

CUADERNOS de PROTECCIÓN

1

LAS GARANTÍAS Y LOS
RECURSOS EN SEDE
ADMINISTRATIVA APLICABLES
AL PROCEDIMIENTO PARA
DETERMINAR LA CONDICIÓN
DE REFUGIADO

UN ESTUDIO DESDE LA PERSPECTIVA DEL
DERECHO ADMINISTRATIVO ECUATORIANO

Gastón A. Velásquez Villamar

LAS GARANTÍAS Y LOS RECURSOS EN SEDE ADMINISTRATIVA APLICABLES AL PROCEDIMIENTO PARA DETERMINAR LA CONDI- CIÓN DE REFUGIADO

Un estudio desde la perspectiva del Derecho Administrativo ecuatoriano

Gastón A. Velásquez Villamar

Serie Cuadernos de Protección

Volumen 1

Primera edición:

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR)

Quito, marzo 2014

Coordinación editorial: Sonia Aguilar, Ana Gabriela Acosta

Diseño, diagramación e impresión: Mantis Comunicación

ISBN ACNUR: ISBN-978-9942-8511-0-9

Derechos de autor: 043307

La investigación que dio origen a este libro fue realizada gracias al apoyo del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, ACNUR. Las opiniones que aquí se expresan son responsabilidad del autor y, por tanto, no suponen un punto de vista oficial de ACNUR.

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, ACNUR
Avenida Amazonas 2889 y La Granja • Quito, Ecuador
Teléfonos: (593 2) 2460 330 • Fax: (593 2) 2460280
www.acnur.org • ecuqu@unhcr.org

Tabla de contenidos



1. Introducción	5
2. Garantías del procedimiento administrativo	6
3. Situaciones particulares del solicitante de asilo y el refugiado	27
4. Normas comunes del procedimiento administrativo en vía de recurso	47

1. Introducción

El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), en el marco de la estrategia de protección que desarrolla en el Ecuador, presenta un estudio integral desde el Derecho Administrativo al procedimiento para determinar la condición de refugiado en el Ecuador.

Este trabajo aborda sistemáticamente las garantías, derechos y obligaciones que se conjugan, dentro del procedimiento administrativo, con las notas del ordenamiento jurídico ecuatoriano y el derecho internacional de los refugiados. Su propósito es servir como un breve manual a los socios del ACNUR, servidores y funcionarios públicos.

El estudio está organizado en tres capítulos. El primero establece el concepto de refugiado, sus derechos, garantías y obligaciones en el contexto del procedimiento administrativo. Ello puede resultar de especial interés para la administración pública, al explicarse sus deberes en orden al debido proceso.

El segundo artículo aborda aspectos jurídicos relativos al solicitante de asilo, el refugiado y su participación en el procedimiento administrativo ecuatoriano.

En el tercer capítulo se encontrará una revisión de los recursos en sede administrativa con el detalle del procedimiento, de modo que su interposición, asegure el cabal ejercicio y respeto de los derechos fundamentales.

2. Garantías del procedimiento administrativo

Introducción

El procedimiento administrativo es una garantía a favor de las personas. Obliga a que la administración pública, en el marco del servicio a la colectividad, actúe conforme al principio de legalidad, conozca la realidad sobre la que se pronunciará y exprese su decisión apegada a los derechos constitucionales y conforme los fines de ley.

Principios comunes del procedimiento para determinar la condición de refugiado

El régimen legal del procedimiento para determinar la condición de refugiado está prescrito en disposiciones y principios de aplicación de derechos humanos establecidos en la Constitución de la República del Ecuador (en adelante Constitución); en tratados y convenios internacionales tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos (Art. 14), la Convención Americana sobre Derechos Humanos conocida como “Pacto de San José de Costa Rica” (Art. 22 ordinales 7 y 8), la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967; en el Reglamento para la aplicación en el Ecuador del Derecho de Refugio; en el art. 41 de la Constitución de la República; en las normas contenidas en la Convención de las Naciones Unidas de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y en su Protocolo de 1967 (en adelante Decreto Ejecutivo 1182 de 2012).

El presente estudio supone un esfuerzo integral de análisis del procedimiento para determinar la condición de refugiado en el Ecuador desde el Derecho Administrativo. Igualmente, y con el propósito de servir como breve manual a las organizaciones y entidades involucradas en el tema de refugiados, este trabajo aborda sistemáticamente las garantías, derechos y obligaciones que se conjugan dentro del procedimiento administrativo, con las notas del ordenamiento jurídico ecuatoriano y el Derecho Internacional de los Refugiados, entre ellos:

- a) Deber de asegurar el ejercicio de derechos como grupo que goza de protección especial (art. 11.8, 41 y 426);
- b) Deber de favorecer la efectiva vigencia de aquellos derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos (art. 11.5);
- c) Debido proceso (art. 76 y 77; Decreto Ejecutivo 1182 de 2012, art. 23);
- d) Derecho de petición (art. 66.23; Decreto Ejecutivo 1182 de 2012, art. 2);
- e) Igualdad de derechos entre nacionales y extranjeros (art. 9, Decreto Ejecutivo 1182 de 2012, art. 3 y 59);
- f) Impugnación de los actos administrativos (art. 173);
- g) No aplicación de sanciones penales por el hecho de su ingreso o de su permanencia irregular (art. 31 de la Convención de 1951 y 41 de la Constitución, Decreto Ejecutivo 1182 de 2012, art. 12);
- h) No devolución o *non refoulement*, que implica el derecho para acceder al territorio y al procedimiento para la determinación de la condición de refugiado, al prohibir el *rechazo del solicitante en cualquier puesto de control migratorio* y la devolución forzosa de aquellas personas en necesidad de protección internacional (art. 33 de la Convención de 1951 y 41 de la Constitución; Decreto Ejecutivo 1182 de 2012 art. 9 y 27);
- i) No discriminación de las personas por su condición migratoria (art. 11.2);
- j) Reconocimiento del derecho de Asilo y Refugio (art. 41); y,
- k) Tutela judicial efectiva (art. 75).

El art. 41 de la Norma Fundamental exige un desarrollo del derecho de asilo y refugio a través de una ley. De hecho se refiere explícitamente a este instrumento.

Aunque el Decreto Ejecutivo 1182 de 2012 procura consolidar varios cuerpos legales referentes al estatuto de refugiado y armonizar su contenido con la Política del Estado ecuatoriano en materia de protección de refugiados, es cuestionable que por vía reglamentaria se regule el ejercicio de derechos y garantías constitucionales cuando para ese caso se reclama una ley orgánica conforme con el art. 133 num. 2 de la Constitución.

La administración, sin requerir de una ley, podría mejorar los procedimientos en aspectos relativos a la ayuda administrativa como la debida orientación a los solicitantes, enfoques diferenciados de protección, especialmente para menores, y, por supuesto, una coordinación eficaz entre los distintos estamentos del Estado con el propósito de prevenir la detención arbitraria.

Sin embargo, ante la ausencia de una ley persistirían los problemas relativos a la asignación de competencias por fuente legal, al alcance de los derechos derivados del estatuto de refugiado, a su régimen de garantías, cancelación, revocación, cesación y expulsión, así como a la positivización de las causales de rechazo de las solicitudes y al régimen de impugnación, aspectos propios del contenido de una Ley.

Definición de refugiado

Los presupuestos que definen a un refugiado son taxativos y están en relación con los hechos concernientes a la persecución, temor fundado, huida y a la imposibilidad de acceder a la protección nacional.

Es refugiado todo extranjero que cumple los presupuestos de la Convención de 1951 en su art. 1 apartado A y el Decreto Ejecutivo 1182 de 2012 art. 8

Revisemos estos elementos caracterizadores de la definición de refugiado conforme lo dispuesto en la Convención de 1951 y el art. 8 del Decreto Ejecutivo 1182 de 2012.

Persecución y temor

- i) Temor con fundada razón ante la posibilidad de ser perseguido por su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social o por sus opiniones políticas;

Huida

- ii) Encontrarse fuera del país cuya nacionalidad posee, como consecuencia de la persecución y temor;

Protección nacional

- iii) No puede o, a causa de este temor, no quiere recurrir a la protección de su país;

Caso especial de los apátridas

- iv) No teniendo nacionalidad y encontrándose fuera del país de residencia habitual a causa de persecución y temor, no puede o no quiere regresar.

Por solicitante de asilo entendemos al extranjero que luego de cruzar la frontera¹ presenta una solicitud de refugio² ante las autoridades de un país distinto a su nacionalidad o residencia habitual.

¿*Solicitud de asilo o solicitud de refugio?* La concepción jurídica latinoamericana desarrolló el concepto de asilo en varios instrumentos internacionales anteriores a la Convención de 1951.³ En el caso ecuatoriano, la Constitución, en su art. 41, distingue los derechos de asilo⁴ y refugio⁵.

En instrumentos internacionales como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, en su art. 27 dispone que: “... *Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero, en caso de persecución que no sea motivada por delitos de derecho común y de acuerdo con la legislación de cada país y con los convenios internacionales....*”.

1 Decreto Ejecutivo 1182 de 2012 en el art. 5 define frontera como: “...*el límite territorial, los puertos y aeropuertos de entrada o los límites de las aguas territoriales...*”.

2 Conforme la legislación ecuatoriana, ver Decreto Ejecutivo 1182 de 2012 art. 19 y 27.

3 Tratado de Montevideo de 1889, Convenio bolivariano de 1911, Convención de la Habana de 1928, Convención de Montevideo de 1933, etc., instrumentos internacionales citados por Marco Gerardo Monroy Cabra, Derecho Internacional Público, Bogotá – Colombia, Editorial TEMIS Quinta edición 1992 página 636 y siguientes.

