchas de ellas son privadas de su libertad de forma ilegal, arbitraria o ilegítima, por encontrarse en una situación migratoria irregular. Al igual que la acción de protección puede ser presentada por cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad.

En el ámbito de Defensa y tutela de los derechos de los refugiados se ha observado que la Defensoría del Pueblo de Ecuador ha presentado acciones de protección, acciones de Hábeas Corpus, *amicus curiae*, con el propósito de precautelar los derechos que les han sido vulnerados a los refugiados. En este contexto dicha institución está cumpliendo con el mandato constitucional que recae sobre ella.

Se ha podido percibir que la Defensoría del Pueblo asiste oportunamente a los ciudadanos refugiados que han requerido de sus servicios; sin embargo, esta institución del Estado debería publicitar en los medios de comunicación, sobre los derechos que tienen los extranjeros solicitantes de refugio y aquellos a quienes se les ha reconocido el estatus de refugiado, ofreciendo sus servicios para que sus derechos no sean vulnerados, más aún cuando la Ley obliga a la Defensoría del Pueblo a difundir a la ciudadanía sus funciones y atribuciones que le otorga la Constitución y la Ley. En el caso materia de investigación, esto permitirá que las personas refugiadas conozcan que institución del Estado ecuatoriano es la encargada de salvaguardar sus derechos.

Se ha constatado un importante avance del Estado y que favorece a los refugiados, con la Resolución tomada por el Ministerio de Relaciones Laborales que deja sin efecto el artículo 3 del Acuerdo Ministerial No. 00206 de fecha 21 de octubre de 2010, el cual establecía el requisito de la Autorización Provisional de Trabajo para Refugiados.

En este contexto, las personas que tengan la calidad de refugiados ya no necesitan contar con la autorización provisional de trabajo por parte del Ministerio de Relaciones Labores. Por tanto pueden ejercer actividades lucrativas, permitidas por la ley, lo cual contribuirá a no ser una carga para el Estado ecuatoriano.

Cabe también resaltar el trabajo que viene desarrollando la Defensoría del Pueblo en materia de movilidad humana. Se conoce que está elaborando un proyecto denominado “Fortalecimiento de la Defensoría del Pueblo del Ecuador en la promoción y protección de los Derechos Humanos de las personas en contextos de movilidad”, lo cual se aspira beneficie al colectivo de personas que llegan al país, en busca de protección internacional.

La Defensoría del Pueblo en su afán de precautelar los derechos de los refugiados, está realizando un proceso de consultoría el cual versa sobre la elaboración del proyecto de Ley de Movilidad Humana, para posteriormente presentarlo en la Asamblea Nacional. En dicho proyecto se propone la regulación de la situación de los refugiados en el Ecuador.

Por otro lado, la Función Judicial a través de la Escuela Judicial, ha impartido talleres acerca de movilidad humana a los operadores de justicia. Según

información proporcionada por la Escuela Judicial, se aspira que en el país impere el respeto irrestricto de los derechos humanos, mediante la aplicación adecuada de la normativa legal nacional como internacional, prevista para las personas que demandan protección internacional.

## **5.2 RECOMENDACIONES**

Si bien el Estado ecuatoriano cuenta con la suficiente normativa legal interna que se sustenta en la aplicación de los tratados internacionales en materia de derechos de asilo y refugio del cual es parte, en muchos foros sobre la materia se ha hablado de la necesidad de un instrumento legal que tenga el carácter de Ley Orgánica, en el cual se integren todos los aspectos relacionados con la institución del refugio.

Se conoce que en el año 2005 en el entonces Congreso Nacional, se presentó un proyecto de “Ley Orgánica de Refugio”, la misma que no tuvo acogida y por ende fue archivada. Es indispensable que para fortalecer la normativa nacional en esta materia, se cuente con una ley que recoja toda la normativa tanto interna como externa, en la cual se trate en un Capítulo sobre el “Acceso a las Cortes y Tribunales de Justicia” de todo refugiado/a, con el auspicio y patrocinio de la Defensoría del Pueblo, o del Alto Comisionado de las Naciones Unidas – ACNUR, que tiene como propósito brindar asistencia a los refugiados en el mundo y encontrar soluciones duraderas para ellos.