4 En lo referente al asilo consideramos las siguientes leyes: Ley Orgánica del Servicio Exterior art. 4 ordinal 7, Ley de Migración art. 15, Ley de Extranjería art. 4 y la Ley de extradición art. 5.

5 El Decreto Ejecutivo 1182 de 2012 en su art. 27 se refiere sólo a la: “...*solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado/a...*”.

Al definirse esto jurídicamente como el derecho de asilo es pertinente referirse a la *solicitud de asilo* en un procedimiento administrativo de refugio, cuando se está buscando la protección de un Estado por causa de la persecución y la incapacidad de acceder a la protección nacional en el país de la nacionalidad o residencia habitual del solicitante, conforme los términos de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados.

Las referencias en el ordenamiento jurídico interno a la *solicitud de refugio* responden al ejercicio de la soberanía del Estado ecuatoriano, manifestada en las normas que expide para regular el procedimiento administrativo que asegure el reconocimiento de los solicitantes que merecen su protección o, motivadamente, identifique los casos de personas que no la merezcan.

Garantías del procedimiento administrativo

El Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva (en adelante ERJAFE) es la norma que regula el procedimiento administrativo común de la administración pública y sus disposiciones aplican expresamente al Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, conforme a su art. 16 apartado b, en concordancia con su art. primero.

Los art. 14, 15 y 33 del Decreto Ejecutivo 1182 de 2012, que asigna competencias al Ministerio y a sus dependencias como la Comisión para determinar la Condición de los Refugiados en el Ecuador y la Dirección de Refugio, extiende a sus funcionarios y servidores la obligación de observar las garantías al procedimiento dispuestas en el ERJAFE.

El procedimiento administrativo a tomar en cuenta observa una serie de principios que favorezcan la recta formación de la voluntad administrativa, tales como: contradicción, economía procesal, *in dubio pro actione*,⁶ oficialidad, imparcialidad, transparencia, gratuidad y motivación⁷, entre otros que revisaremos a continuación.

6 En caso de dudas, el órgano actuante interpretará las normas del procedimiento en sentido que favorecerá la solicitud o acción presentada por el interesado, de modo que pueda decidir sobre el fondo de la cuestión objeto del procedimiento.

7 Seguimos la clasificación de Eduardo García de Enterría, Tomás Ramón Fernández, en su obra Curso de Derecho Administrativo, Tomo II, CIVITAS Ediciones S.L. décima edición, página 457.

El carácter contradictorio del procedimiento administrativo

Es una garantía del procedimiento administrativo, prevista en el art. 152.3 del ERJAFE, el que la administración asegure la participación de los interesados en igualdad de condiciones para que puedan hacer valer sus derechos en cada uno de los trámites y momentos procesales, previos a la resolución.

Sin perjuicio de lo previsto en los convenios internacionales, Constitución y leyes, los solicitantes de asilo frente a la administración, acorde al art. 205 del ERJAFE, tienen los siguientes derechos⁸:

- Conocer en cualquier momento el estado de su trámite y obtener copias de los documentos contenidos en ellos (art. 205.a, en concordancia con el Decreto Ejecutivo 1182 de 2012, art. 23);
- Conocer la identidad de las autoridades que tramitan el procedimiento administrativo (art. 205.b);
- Obtener copias certificadas de los documentos originales que consten en cualquier expediente administrativo (art. 205.c);
- Solicitar la práctica de cuanto acto probatorio estime necesario en la alegación de sus derechos y, en general, ejercer una amplia defensa en los procedimientos administrativos previa resolución (art. 205.d);
- Aducir alegaciones y aportar documentos u otros elementos de juicio (art. 146) en cualquier momento del procedimiento anterior al trámite de audiencia⁹, solicitar la apertura de un período de prueba que la administración está en la obligación de conceder (art. 147.4), y proponer aquellas actuaciones que requieran su intervención (art. 145, 148, 151 y 190);

El procedimiento administrativo tiene el carácter de contradictorio, al confrontar distintos derechos e intereses en presencia de sus titulares y evacuarlos previamente a emitir una decisión.

- Que no se les exija la presentación de copias o documentos que deban reposar en los archivos de la entidad (art. 205.e);
- Que se les informe sobre los instructivos relacionados con el procedimiento de su interés (art. 205.f, en concordancia con el Decreto Ejecutivo 1182 de 2012, art. 28);

8 Para el trámite de refugio, retomamos estos principios en el capítulo II.

9 Ver capítulo II subcapítulo VII.

- Acceso a los archivos de la administración (art. 205.g); y,
- Ser oído y tratado con respeto (art. 205.h).

El principio de economía procesal

Este principio se manifiesta como una atribución de la autoridad actuante para acordar en un solo acto todos los trámites que, por su naturaleza, admitan un impulso simultáneo, como consta en el art. 142 del ERJAFE, permitiéndole disponer la acumulación de un procedimiento iniciado a otros con los que guarde identidad sustancial o íntima conexión, según el art. 140.

Este principio está recogido en varias disposiciones del Decreto Ejecutivo 1182 de 2012. Por ejemplo, en su art. 37 dispone que el procedimiento será llevado a cabo de la manera más expedita; en su art. 22 manda que se actúe con celeridad cuando se traten de personas pertenecientes a grupos de atención prioritaria determinados en la Constitución; y, en su art. 32 ordena la premura de la notificación de admisibilidad.

El órgano actuante debe resolver la solicitud con el menor empleo posible de actos procedimentales, recursos económicos y tiempo.

En tanto la aplicación del principio de economía procesal no suponga una violación a los derechos fundamentales previstos en la Constitución, los tratados, convenios internacionales y las leyes que regulen el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, no se afecta la validez del procedimiento administrativo.

El principio de interpretación a favor de la acción (in dubio pro actione)

Por este principio, la administración está obligada a realizar una interpretación favorable al ejercicio del derecho de acción y actuar de tal modo que pueda decidir sobre el objeto del procedimiento¹⁰.

El art. 114 del ERJAFE establece como un deber de la administración adoptar las medidas oportunas para remover los obstáculos que impidan,

10 Ver capítulo III subcapítulo VII.

dificulten o retrasen el ejercicio pleno de los derechos de los interesados o el respeto a sus intereses legítimos¹¹.

El artículo precitado dispone que la tramitación del procedimiento administrativo no se suspenderá por falta de requisitos formales. En estos casos, el órgano de instrucción solicitará de oficio al interesado que complete su petición o escrito, cuando los términos de su solicitud resulten oscuros, incompletos o faltantes en su declaración.

El último inciso del art. 29 del Decreto Ejecutivo 1182 de 2012 dispone que: *“...La persona solicitante de refugio podrá acompañar a su solicitud, copias de los documentos que estimare pertinentes, para sustentar su petición. No obstante, la no presentación de documentos no acarreará la negativa de la recepción de la solicitud...”*. Por efecto de esta disposición se asegura la obligación del órgano actuante de resolver el fondo de la solicitud.

Conforme el art. 27 del Decreto Ejecutivo 1182 de 2012¹², un papel firmado dirigido al órgano actuante es un medio válido para acreditar la representación. La falta o insuficiencia de la representación, conforme el art. 187 del ERJAFE, imponen al órgano de instrucción el deber de otorgar un plazo al interesado para que la subsane mediante ratificación y en los casos de mero trámite, acorde al art. 186, se presumirá dicha representación.

Los requisitos formales serán interpretados por el órgano actuante de manera que no se opongan a resolver el contenido de la solicitud o acción.

Si la administración no observa los supuestos defectos de la solicitud de iniciación del procedimiento y no otorga un plazo para que el interesado los subsane, en atención a la doctrina de los actos propios prevista en el art. 96 del ERJAFE, que señala que los administrados no podrán ser perjudicados por los errores u omisiones cometidos por la administración, no podría inadmitir el trámite alegando dichos defectos.

11 El ERJAFE prescribe otras reglas de sustanciación conforme el principio indicado. Por ejemplo, en su art. 180 num. 2, dispone que el error en la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación; en el art. 159 consta el deber de la administración de advertir el plazo en que se provocará la caducidad del procedimiento; el art. 138 establece que es obligatorio para la administración requerir del interesado, en un plazo de diez días, que subsane la falta o acompañe los documentos según cada caso; de igual modo podrá subsanar la falta o insuficiente acreditación de la representación, según el art. 108.

12 En concordancia con el art. 108 del ERJAFE.

El principio de oficialidad

Este principio está vinculado con la obligación de resolver¹³ que tiene la administración pública. Su aplicación presenta dos manifestaciones: cuando de oficio inicia un procedimiento administrativo y en el impulso de oficio de los actos procedimentales¹⁴ que permitan resolver al órgano competente.

La administración pública debe impulsar de oficio la instrucción del procedimiento administrativo hasta dictar la resolución.

La Constitución en su art. 11.3 establece que la servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte, tiene el deber de aplicar de modo directo e inmediato los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

El Decreto Ejecutivo 1182 de 2012 en su art. 42, concordante con el art. 145 del ERJAFE, permite a la Comisión requerir a la Secretaría Técnica que gestione la obtención de información adicional, incluyendo nuevas entrevistas, documentos, ampliación de información de país de origen, entre otros, que le permita contar con suficientes elementos de juicio para emitir su resolución.

El principio de oficialidad se manifiesta en el contenido de la resolución de los recursos administrativos, en el cual debe la autoridad actuante decidir cuantas cuestiones, tanto de forma como de fondo, plantee el procedimiento, hayan sido o no alegadas por los interesados, conforme el art. 191 del ERJAFE.

Legitimación

Empecemos matizando los conceptos referidos por el art. 107 del ERJAFE relativos al derecho e interés legítimo¹⁵.

Es una atribución subjetiva por la cual una persona o un grupo particular de personas tienen la aptitud legal de iniciar, comparecer o participar en el desarrollo del procedimiento administrativo.

13 Ver capítulo I subcapítulo XIV.

14 Ver capítulo II subcapítulos IV, V, VI, VII y VIII.

15 Respecto a los recursos administrativos, ver capítulo III subcapítulo III.

Cuando el interesado es titular de un derecho, se entiende la alusión de un derecho subjetivo que es una prerrogativa reconocida y garantizada por el ordenamiento jurídico para que arbitre su ejercicio (*erga omnes*¹⁶) como dueño de un bien y exija el cumplimiento de un derecho frente a las demás personas, incluyendo a la administración pública.

Por interés legítimo¹⁷ entendemos aquel interés individual o colectivo por el cual la estimación del recurso produce un beneficio o evita un perjuicio a la persona que lo interpone, siempre que esté vinculado a un interés público y protegido por el ordenamiento mediante su tutela jurídica¹⁸.

La legitimación no equivale a la existencia objetiva del derecho, relación material o interés legítimo. Para ser parte en el procedimiento administrativo es suficiente que la titularidad sea simplemente afirmada, acorde al art. 2 del Decreto Ejecutivo 1182 de 2012 y el art. 107 del ERJAFE, en el desarrollo del concepto de interesado como “*quienes promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos*” y a los titulares, lo cual será declarado en la resolución.

En consecuencia están legitimados para comparecer en el procedimiento administrativo:

- Quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos;
- Los que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte;
- Aquellos cuyos intereses legítimos, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se vuelvan parte en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva;

16 Contra todos, respecto a todos.

17 Respecto a la definición de interés legítimo seguimos a Guido Zanobini, Curso de Derecho Administrativo, I, traducción de la quinta edición italiana por Héctor Masnatta, Buenos Aires, Ediciones Arayú 1954, citado por Juan Carlos Benalcázar Guerrón, Derecho Procesal Administrativo ecuatoriano, Andrade & Asociados Fondo Editorial, primera edición, Quito – Ecuador 2007, página 311.

18 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión consultiva OC-5/85: "...78. Se ha señalado igualmente que la colegiación de los periodistas es un medio para el fortalecimiento del gremio y, por ende, una garantía de la libertad e independencia de esos profesionales y un imperativo del bien común. No escapa a la Corte que la libre circulación de ideas y noticias no es concebible sino dentro de una pluralidad de fuentes de información y del respeto a los medios de comunicación. Pero no basta para ello que se garantice el derecho de fundar o dirigir órganos de opinión pública, sino que es necesario también que los periodistas y, en general, todos aquéllos que se dedican profesionalmente a la comunicación social, puedan trabajar con protección suficiente para la libertad e independencia que requiere este oficio. Se trata, pues, de un argumento fundado en un interés legítimo de los periodistas y de la colectividad en general, tanto más cuanto son posibles e, incluso, conocidas las manipulaciones sobre la verdad de los sucesos como producto de decisiones adoptadas por algunos medios de comunicación estatales o privados...".

- Las asociaciones y organizaciones debidamente constituidas, representativas de intereses gremiales, económicos o sociales, serán titulares de intereses legítimos colectivos en los términos que la ley se los reconozca; y,
- Cuando la condición de interesado derivase de alguna relación jurídica transmisible.

El derecho subjetivo del solicitante de asilo está fundamentado en la Constitución que en su art. 41 expresamente reconoce los derechos de asilo y refugio, en concordancia con el Decreto Ejecutivo 1182 de 2012 que en su art. 8 ordena: “...será reconocido como refugiado en el Ecuador...”, por lo cual el reconocimiento sucederá, acontecerá o tendrá lugar cuando el solicitante cumpla con las condiciones requeridas por los instrumentos internacionales y el derecho interno.

El Decreto Ejecutivo 1182 de 2012 en sus art. 12 y 27 establece como requisitos que deberá cumplir el solicitante al momento de presentar su solicitud: “...1. *Que se presenten a las autoridades dentro de los primeros 15 días desde su llegada;* 2. *Que manifiesten su necesidad de protección internacional;* y, 3. *Que aleguen causa justificada de su entrada o permanencia irregular...*”.

La imparcialidad

Este requisito es impuesto a la administración por el art. 232 de la Norma Fundamental que prohíbe sean designados como funcionarios públicos quienes tengan intereses en las áreas que vayan a ser controladas o reguladas, o representen a terceros que los tengan.

En el caso de los servidores se ordena el deber de abstención cuando sus intereses entren en conflicto con los del organismo o entidad en los que presten sus servicios.

El ERJAFE, en la perspectiva del procedimiento administrativo, procura garantizar este mínimo de imparcialidad ordenada constitucionalmente a través de las técnicas de abstención y recusación (art. 104 y 105).

La abstención se impone como un deber del propio servidor o funcionario público al constatar que está incurrido en las circunstancias señaladas en el num. 2 del art. 104 del ERJAFE, es decir: tener un interés personal,

amistad íntima o enemistad manifiesta, haber intervenido como perito o testigo dentro del procedimiento, tener relación de parentesco en el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, mantener cualquier tipo de asociación o relación de servicios con los interesados.

Es deber de la administración valorar los distintos derechos e intereses confrontados en el procedimiento administrativo, con independencia de inclinaciones políticas o económicas.

El incumplimiento del deber de abstención puede acarrear la determinación de responsabilidades al servidor o funcionario¹⁹, pero el acto administrativo en el que hubiere actuado cuando concurren motivos de abstención, no implicará necesariamente su invalidez.

El ERJAFE en su art. 105 permite a los interesados recusar a los servidores o funcionarios incurso en alguna de las circunstancias de abstención. Presentada la recusación, el superior jerárquico ordenará la sustitución del funcionario o servidor cuando hubiere aceptado la causa alegada. En caso contrario se dispondrá una fase sumaria de comprobación como paso previo a resolver. Del contenido de dicha resolución no cabrá recurso, sin perjuicio de la posibilidad de alegar la recusación al interponer la impugnación.

El principio de transparencia en el procedimiento administrativo

Es deber de la administración permitir el acceso a sus archivos, notificar sus actos, publicar sus procedimientos y ofrecer un conocimiento leal a las partes de sus actuaciones.

El acceso a la información pública es un derecho de las personas que garantiza el Estado, acorde al art. primero de la Ley Orgánica de transparencia y acceso a la información pública, que califica como pública toda la información que emane o que esté en poder de las instituciones, organismos y entidades, personas jurídicas de derecho público o privado que,

¹⁹ Acuerdo Nro. 039 de la Contraloría General del Estado: "...407-08 Actuación y honestidad de las servidoras y servidores. Las servidoras y servidores, cualquiera sea el nivel que ocupen en la institución, están obligados a actuar bajo principios de honestidad y profesionalismo, para mantener y ampliar la confianza de la ciudadanía en los servicios prestados, observando las disposiciones legales que rijan su actuación técnica. No podrán recibir ningún beneficio directo o indirecto y se excusarán de intervenir en asuntos en los que tengan conflictos de interés personal o de su cónyuge o conviviente, hijos y parientes hasta el segundo grado de afinidad o cuarto de consanguinidad..."

para el tema materia de la información, tenga participación del Estado o sean sus concesionarios.

Para asegurar el cumplimiento de este principio, en el marco de la vigilancia y fiscalización del poder público, el segundo artículo no numerado luego del art. 50 ERJAFE dispone que ningún funcionario de la administración podrá negar a los ciudadanos el acceso a la documentación que se halle en su poder en razón de las funciones a su cargo o en los archivos bajo su custodia, con exclusión de aquellos declarados por ley como reservados.

No obstante, respecto a los datos aportados por los solicitantes de asilo en la entrevista, estos están protegidos por el derecho a la confidencialidad de acuerdo a los art. 15, 30 y 36 del Decreto Ejecutivo 1182 del 2012, ante los riesgos asociados a casos en que su información personal cae en manos de sus perseguidores. No se presumirá la autorización del solicitante o refugiado a efecto de permitir el acceso, divulgación o transmisión a terceros de sus datos personales.

En consecuencia, el principio de publicidad no se podría aplicar al contenido de la entrevista, salvo que el acceso a la información sea requerido por el solicitante o su representante²⁰, quienes podrán acceder al expediente en cualquier estado y tiempo del procedimiento atendiendo a lo dispuesto en el art. 205 del ERJAFE, en concordancia con el art. 76 num. 7, apartados a y d, de la Constitución.

Cabe observar del texto legal citado, que el principio de confidencialidad se constituye en un derecho subjetivo del solicitante y a la vez en un deber para la administración, prohibiendo a sus servidores o funcionarios divulgar, facilitar o permitir el acceso de los datos proporcionados en la entrevista por el solicitante de asilo.

En modo alguno el órgano actuante puede interpretar que la aplicación de la confidencialidad supone desentenderse de la obligación de practicar la notificación al solicitante o a su representante cuando lo exija su contenido o el procedimiento, puesto que invariablemente²¹ se afectarían las

20 Ver capítulo II subcapítulo I.

21 Jurisprudencia sobre la notificación y el debido proceso. Tribunal Constitucional, Segunda Sala Resolución No. 0598-2006-RA del 28 de abril de 2008: "...En el caso presente no ha habido ni citación con el 'Auto Inicial' ni notificaciones con ninguna de las actuaciones dentro del sumario administrativo instaurado en contra del... Un acto es ilegítimo cuando ha sido dictado por autoridad que no tiene competencia para ello, o sin observar los procedimientos previstos en el ordenamiento jurídico, o cuando su contenido es contrario a dicho ordenamiento, o ha sido dictado arbitrariamente, esto es, sin fundamento o suficiente motivación. Por lo tanto, el acto de suspensión de funciones sin goce de sueldo impuesto al accionante... no solo es ilegítimo en la medida que se deja de lado el principio de supremacía de la Constitución al negársele el derecho a la defensa y con ello, la garantía del debido proceso, sino que también, se ha incumplido normas

normas constitucionales relativas al debido proceso y causaría el estado de indefensión al solicitante.