La propuesta también se sustenta en el hecho que un Decreto Ejecutivo, como el que se cuenta al momento, en el orden jerárquico de aplicación de las normas, se encuentra en subordinación de leyes como la de Migración y

Extranjería.

Se considera igualmente importante que se reforme la Ley de Extranjería, en la cual se contemple una calidad o categoría específica para las Visas otorgadas a los refugiados, por cuanto la que se otorga actualmente (XII-4), se refiere exclusivamente para personas desplazadas como consecuencias de guerras o persecuciones políticas.

Con el propósito de evitar que los solicitantes de refugio y refugiados aceptados o reconocidos por el gobierno ecuatoriano sean objeto de detenciones y sujetos a procesos judiciales de deportación o vulneración de sus derechos, se sugiere que en los documentos que les sean entregados, se haga constar su condición o estatus, con la enumeración de los derechos que les asiste, entre los que se destaca:

No ser deportado o devuelto a su país, en contra de su voluntad; no ser sancionado por entrar de manera irregular al Ecuador; transitar libremente en el Ecuador; no ser discriminado por ningún motivo; tener acceso a la justicia, educación, salud y otros. Igualmente se considera importante se haga conocer sus deberes u obligaciones, entre ellos: Respetar la Constitución y leyes del Ecuador; acatar las medidas decretadas para mantener el orden público; no intervenir en los asuntos políticos del país.

Con el fin de procurar el acceso a la justicia de este colectivo, quienes seguramente no lo hacen por falta de recursos económicos, la Defensoría del Pueblo debería crear unidades que se encarguen de patrocinar demandas judiciales de los casos en los cuales se advierta discriminación y vulneración de

Derechos Humanos, (acceso al trabajo en instituciones públicas y privadas; educación de sus hijos; atención médica; vivienda digna, etc.). En este mismo sentido debería hacerlo el ACNUR como agencia de la Organización de las Naciones Unidas que tiene como propósito brindar asistencia a los refugiados en el mundo. Esto evitará que el Estado ecuatoriano *sea responsable por detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso, conforme así establece el artículo 11 número 9, inciso 3 de la Constitución de la República del Ecuador.*

Por cuanto se advierte que no ha existido la suficiente capacitación sobre esta materia a las autoridades administrativas, policiales y judiciales; se recomienda que los principales entes involucrados, (Consejo Nacional de la Judicatura, Defensoría del Pueblo, Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, Ministerio del Interior, Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos), suscriban un Acuerdo Interinstitucional, cuyo objeto sea el difundir el derecho que tienen los solicitantes de refugio y refugiados reconocidos; así como el derecho a denunciar en el orden administrativo y judicial cuando sus derechos han sido vulnerados. Debiendo recordar que la Constitución de la República dispone que ninguna servidora ni servidor público está exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones o por sus omisiones (Art. 233).

A las instituciones públicas, privadas y a la sociedad civil que den un trato igualitario a las personas refugiadas y no se las discriminen por su situación migratoria, ya que como los demás habitantes del Ecuador tienen derechos y por supuesto obligaciones, para lo cual a la Defensoría del Pueblo mediante oficio s/n de fecha 20 de junio de 2013 se le hizo una recomendación en el sentido de que difunda a la sociedad civil los servicios que ofrece; considere la

creación de una Unidad Especializada en Refugio; la capacitación a sus funcionarios/as y servidores/as en materia de refugiados.

A la Asamblea Nacional – Comisión de Legislación, contribuyan en la elaboración de una Ley Orgánica que regule la situación de los refugiados y también reformen la Ley de Extranjería y la Ley de Migración, a fin de que las mismas guarden concordancia con las disposiciones establecidas en la Constitución de la República.

A las autoridades de la Policía Nacional del Ecuador-Dirección Nacional de Migración, impartan cursos de Derechos Humanos y normativa sobre el Derecho del Refugio. Una persona extranjera al ser solicitante de refugio o si ya ostenta esta calidad, la Policía de Migración no puede privarles la libertad por control migratorio y sujetos a innecesarios procesos de deportación.