Cuando la administración requiera proteger la identidad del solicitante en la práctica de la notificación deberá usar el número de trámite, como lo dispone el art. 30 del Decreto Ejecutivo 1182 del 2012, o publicará una somera indicación del contenido del acto y del lugar donde los interesados podrán comparecer, en el plazo que se establezca para conocimiento del contenido integro del mencionado acto y su constancia, conforme el art. 128 del ERJAFE.

Otro aspecto asociado al principio de transparencia tiene relación con el derecho de los interesados a conocer los reglamentos e instructivos internos que tengan relación con el procedimiento del cual son parte, lo cual se cumple por parte de la administración con la publicidad de sus procedimientos.

Como regla general, la administración pública está obligada a informar sobre sus procedimientos. Así lo dispone la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción en su art. 10 literal a, respecto a las medidas para desarrollar la transparencia en sus actuaciones: *“...La instauración de procedimientos o reglamentaciones que permitan al público en general obtener, cuando proceda, información sobre la organización, el funcionamiento y los procesos de adopción de decisiones de su administración pública...”*.

El Decreto Ejecutivo 1182 de 2012 en su art. 28 dispone: *“...Todo/a servidor/a público/a tiene la obligación de informar a la persona en necesidad de protección internacional sobre la autoridad competente en materia de protección de refugiados/as y el procedimiento, derechos y garantías que le asisten...”*, obligación asociada con la dispuesta en el art. 137 del ERJAFE, por la cual la administración desarrollará modelos de solicitudes, reclamos o recursos y los colocará a disposición de los interesados.

Sobre la gratuidad

En el procedimiento administrativo, en principio, el interesado no debería incurrir en otros gastos que no sean aquellos que imponen la práctica de

que regulan la administración pública, ocasionándole un inminente daño grave que no afecta solo a su persona, sino que esencialmente, a su núcleo familiar...”.

la prueba propuesta a su instancia a reserva de la liquidación definitiva, conforme el art. 148 num. 3 del ERJAFE.

Respecto al procedimiento administrativo para determinar la calidad de refugiado, este se realizará sin costo alguno para la persona solicitante, de conformidad con el art. 37 del Decreto Ejecutivo 1182 de 2012.

De conformidad con el art. 3 ordinal primero y 11 num. 3 de la Norma Fundamental, una carga pecuniaria que imponga la administración pública a este trámite podría resultar en un obstáculo al ejercicio de los derechos que prioritariamente está llamada a garantizar.

La Convención de 1951 en su art. 29 apartado primero ordena que los Estados Contratantes no impondrán a los refugiados derechos, tasas, impuestos bajo cualquier denominación, diversos o más elevados que los aplicados a sus nacionales en situaciones análogas, y en el caso de indigentes podrá hacer reservas excepcionales respecto a la retribución por servicios administrativos, conforme su art. 25 apartado cuarto.

El procedimiento administrativo será gratuito, salvo los casos en que la ley imponga el pago de valores que deben cobrarse.

Adicionalmente, el procedimiento administrativo de determinación de la condición de refugiado reclama el análisis de algunas obligaciones específicas de la administración pública que las analizaremos a continuación.

Obligaciones al interpretar las normas

La aplicación del régimen jurídico por parte de los servidores y funcionarios públicos se modula a través de tres principios de interpretación: a) supremacía constitucional; b) jerarquía normativa; c) integralidad.

Por el principio de supremacía constitucional, previsto en el art. 424 de la Norma Fundamental, todo el ordenamiento jurídico se subordina a los derechos consagrados en la Constitución y en los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, los cuales pueden enriquecer a la Constitución y al régimen jurídico interno aportando nuevos derechos y otorgándoles un carácter vinculante en el comportamiento de la administración pública, conforme el art. 11 ordinal tercero de la Constitución.

Un efecto inmediato de este principio se manifiesta en el principio de restricción de contenido, según el cual la producción de actos administrativos normativos como el reglamento dictado mediante Decreto Ejecutivo 1182 de 2012, debe someter sus prescripciones al tenor constitucional y de la ley.

En el ejercicio de la facultad reglamentaria²², el objeto de regulación no son los derechos y su ejercicio, conforme la Constitución en su art. 133, sino las reglas que demandan los procedimientos en el marco del ejercicio de las competencias de la administración pública, acorde al art. 67 del ERJAFE, sin que las resoluciones administrativas puedan contravenir o alterar la ley.

El principio de jerarquía normativa establece un orden de aplicabilidad de las normas jurídicas en el que la norma de rango inferior no puede contradecir lo establecido por una norma de rango superior. La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en su art. tercero lo comprende como una regla de solución de antinomias y cuando existan contradicciones entre normas jurídicas se aplicará la competente, la jerárquicamente superior, la especial o la posterior.

La interpretación que realice el órgano actuante en el procedimiento para reconocer el estatuto de refugiado deberá supeditarse y guardar armonía con los valores previstos en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos.

El art. 427 de la norma constitucional dispone que sus preceptos se interpretarán por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integridad, entendiéndose por una interpretación integral al caso de la administración pública cuando ejerce sus atribuciones cumpliendo las finalidades de ley y sin afectar el contexto de los derechos fundamentales impuestos en la Constitución y los instrumentos internacionales²³ de derechos humanos.

Obligación de resolver

El derecho de petición es el que tienen las personas a dirigir quejas y peticiones a las autoridades y a recibir oportunamente atención o su res-

22 CRE, art. 147 ordinal 13.

23 Jurisprudencia, Corte Constitucional, Sentencia Interpretativa Nro. 002-10-SIC-CC, publicada en el Suplemento del Registro Oficial Nro. 294 del 6 de octubre de 2010: "...Es claro entonces cuales son los parámetros de interpretación constitucional que han sido fijados por el constituyente, reiterando una vez más que los mismos no constituyen una camisa de fuerza cuando en materia de derechos, los servidores públicos, administrativos o judiciales, y fundamentalmente la Corte Constitucional como máximo órgano de control e interpretación constitucional del Ecuador, ... deben aplicar la norma y la interpretación que más favorezca a la efectiva vigencia de los derechos fundamentales...".

puesta motivada. Solo existen dos condiciones para su ejercicio; que se presente ante autoridad competente y que no se realice a nombre del pueblo²⁴.

El derecho de petición está recogido en el art. segundo del Decreto Ejecutivo 1182 de 2012 y, por tanto, crea la obligación de recibir peticiones, reclamos o recursos, según el art. 47, y en resolverlos oportunamente, aun en los casos en que notoriamente carece de competencia o que se presenten a nombre del pueblo. En estos casos cumplirá con resolver motivando la desestimación, conforme el art. 226 de la Constitución.

El desarrollo legal del principio constitucional consta en el art. 28 de la Ley de Modernización del Estado, privatizaciones y prestación de servicios públicos por parte de la iniciativa privada, en adelante Ley de Modernización, que señala: *Todo reclamo, solicitud o pedido a una autoridad pública deberá ser resuelto en un término no mayor a quince días, contados a partir de la fecha de su presentación, salvo que una norma legal expresamente señale otro distinto. En ningún órgano administrativo se suspenderá la tramitación ni se negará la expedición de una decisión sobre las peticiones o reclamaciones presentadas por los administrados.*

La administración pública constituye un servicio a la colectividad que se manifiesta en su obligación primordial de recibir peticiones, dictar resolución expresa y notificarla.

En concordancia con el art. 115 del ERJAFE: “...*La administración está obligada a dictar resolución expresa en todos los procedimientos y a notificarla, cualquiera que sea su forma...*”, prohibiéndosele alegar el incumplimiento de formalidades para desconocer las peticiones formuladas²⁵, conforme consta en las obligaciones comunes respecto a la responsabilidad de la administración, prevista en el art. 114 ordinal primero del ERJAFE:

Los titulares de las unidades administrativas y el personal al servicio de la Administración Pública Central que tuviesen a su cargo la resolución o el despacho de los asuntos, serán responsables directos de su tramitación y adoptarán las medidas oportunas para remover los obstáculos que impidan, dificulten o retrasen el ejercicio pleno de los derechos de los interesados o el respeto a sus intereses legítimos, disponiendo lo necesa-

24 CRE, art. 66 ordinal 23.

25 Ver capítulo I subcapítulo VII.

rio para evitar y eliminar toda anormalidad o retraso en la tramitación de procedimientos. Los titulares de las unidades administrativas y el personal al servicio de la Administración Pública Central tiene la obligación de recibir todas las peticiones o solicitudes que se dirijan a la Administración Pública Central, sin perjuicio de que estas satisfagan o no los requisitos establecidos en las normas aplicables.

Cuando el funcionario o servidor afecte la obligación de resolver, acorde al ordinal primero del art. 141 del ERJAFE, concordante con el art. 28 de la Ley de Modernización, posibilita la denuncia como un acto contrario al derecho de petición, de conformidad con el art. 212 del Código Penal²⁶

El art. precitado de la Ley de Modernización, relativo al silencio administrativo²⁷, también crea la obligación de la máxima autoridad del órgano actuante en incoar el encausamiento penal cuando comprobare que un funcionario inferior ha suspendido un procedimiento administrativo o se ha negado a resolverlo en un término no mayor a quince días a partir de la fecha de su presentación.