A las instituciones como la Defensoría del Pueblo, ACNUR, Assylum Acces, Comisión Ecuménica de Derechos Humanos CEDHU, etc., realicen acciones conjuntas a fin de que establezcan la metodología para el tratamiento del tema de los refugiados, ya que de la investigación realizada, por el alto grado de vulnerabilidad de la población refugiada, se requiere de la participación de todos los entes vinculados al tema.

Si bien es cierto que existen convenios entre la Defensoría del Pueblo y algunas de estas instituciones; sin embargo, se sugiere que no se desmaje en la búsqueda de la protección de los derechos de los refugiados y se ejecuten acciones, especialmente el 20 de junio de cada año, en el que se conmemora el “Día del Refugiado”, a través de actos que hagan que este colectivo se

sienta con la seguridad de que están siendo protegidos, y que son bien recibidos en territorio ecuatoriano. Cabe recordar que en el presente año, en su conmemoración, únicamente se hizo una caminata en el centro de la ciudad Quito.

Por último, se recomienda se incluya en los programas de estudio de los niveles primario y secundario, un tema exclusivo sobre las causas y consecuencias del fenómeno migratorio de extranjeros en el Ecuador; los derechos y deberes de la población refugiada en el país, y el rol de la sociedad civil ante este flujo migratorio. Así, se creará desde la temprana edad conciencia sobre el fenómeno de la movilidad humana, nociones de solidaridad, tolerancia y no-discriminación y sobre los derechos y obligaciones que tienen los refugiados.

## REFERENCIAS

ALZAMORA M, *"Introducción al Derecho"*, [www.bibliojuridica.com](http://www.bibliojuridica.com)

AVILA, Ramiro, *"El Neoconstitucionalismo Transformador"*, Abya-Yala, Quito, 2011.

AVILA, Ramiro, *"Las Garantías: herramientas imprescindibles para el cumplimiento de los derechos. Avances Conceptuales en la Constitución del 2008"*, en Desafíos Constitucionales, La Constitución ecuatoriana del 2008, en perspectiva. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Tribunal Constitucional del Ecuador, 2008.

CABANELLAS, Guillermo. *"Diccionario de Derecho Usual, Tomo I"*, Edit. Heliasta S.R.L., 10ma. Edición, Buenos Aires, 1979.

Código de Derecho Internacional Privado Sánchez de Bustamante, en Registro Oficial Suplemento No. 153 de 25 de noviembre de 2005.

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

Convención de Ginebra de 1951.

COUTURE, Eduardo. *"Fundamentos del Derecho Procesal Civil"*, Edit. B de F. 4ta. Edición, Montevideo, 2002, pp. 47 y 48.

FERRAJOLI, Luigi, "Derechos y Garantías. La ley del más débil", editorial Trotta, segunda edición, Madrid, 2001, p. 67.

FERRAJOLI, Luigi, "Iuspositivismo crítico y democracia constitucional", en Epistemología jurídica y garantismo, Fontamara, México, 2004.

<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2194/35.pdf>

[http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_18\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf)

[http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com\\_content&view=article&id=6314:el-amicus-curiae&catid=49:procedimiento-civil](http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&view=article&id=6314:el-amicus-curiae&catid=49:procedimiento-civil)

[http://www.inredh.org/index.php?option=com\\_content&view=article&id=162:avances-del](http://www.inredh.org/index.php?option=com_content&view=article&id=162:avances-del)

<http://www.telegrafo.com.ec/actualidad/item/ecuador-ratifica-su-compromiso-con-la-proteccion-de-los-derechos-humanos-de-los-refugiados.html>

Ley de Extranjería en Registro Oficial No. 454 de 04 de noviembre de 2004.

Ley de Migración en Registro Oficial No. 563 de 12 de abril de 2005.

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en Registro Oficial Suplemento 52 de 22 de octubre de 2009.

Ley Orgánica de la Defensoría del pueblo, en Registro Oficial Suplemento No. 796 de 25 de Septiembre del 2012.

Manual de Procedimientos y Criterios para determinar la condición de Refugiado, 1992.

MORERO, José, "Comanducci sobre neoconstitucionalismo", Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010, pp. 200, 202 y 204.

Opinión Consultiva Oc-18/03, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, 2002.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1976.

Periódicos “El Comercio” y “El Universo”, de circulación en el país.