El Decreto Ejecutivo 1182 de 2012²⁸ en su art. 20 pretende crear, vía reglamentaria, un régimen de excepción al derecho de resolver, ampliando a cuatro meses el plazo máximo para dictar resolución, procurando una excepción al régimen del silencio administrativo en el Ecuador y creando una causal de incompetencia en su art. 40, que contradice su art. 14 y el art. 66, num. 23 de la Constitución²⁹.

El art. 14 del Decreto Ejecutivo 1182 de 2012 anula los efectos del art. 40. Este último toma por incompetencia, lo que es una causal de suspensión del procedimiento administrativo, las deficiencias en la aportación de documentos y otros elementos de juicio; sin embargo, la incompetencia solo procede cuando no coincida el propósito de la petición con la potestad asignada por ley a la agencia estatal y, aun en ese caso, debe declararla mediante resolución motivada.

En los trámites relativos al reconocimiento de la condición de refugiado no hay una ley que disponga excepciones en la aplicación del

26 Código Penal, art. 212: "...Será reprimido con multa de seis a dieciséis dólares de los Estados Unidos de Norte América y prisión de uno a seis meses, la autoridad que, de cualquier manera, impidiere el libre ejercicio del derecho de petición...".

27 Ver capítulo III subcapítulos I, IV, V, VI, IX, X, XI.

28 Ver capítulo I subcapítulo II.

29 Ver en este capítulo los subcapítulos II y XIII.

silencio administrativo³⁰. El Decreto Ejecutivo 1182 de 2012, por su carácter reglamentario, no podría restringir el ejercicio de derechos reconocidos en el art. 66, num. 23 de la Constitución y 28 de la Ley de Modernización, por lo que, conforme al art. 425 de la Norma Fundamental, se presumiría aceptada la solicitud cuando no fuera resuelta en el plazo legal³¹.

Obligaciones de motivación

La motivación es un elemento de expresión del debido proceso y su ausencia o deficiencia viola la Norma Fundamental y los derechos del solicitante, al no cumplir con la garantía constitucional prevista en el art. 76, num. 7 apartado I, causando la nulidad absoluta del acto administrativo, acorde al art. 122 del ERJAFE.

Es lógico y jurídicamente necesario que la falta o la deficiente motivación determinen la nulidad del acto administrativo, por ser un vicio que trasciende al orden público, cuando afecta al principio de legalidad y de impugnación de los actos administrativos.

La motivación tiene relación con la legalidad pues toda arbitrariedad surge de una violación al principio de legalidad, como lo ha indicado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sentencia del 21 de noviembre de 2007 en el caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez: “...*Cualquier restricción a la libertad que no contenga una motivación suficiente que permita evaluar si se ajusta a las condiciones señaladas será arbitraria y, por tanto, violará el art. 7.3 de la Convención...*[Convención Americana sobre Derechos Humanos]”.

La falta de motivación, entendida como la enunciación de las normas y de los hechos particulares aportados en el procedimiento, así como su relación coherente, produce la nulidad absoluta del acto administrativo o resolución.

La falta de motivación afecta el derecho de impugnación que tienen los destinatarios de la decisión adversa contenida en el acto administrativo, restringiéndolo por una motivación deficiente o inhabilitándolo a falta de esta, como consta en el precedente jurisprudencial emitido por el órgano

30 Ver capítulo III subcapítulos I, IV, V, VI, IX, X, XI.

31 Ver en este capítulo el subcapítulo II.

de control, interpretación y administración de la justicia constitucional:³² “...este principio de motivación se articula simbióticamente con el derecho a una tutela judicial efectiva y obviamente aquello contribuirá a garantizar la seguridad jurídica dentro de un estado constitucional, con el objeto de que quienes acuden a los diversos órganos jurisdiccionales en el país no queden en la indefensión... ..En la práctica resulta imposible separar estos derechos, puesto que el no acatamiento del principio de motivación generará la indefensión del encausado...”.

La jurisprudencia ecuatoriana esclarece que no hay motivación si no se explica la pertinencia de lo resuelto a los antecedentes que causan el acto administrativo. En su oportunidad, la Corte Suprema de Justicia³³ consideró que la motivación requiere: “...precisar las razones jurídicas que han determinado la decisión en relación con los resultados del procedimiento y, como señala la Carta Magna en la disposición antes citada, no hay motivación ‘si no se explicare la pertinencia de su aplicación (de las normas o principios) a los antecedentes de hecho’...”.

Este principio está previsto en el Decreto Ejecutivo 1182 de 2012 en sus art. 33, 41 y 53. En cada caso, la motivación debe expresar los aspectos fácticos y jurídicos que clarifiquen su razón.

Son elementos que deben ser declarados en la motivación:

- **Competencia** del órgano que resuelve. Siempre debe declararla con fundamento en las disposiciones de ley, así como establecer su identidad, fecha y lugar de actuación;
- **Concreción** por la cual la resolución responde a los términos de la solicitud de asilo y a los aspectos de forma como de fondo que resulten del procedimiento, hayan sido o no alegados por los interesados;
- **Causalidad**, según la cual la resolución debe revelar las características del hecho o los hechos que se produjeron dentro del procedimiento indicando su fuente (declaración del solicitante, aporte de documentos, etc.), el momento del procedimiento administrativo en que surgió el hecho (en la solicitud, entrevista, período de prueba, etc.) y los criterios técnicos para su evaluación;

32 Resolución Nro. 3, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 117 de fecha enero 27 del 2010, del Caso No. 0290-09-EP
33 Casación, Sala de lo Contencioso Administrativo, Resolución Nro. 203, publicada en el Registro Oficial 342, de fecha mayo 21 del 2008.

El elemento jurídico de la resolución, relativo a *legalidad*, es la parte de la motivación que vincula el hecho revelado en el procedimiento administrativo y su correlación con el ordenamiento jurídico aplicable, que precisa el órgano actuante al calificar la condición de refugiado invocada, conforme las disposiciones de la Convención de 1951 y el Decreto Ejecutivo 1182 de 2012³⁴.

34 La deficiente o inexistente motivación causa la nulidad del acto administrativo, sobre su impugnación, ver capítulo III subcapítulos IV y V.

3. Situaciones particulares del solicitante de asilo y el refugiado

Dentro de las garantías del procedimiento administrativo y las obligaciones generales de la administración revisadas en el anterior capítulo, pasamos a considerar aspectos jurídicos que revisten particular importancia en la sustanciación del expediente para determinar la condición de refugiado y su estatuto.

Representantes legales

El art. 27 del Decreto 1182 de 2012 indica que la solicitud de asilo podría ser presentada dentro de un plazo de 15 días contados a partir del ingreso a territorio ecuatoriano, directamente por la persona interesada o “*por un representante debidamente autorizado...*”.

Esta redacción es concordante con el derecho de los solicitantes a ser representados por un abogado, conforme los art. 323 y 324 del Código Orgánico de la Función Judicial. El representante podrá conocer en cualquier momento el estado de su trámite y obtener copias de los documentos del expediente, conforme el art. 205.a del ERJAFE.

El abogado puede intervenir en las actuaciones procesales a solicitud expresa del solicitante. Para el efecto deberá presentar la correspondiente ratificación.

Bien puede ejercerse este derecho a través de las solicitudes presentadas por el abogado del solicitante de asilo, en cuyo caso no cabría la negativa de la administración de otorgar dichas copias al abogado, apelando a la confidencialidad del expediente, considerando que es el dueño de los datos protegidos quien, suscribiendo con su abogado, autoriza su acceso y entrega.

El art. 29 del Decreto 1182 de 2012, atendiendo al carácter personal de la solicitud de asilo, dispone que el solicitante deberá justificar con documentos cuando la presentación de la solicitud la realizase su representante debidamente autorizado. Esto ya está contemplado en el ERJAFE, debiéndose en estos casos acreditar al representante en el plazo de diez días que deberá conceder el órgano administrativo, según lo dispuesto en su art. 187.

Detención de solicitantes de asilo y refugiados en procesos de deportación

La Ley de Migración vigente, acorde a su art. 1, regula la organización y coordinación de los servicios relativos a la entrada y salida de nacionales o extranjeros del país, salvo el art. 15 que se refiere al derecho de no devolución en frontera. En su codificación, para los aspectos específicos al derecho de refugio, se aplicará la Convención de 1951.

Para que opere la deportación³⁵ se requiere cumplir con el procedimiento establecido en el capítulo V de la Ley de Migración y según las causas establecidas en su art. 19, considerando que no se aplicará a las personas solicitantes de asilo sanciones penales por el hecho de su ingreso o de su permanencia en situación de irregularidad, conforme el segundo inciso del art. 41 de la Norma Fundamental.

Para este efecto, el Juez de Contravenciones actuante, conforme el art. 25 de la Ley de Migración, dispondrá, dentro de las veinticuatro horas siguientes a la iniciación de la acción de deportación, que concurren a su presencia el representante del Ministerio Público designado, el extranjero y su defensor de oficio, si no tuviere un defensor particular para llevar a efecto la audiencia en que se resolverá la deportación; y, deberá razonar en su resolución que la condición del encartado no corresponda a la del solicitante de asilo o refugiado en su motivación.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos en su art. 7, num. 3 dispone: “Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios”.

En la audiencia en la que se resolverá la deportación se deberá observar que el solicitante de asilo no podrá ser extraditado o deportado a su país

35 Ley de Migración, capítulo V art. 19 y siguientes.

de origen mientras no exista una resolución negativa definitiva sobre su solicitud, conforme el art. 57 del Decreto Ejecutivo 1182 de 2012, y para el caso del refugiado, acorde a su art. 58, es obligatorio obtener previamente la resolución de la Comisión sobre la cancelación, revocación o cesación de la condición de refugiado.

La administración, observando el principio de coordinación previsto en el art. 226 de la Constitución, debe establecer un procedimiento que coordine las actuaciones del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio e Integración, y el Ministerio del Interior, con el propósito de prevenir la detención o encarcelamiento arbitrario de solicitantes de asilo o refugiados.

Intérpretes

Conforme la Norma Fundamental en su art. 76, num. 7 letras c y f, la intervención de un intérprete debe ser gratuita y es parte de las garantías del debido proceso, cuando el solicitante no comprende o no habla el idioma de sustanciación del procedimiento.

Conforme el art. 36 del Decreto Ejecutivo 1182 de 2012, se procurará que las entrevistas sean realizadas en el idioma materno del solicitante o en uno que pueda comprender suficientemente y, a juicio de la Secretaría Técnica, se contará con la presencia de un intérprete para lo cual se podrá solicitar la asistencia de un organismo internacional o nacional.

Aunque en la redacción del art. 36 del Decreto Ejecutivo 1182 de 2012 parecería que se alude a una discrecionalidad de la administración contar o no con un intérprete, en atención a la norma constitucional citada al inicio del subcapítulo, se convierte en un deber de la administración contar con un intérprete en la entrevista cuando el solicitante no hable español.

Todo solicitante que no hable castellano tiene derecho a ser asistido gratuitamente por un intérprete o un traductor.

En el ejercicio de este derecho, la administración puede reglamentar en la fase de la entrevista aspectos relativos al intérprete y al entrevistador en orden a las características especiales del solicitante de asilo, tales como:

- a) Asegurarse que los intérpretes estén debidamente acreditados.
- b) Comunicarse con intérpretes del sexo que prefieran³⁶.
- c) El derecho del solicitante a objetar la asignación del intérprete.

Tratamiento de solicitudes de asilo de niñas, niños y adolescentes no acompañados

Las autoridades administrativas tienen obligaciones especiales derivadas del *interés superior del niño*, criterio de interpretación de acuerdo al cual se concretan las acciones necesarias que aseguren el ejercicio efectivo de sus derechos y precautelen el bienestar del niño³⁷, conforme la Convención sobre los Derechos del Niño, art. 3 ordinal 1, en concordancia con el Código de la Niñez y Adolescencia, art. 11.

El *interés superior del niño* incide en el procedimiento administrativo y modula el comportamiento del servidor o funcionario público cuando la Constitución en su art. 45 dispone, *inter alia*, que las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad. Para el efecto, el Estado reconocerá y garantizará el derecho a la integridad física y psíquica, al respeto de su libertad y dignidad y a ser consultados en los asuntos que les afecten.

En concordancia, el Código de la Niñez y Adolescencia manda que tratándose de niños, niñas y adolescentes extranjeros que se encuentren bajo jurisdicción del Ecuador, estos gozarán de los mismos derechos y garantías reconocidas por la ley a los ciudadanos ecuatorianos, con las limitaciones establecidas en la Constitución y en las leyes. Conforme su art. 15, se establece como un deber específico de la administración ajustar sus decisiones y acciones para el cumplimiento del *interés superior del niño*, lo que incide, al menos, en la modificación de la entrevista y la designación de representante.

El *interés superior del niño* exige una atención integral y prioritaria, un procedimiento administrativo expedito y un comportamiento del servidor o funcionario público adecuado a las necesidades de niñas, niños y adolescentes.

36 Ver en este capítulo los subcapítulos IV y V.

37 Directrices del ACNUR para la determinación del interés superior del menor (DIS) ACNUR 2008 [fecha de consulta: 8 de mayo del 2012] Fuente: <<http://www.mpf.jusbaires.gov.ar/wp-content/uploads/i-onu-acnur-directrices-para-la-determinacion-del-interes-superior-del-menor-2008.pdf>>.

En la entrevista: se debe asegurar mínimamente: a) que el entrevistador y el intérprete deberían estar cualificados en métodos de comunicación con niños y capacitados para considerar la edad, género, antecedentes culturales, circunstancias de la huida, madurez del niño, modo de ingreso al territorio y discapacidad; b) el derecho a contar con apoyo psicológico; c) el derecho a manifestar sus opiniones y necesidades; d) la obligación del servidor o funcionario público que reciba la solicitud o esté en la entrevista, de identificar las necesidades de protección individual del niño y coordinar con los organismos competentes las medidas que aseguren su bienestar.³⁸

En la designación del tutor: no está regulada por el Decreto Ejecutivo 1182 de 2012 creándose un vacío en el marco jurídico en detrimento del interés superior del niño en la sustanciación del procedimiento administrativo, por lo que, a falta de disposición especial, se aplicarán las disposiciones generales en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

En el caso de la atención prioritaria, asistencia y tutela que merecen las niñas, niños y adolescentes no acompañados solicitantes de asilo, se requieren ciertas precisiones en orden a la coordinación interinstitucional que exigen estas acciones, frente a lo cual desarrollamos una propuesta de protección desde el Estado con su régimen legal.

Aplicándose el principio de interpretación por la jerarquía de las normas, comentado en el capítulo I subcapítulo XIII, el ordenamiento jurídico vigente admite³⁹ que la administración competente en materia de refugio y asilo⁴⁰ designe un servidor público responsable del seguimiento del bienestar del menor hasta la resolución administrativa sobre su solicitud de asilo.

En la línea de esta propuesta, la responsabilidad del operador administrativo comprenderá separar al menor o los menores no acompañados del grupo de refugiados adultos y los instale transitoriamente en una casa

38 Seguimos las DIRECTRICES DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL: Solicitudes de asilo de niños bajo los art. 1(A)2 y 1(F) de la Convención de 1951 y/o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados HCR/GIP/09/08 Fecha: 22 de diciembre de 2009, página 28 [fecha de consulta: 8 de mayo del 2012] Fuente: <<http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/4be3cd7f2.pdf>>.

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

40 Código de la Niñez y la Adolescencia art. 236.

hogar⁴¹ o en un programa de Base Familiar⁴² que cuente con la autorización de funcionamiento otorgado por el Ministerio de Inclusión Económica y Social⁴³.

Paralelamente, en atención al principio de oficialidad comentado en el capítulo I subcapítulo VIII, interpondrá la correspondiente acción ante un juez de familia, mujer, niñez y adolescencia⁴⁴ a efecto de que resuelva sobre la designación del tutor⁴⁵ y la medida temporal de protección⁴⁶ que corresponda, hasta la resolución definitiva de la solicitud de asilo.

Esta propuesta bien podría ser acogida por la administración, en cuyo caso la Comisión requerirá comunicar al Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia⁴⁷ y a la Coordinación General de Protección Especial⁴⁸ del Instituto de la Niñez y la Familia (INFA)⁴⁹ el procedimiento seguido y, luego de obtener sus aportes en el ámbito de sus competencias, procederá a codificarlos en un proyecto de reglamento y publicarlo en el Registro Oficial.

En esta codificación se debería considerar mínimamente que el tutor sea probo, que esté capacitado, que su designación sea gratuita y no afecte la posibilidad de asignarle a la niña, niño o adolescente un abogado de oficio o que tenga un abogado particular.

Las garantías procedimentales que revisamos en el capítulo I subcapítulos VI y VIII deben expresarse en la tramitación de la solicitud de asilo en forma prioritaria cuando se trate de niñas, niños o adolescentes no acompañados o separados de sus familias de

41 Documentos Oficiales de la Asamblea General de las Naciones Unidas, Quincuagésimo octavo período de sesiones, Asistencia a los menores refugiados no acompañados (A/58/299), página 14: "...44. Las niñas no acompañadas o separadas están particularmente expuestas a la explotación y al abuso. Aunque se considera que la mejor solución provisional para estas niñas es encontrar familias de acogida, es necesario prestar atención especial a las niñas que viven con esas familias porque están particularmente expuestas al abuso sexual, la trata, el trabajo doméstico y el trabajo infantil...".

42 Reglamento para el funcionamiento de las casas hogar y programas de base familiar públicos y privados art. 1, 4 y 6 publicado en el Registro Oficial de 20 de abril de 2001.

43 Norma *ut supra*, art. cuarto, reformado por el art. sexto del Decreto Ejecutivo Nro. 580, publicado en el Suplemento del Registro Oficial 158, del 29 de agosto de 2007. De hecho, el Ministerio de Inclusión Económica y Social es el órgano competente para el otorgamiento del Acuerdo Ministerial o permiso provisional de funcionamiento; por tanto, bien podría periódicamente actualizar al órgano competente en materia de refugio de los centros a disposición para estos casos.

44 Código Orgánico de la Función Judicial, art. 233 y 234.

45 Código de la Niñez y la Adolescencia art. 106.

46 Código de la Niñez y la Adolescencia art. 218, 220 y 232.

47 Código de la Niñez y la Adolescencia art. 195 apartados f, n y p.

48 Estatuto Orgánico de gestión por procesos del Instituto de la Niñez y la Familia – INFA, publicado en la Edición Especial N° 114 del Registro Oficial de fecha 2 de abril del 2009, art. 22 y 23.

49 Decreto Ejecutivo 1170 publicado en el Registro Oficial Nro. 381 del 15 de julio de 2008 art. 4 apartado b, en concordancia con el art. 41 de la Constitución de la República del Ecuador dispone que gozaran de protección especial quienes se encuentren en condición de asilo o refugio.

modo que la resolución resulte de un procedimiento sumaráisimo⁵⁰, sin perjuicio de las garantías constitucionales que deberán respetarse.

Según la madurez de las niñas y niños, cuando incurrieren en error al momento de expresar su nombre o los términos del conflicto que marca la persecución alegada, la administración pública puede enmendar el nombre incluyendo la correspondiente declaración en el procedimiento y, con profesionales capacitados, evaluar la fiabilidad del relato del menor acorde a su madurez.