Reglamento para aplicación en Ecuador del Derecho de Refugio mediante Decreto Ejecutivo No. 1182 de 30 de mayo de 2012.

TRUJILLO, Julio César, “*Teoría del Estado en el Ecuador*”, Corporación Editora Nacional, Quito, 1994.

VILA Casado. *Fundamentos de Derecho Constitucional Contemporáneo*, Editorial Legis, Bogotá 2007.

ZABALA, Jorge. *Apuntes sobre Neoconstitucionalismo, acciones de protección y ponderación acción de inconstitucionalidad proceso constitucional*. Publicación particular, Guayaquil, 2009.

## **ANEXOS**

## ANEXOS

- 1.- Oficio Nro. DPE-DP-2013-0321-O de fecha 25 de junio de 2013, suscrito por el Dr. Patricio Benalcázar, Defensor del Pueblo subrogante a esa fecha.
- 2.- Oficio s/n de fecha 20 de junio de 2013 suscrito por Cristhian Trujillo Egas dirigido al Dr. Ramiro Rivadeneira Silva, Defensor del Pueblo.
- 3.- Memorando No. EFJ-PU-364-2013 de fecha 05 de agosto de 2013, suscrito por Patricia Heerrmann, Directora de la Escuela de la Función Judicial del Consejo de la Judicatura.
- 4.- Oficio s/n de fecha 15 de julio de 2013, suscrito por Cristhian Trujillo Egas dirigido al Dr. Gustavo Jalkh Röben, Presidente del Consejo Nacional de la Judicatura.
- 5.- Acuerdo Ministerial No. 118 de fecha 02 de julio de 2012, suscrito por el Dr. Francisco Vacas, Ministro de Relaciones Laborales.
- 6.- Oficio Nro. DPE-DP-2013-0240-O de fecha 21 de mayo de 2013 suscrito por el Dr. Ramiro Rivadeneira Silva.
- 7.- Oficio Nro. SENPLADES-SGPBV-2013-0698-OF de fecha 05 de junio de 2013 suscrito por la Mgs. María Larrea Maldonado.
- 8.- Correo electrónico y anexos de fecha 25 de junio de 2013 remitido por Gladys Calvopiña Herrera de la Coordinación Nacional de Educación y Promoción de la Defensoría del Pueblo, dirigido a Cristhian Trujillo Egas en atención a la información solicitada.
- 9.- Oficio s/n de fecha 15 de julio de 2013, suscrito por Cristhian Trujillo Egas dirigido al ACNUR.

10.- Correo electrónico y anexos de fecha 26 de julio de 2013 remitido por Sonia Aguilar del Departamento de información pública del ACNUR dirigido a Cristhian Trujillo Egas.

11.- Nota de prensa del diario hoy de fecha 23 de julio de 2013 en la cual se publica las críticas que realiza Human Rights Watch al Estado Ecuatoriano.

12.- Resolución No. 0150-DPE-2013-AYV de fecha 23 de julio de 2013, suscrita por el Dr. Patricio Benalcázar, Adjunto Primero de la Defensoría del Pueblo mediante la cual autoriza y aprueba el inicio de proceso para la “Elaboración del proyecto de Ley de Movilidad Humana”.

13.- Resolución No. 0161-DPE-2013-JLA de fecha 05 de agosto de 2013, suscrita por la Ab. Alexandra Banchón, Adjunta Primera Subrogante de la Defensoría del Pueblo mediante la cual adjudica al Ab. Javier Arcentales Illescas la “Elaboración del proyecto de Ley de Movilidad Humana”.

14.- Contrato Nro. 054-DPE-2013-JLA de fecha 07 de agosto de 2013 con el cual la Defensoría del Pueblo y el Ab. Javier Arcentales Illescas convienen en la “Elaboración del proyecto de Ley de Movilidad Humana”.

15.- Fotografía del papelógrafo de la Defensoría del Pueblo en la cual se promociona una línea informativa gratuita al derecho del refugio.

16.- Oficio s/n de fecha 18 de octubre de 2013, suscrito por Cristhian Trujillo Egas dirigido al Ing. Roberto Gabela, Director de la Unidad Primera Judicial de Contravenciones.