Tratamiento de las solicitudes de asilo presentadas por mujeres víctimas de violencia de género

El Decreto Ejecutivo 1182 de 2012 no tiene un tratamiento diferenciado para estos casos. No obstante, estas solicitudes, *inter alia*, presentan dos notas particulares. La primera: se puede incluir como criterio para el reconocimiento de la condición de refugiado la persecución por causa de género⁵¹; y, la segunda concerniente a las condiciones particulares de la entrevista.

El Comité Ejecutivo del ACNUR alienta a los Estados a considerar las solicitudes presentadas por persecución, basadas en razones de género y a observar en la entrevista un enfoque atento a esta realidad.

El Comité Ejecutivo del ACNUR⁵² alienta a los Estados a considerar las solicitudes presentadas por mujeres perseguidas por razones de género, como un grupo social que requiere protección, pero deja a la discreción de los países seguir esta recomendación⁵³.

Sin embargo, el Estado ecuatoriano puede considerar un enfoque de género actualmente dispuesto en el art. 70 de la Norma Fundamental y siguiendo la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar

50 DIRECTRICES DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL, ob. cit. página 27.

51 Conclusiones sobre la protección internacional de los refugiados aprobadas por el Comité Ejecutivo, Sesión 50 N° 87 de 1999. Conclusión general sobre la protección internacional p. 3.

52 En el 44° período de sesiones del Comité Ejecutivo, Conclusión N° 73 de 1993, p. 2, cito: "...Apoya el reconocimiento como refugiados de personas cuya solicitud para obtener la condición de refugiado se basa en un temor fundado de persecución, mediante la violencia sexual y por razones de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opinión política: ...".

53 GUIA PARA LA PROTECCIÓN DE MUJERES REFUGIADAS, preparada por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, Ginebra julio 1991. P.25 [fecha de consulta: 9 de mayo del 2012] Fuente: <<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/0248>>.

la violencia contra la Mujer⁵⁴, y al tipificar la violencia contra la mujer podría incluirse como un elemento en la definición de refugiada cuando provoca un fundado temor de persecución y carece de la protección nacional.

Sobre la entrevista, la mujer está en una situación de vulnerabilidad como solicitante de asilo⁵⁵. Consecuentemente, la administración podría considerar las siguientes reglas de procedimiento:

- Las mujeres que llegan como parte de una unidad familiar deben tener, por separado, acceso a la entrevista y manifestar las experiencias en que fundan sus temores de persecución.
- Las preguntas y método de la entrevista deben considerar que pueden haber solicitantes que tengan objeciones o vergüenza de compartir los hechos que fundan sus temores.
- Las preguntas deben establecer si se ha producido algún tipo de persecución que funde un temor y no insistir en los agravios sufridos.
- Quien realiza la entrevista debe estar en capacidad de distinguir los efectos traumáticos de una violación sexual, de los elementos de convicción del testimonio de la solicitante.
- El procedimiento administrativo debe admitir en la entrevista la posibilidad de dar asistencia psicológica y, a solicitud de parte, emplear mujeres como entrevistadoras e intérpretes.
- Por razones culturales, las parejas no necesariamente comparten información sobre todas sus actividades o experiencias. En consecuencia, las discrepancias en hechos que no son públicos y notorios, entre las

54 En concordancia con el art. primero de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la Mujer "Convención de Belém do Pará": "...Para los efectos de esta Convención debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado...". Concordancia con el art. cuarto: "...Art. 4.- Toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Estos derechos comprenden, entre otros: a. El derecho a que se respete su vida; b. El derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral; c. El derecho a la libertad y a la seguridad personales; d. El derecho a no ser sometida a torturas; e. El derecho a que se respete la dignidad inherente a su persona y que se proteja a su familia; f. El derecho a igualdad de protección ante la ley y de la ley; g. El derecho a un recurso sencillo y rápido ante los tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos; h. El derecho a libertad de asociación; i. El derecho a la libertad de profesar la religión y las creencias propias dentro de la ley; y, j. El derecho a tener igualdad de accesos a las funciones públicas de su país y a participar en los asuntos públicos, incluyendo la toma de decisiones...".

55 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-18/03: "...Es necesario señalar que en el caso de América la referida vulnerabilidad de los migrantes, solicitantes de asilo y refugiados, ha sido explícitamente reconocida en la Convención De Belém Do Pará para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, en la cual se establece que "para la adopción de las medidas a que se refiere este capítulo, los Estados partes tendrá[n] especialmente en cuenta la situación de vulnerabilidad a la violencia que pueda sufrir la mujer en razón, entre otras, de su raza o de su condición étnica, de migrante, refugiada o desplazada...".

versiones ofrecidas por miembros de una familia, en principio, no deberían afectar la credibilidad de los testimonios vertidos.

Obligación documental de la administración

La obligación documental del procedimiento de determinación de la condición de refugiado responde a la regla general por la cual los actos de la administración pública se producirán por escrito, dispuesta en el art. 123 ordinal primero del ERJAFE.

Son documentos que se producen en la sustanciación del expediente administrativo, conforme el Decreto Ejecutivo 1182 de 2012:

- Convocatoria y actas de sesión de la Comisión para determinar la Condición de los Refugiados en el Ecuador (art. 15);
- Recepción de la solicitud o su formalización por escrito (art.s 2, 27 y 28);
- Informe preliminar (art. 29);
- Registro y número de trámite (art. 30);
- Notificación solicitando complete la documentación que respalde su solicitud (art.s 29 y 42);
- Informe Técnico sobre el cual la Dirección de Refugio determinará la admisibilidad o inadmisibilidad de la solicitud (art. 31);

Se entenderá que la administración pública impide el ejercicio del derecho de petición cuando no entrega al interesado los documentos exigidos por norma.

- Notificación de la admisibilidad (art. 32);
- Certificado de presentación de la solicitud para trámite de admisibilidad (art. 32);
- Resolución y notificación de la inadmisión en la fase de admisibilidad (art. 33);
- Certificado provisional admitiendo el trámite de elegibilidad (art. 34);
- Convocatoria a la entrevista y acta de la entrevista (art. 36);
- Notificación y acta de audiencia (art. 39);

- Resolución de la Comisión y su notificación. Aunque la norma no lo establece expresamente, también comprendería la resolución de inadmisión y su notificación (art. 41);
- Visa (art. 43);
- Documentos de viaje (art. 44);
- Autorización para ausentarse del territorio ecuatoriano (art. 63);
- En los casos de impugnación, la recepción de su interposición así como todos los actos de instrucción, debidamente notificados, hasta su resolución con su debida notificación⁵⁶.

Este detalle documental tiene especiales implicaciones jurídicas cuando la administración arbitrariamente no los produzca. En algunos casos estaremos ante un *acto ficto* por el cual se presumirá resuelta favorablemente⁵⁷ la solicitud por efecto del silencio administrativo, dispuesto en el art. 28 de la Ley de Modernización, en concordancia con el segundo inciso del art. 206 del ERJAFE.

En cambio, cuando la administración no actúe, retenga documentos de identidad del refugiado, se niegue a producir la fe de recepción u otorgar compulsas de las convocatorias, actas, certificados o cualquier documento referido en el Decreto Ejecutivo 1182 de 2012, se entenderá que incurre en un comportamiento por el cual se está impidiendo el ejercicio del derecho de petición⁵⁸.

Sobre la prueba

El objeto de la prueba lo constituyen los datos que integran el contenido de las alegaciones que el solicitante aduce con el propósito de crear convicción en el órgano actuante. En el procedimiento administrativo es el solicitante quien soporta la carga de la prueba, salvo que se apliquen las cláusulas de exclusión, en cuyo caso se invierte la carga de la prueba contra la administración pública.

⁵⁶ Ver capítulo III.

⁵⁷ Ver capítulo III subcapítulos I, IV, V, VI, IX, X, XI.

⁵⁸ Ver capítulo I subcapítulo VIII, capítulo III subcapítulo XI.

El ERJAFE en su art. 147 ordinal primero dispone que los hechos relevantes para la decisión de un procedimiento podrán acreditarse por cualquier medio de prueba admisible en derecho; en consecuencia rigen los medios de prueba dispuestos en el procedimiento civil⁵⁹.

En el procedimiento de determinación de la condición de refugiado, las pruebas se dirigirán a demostrar que el solicitante cumple con las condiciones del art. 1 apartado A de la Convención de 1951 y el art. 8 del Decreto Ejecutivo 1182 de 2012. Para los casos en vía de recurso, las pruebas deben demostrar la afectación de derechos del recurrente, que cabrá fundar en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad⁶⁰ del acto administrativo⁶¹ recurrido.

En la aportación de la prueba, cuando trate de aspectos de derecho, deberá considerarse que las leyes no son objeto de prueba, salvo que se incluyan actos administrativos que no se publicaron en el Registro Oficial y siempre que establezcan una relación jurídica individual.

La prueba girará especialmente en torno a las alegaciones de hecho, aunque vale matizar esta regla general en lo referente al procedimiento administrativo para determinar la condición de refugiado, cuando se tratan de hechos públicos y notorios o los denominados *hechos comunicacionales*.

Los actos administrativos gozan de la presunción de legitimidad, la cual puede ser desvirtuada mediante prueba en contrario.

El art. 27 del Código Orgánico de la Función Judicial dispone que no se exija prueba de los hechos públicos y notorios, debiendo la jueza o juez declararlos en el proceso cuando los tome en cuenta para fundamentar su resolución; por esta razón, la Dirección de Refugio o la Comisión, conforme a la realidad del solicitante, debe dispensar la prueba de los hechos alegados en la solicitud cuando se traten de hechos públicos y notorios.

Adicionalmente existe en esta categoría aquellos hechos que, sin tener la estabilidad en la cultura de un determinado grupo social, revisten tras-

59 Código de Procedimiento Civil: "...Art. 121.- Las pruebas consisten en confesión de parte, instrumentos públicos o privados, declaraciones de testigos, inspección judicial y dictamen de peritos o de intérpretes. Se admitirá también como medios de prueba las grabaciones magnetofónicas, las radiografías, las fotografías, las cintas cinematográficas, los documentos obtenidos por medios técnicos, electrónicos, informáticos, telemáticos o de nueva tecnología; así como también los exámenes morfológicos, sanguíneos o de otra naturaleza técnica o científica. La parte que los presente deberá suministrar al juzgado en el día y hora señalados por la jueza o el juez los aparatos o elementos necesarios para que pueda apreciarse el valor de los registros y reproducirse los sonidos o figuras. Estos medios de prueba serán apreciados con libre criterio judicial según las circunstancias en que hayan sido producidos. Se considerarán como copias las reproducciones del original, debidamente certificadas que se hicieren por cualquier sistema..."

60 Ver ERJAFE art. 173.

61 Ver capítulo III subcapítulos IV y V.

endencia para dicho grupo, la nación o la comunidad internacional. Estos son los *hechos comunicacionales*.

Aunque no están expresamente reconocidos en la legislación, conforme la Constitución en su art. 169, por el cual se dispone que no se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades, y el art. 75 respecto al derecho a una justicia expedita, el órgano actuante, siempre que lo manifieste en su resolución, podrá considerar estos hechos comunicacionales cuando presenten las siguientes condiciones:

- Se refiera a un hecho (no a opiniones).
- Se difunda por varios medios de comunicación al tiempo de la huida.
- Que el hecho sea obtenido como fuente directa, declarada así por los medios de comunicación a efecto de evitar rectificaciones.

En vía de recurso, el recurrente debe atender a las pruebas de admisibilidad, de nulidad o anulabilidad del acto administrativo⁶² y de la afectación a un derecho o interés legítimo, observando los medios de prueba dispuestos en el procedimiento civil.

Cuando se interpone un recurso, las pruebas también deben responder a su admisibilidad, demostrando: a) la legitimación (derecho subjetivo o interés legítimo del recurrente)⁶³; b) que está dentro del término legal para recurrir⁶⁴; c) el acto recurrido es de aquellos que no agotan la vía administrativa⁶⁵ cuando se trate de los recursos de reposición o apelación; d) para el caso del recurso extraordinario de revisión el acto debe estar firme⁶⁶.

Las pruebas sobre la nulidad o anulabilidad del acto administrativo deben demostrar la colisión manifiesta entre el contenido del acto administrativo y el presupuesto constitucional o legal inobservado.

Respecto a la apertura de la prueba, de conformidad con el art. 76 ordinal 7 apartado a⁶⁷ de la Norma Fundamental, el procedimiento administrativo, luego de notificado su inicio, queda abierto a las pruebas que

62 Las cuales estudiamos en el capítulo III subcapítulos V y VI.

63 Ver capítulo I subcapítulo IX y capítulo III subcapítulo III.

64 Ver capítulo III subcapítulo IV.

65 Ver capítulo III subcapítulo XII. Nota: *¿Qué es el acto administrativo firme?* Es aquel que no puede ser impugnado en sede administrativa (mediante los recursos de reposición o apelación) ni en sede judicial. Es por ello que sólo pueden ser impugnados mediante el recurso extraordinario de revisión conforme en el art. 178 del ERJAFE.

66 En concordancia con el ERJAFE cuando se refiere al ejercicio de la potestad sancionadora por parte de la administración, art. 202 ordinal cuarto dispone que se practicarán de oficio o se admitirán a propuesta del presunto responsable cuantas pruebas sean adecuadas para la determinación de hechos y posibles responsabilidades

67 En concordancia con el ERJAFE cuando se refiere al ejercicio de la potestad sancionadora por parte de la administración, art. 202 ordinal cuarto dispone que se practicarán de oficio o se admitirán a propuesta del presunto responsable cuantas pruebas sean adecuadas para la determinación de hechos y posibles responsabilidades

pueda presentar el recurrente, sin necesidad de decreto o providencia de la autoridad administrativa de sustanciación⁶⁸.

Dentro del procedimiento impugnatorio y previo a emitir la resolución, siempre que deban tenerse en cuenta nuevos hechos o documentos no recogidos en el expediente abierto a propósito de la solicitud, la administración pública está en la obligación de convocar a una audiencia de interesados⁶⁹, conforme el art. 190 del ERJAFE.

Cuando la prueba es requerida por la administración al solicitante, deberá cuidar su pertinencia y eficacia probatoria. Sobre la pertinencia, su exigibilidad dependería de que conste como requisito en una norma, conforme el art. 18 de la Ley de Modernización, y aporte elementos de convicción para evaluar la solicitud.

Respecto a la eficacia probatoria, el art. 21 del Decreto Ejecutivo 1182 de 2012 establece la veracidad de la información proporcionada por el solicitante cuando firma su declaración; en consecuencia, el relato argüido cuando sea creíble, veraz y coherente, la administración lo incorpora en el expediente para calificar la solicitud. De lo contrario, cuando una prueba afecta la veracidad del relato, la norma establece una responsabilidad contra el declarante.

Una causa de inadmisión de la prueba que puede alegar la administración surge cuando es manifiestamente impertinente o ilegal. La impertinencia como causal de inadmisibilidad se produce cuando la prueba aportada no tiene relación con los hechos que se alegan.

En cambio son manifiestamente ilegales las pruebas que, conforme el art. 76 ordinal 4 de la Norma Fundamental, se obtengan o actúen con violación de la Constitución o la ley. En cualquier caso, conforme el ERJAFE en su art. 147 ordinal tercero, el instructor del procedimiento solo podrá rechazar las pruebas propuestas por los interesados cuando sean manifiestamente improcedentes o innecesarias, mediante resolución motivada.

Derecho a la unidad familiar

El Decreto Ejecutivo 1182 de 2012 en su art. 6 reconoce la unidad familiar como: “...*un derecho esencial de la persona refugiada...*”, incorporando

68 En los casos no solicitados por el interesado, caso contrario se actuará conforme al art. 147.4 del ERJAFE.

69 Ver capítulo I subcapítulo IV.

expresamente el deber del Estado de proteger a la familia como núcleo fundamental de la sociedad, conforme el art. 16, num. 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 17 ordinal primero de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 67 de la Norma Fundamental y art. 10 del Código de la Niñez y la Adolescencia⁷⁰.

El derecho a la reunificación familiar está íntimamente vinculado con la Convención sobre los derechos del Niño, art. 22 inciso segundo, que dispone la obligación del Estado y de los organismos nacionales e internacionales de proteger y ayudar a todo niño refugiado y localizar a sus padres o a otros miembros de su familia, a fin de obtener la información necesaria para que se reúna con su familia.

El derecho a la reunificación familiar que gozan los solicitantes de asilo y refugiados ha quedado establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la opinión consultiva OC-17/2002, en el acápite Refugio y nacionalidad:

“...En este sentido se debe presumir que el permanecer con su familia o reunirse en caso de haberse separado, va en beneficio del interés superior del niño. No obstante, existen circunstancias en las cuales esta separación resulta más favorable para el niño. Previo a tomarse esta decisión, es necesario escuchar el parecer de todas las partes interesadas. Asimismo, es obligación del Estado no sólo el abstenerse de tomar acciones que puedan resultar en la separación de la familia, sino que además debe adoptar aquellas medidas que permitan mantener la unidad familiar o la reunificación de sus miembros, en caso de haber sido separados...”

El reconocimiento jurídico de la familia como institución merecedora de protección por parte del Estado se traduce en el procedimiento de refugio, en las garantías de unidad familiar, reunificación y estatuto derivado.

La reunificación familiar se traduce en las actuaciones administrativas que permitan a los familiares de la persona refugiada que se encuentran en su país de origen o de residencia habitual, reunirse con ella y comunicarle los efectos jurídicos del estatuto de refugiado, mediante un reconocimiento por extensión que hará la autoridad administrativa en atención a los presupuestos de ley, lo cual se denomina estatuto derivado.

70 Sobre la protección a la familia, ver el Pacto Internacional sobre de Derechos Civiles y Políticos en su art. 23, el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el art. 10.1 y 3, la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño en el art. 8. Sobre la reunificación familiar, en el Derecho Humanitario, ver el Protocolo II adicional a la Convención de Ginebra de 1949 art. 4.3.b.

Se requiere la formal petición de iniciar el procedimiento administrativo de reunificación familiar. No obstante, en función del interés superior del niño y las obligaciones del Estado, acorde a las normas antes citadas y el principio de oficialidad⁷¹, la administración pública tiene el deber, en el caso de los niños no acompañados, de instruir de oficio las acciones a su alcance que permitan el reencuentro con sus padres o con familiares adultos.

El estatuto derivado está reconocido en el art. 6 *in fine* del Decreto Ejecutivo 1182 de 2012, como la manifestación del derecho a la unidad de la familia⁷² y vinculado al principio de economía procesal en el procedimiento administrativo⁷³, traducándose en un reconocimiento por extensión que hace el órgano actuante a los hijos e hijas mayores de edad, otros familiares o miembros del hogar dependientes económicamente de la persona refugiada.

Procedimientos de cancelación, revocación y cesación del estatuto de refugiado

Procede la figura de la cancelación del estatuto de refugiado cuando, luego de notificado el acto administrativo por el cual se lo reconoció, se revelan hechos que conocidos al tiempo de la solicitud hubieran derivado en inadmitirla, por lo cual la administración deja sin efecto el reconocimiento de la condición de refugiado.

La revocación es una decisión de la administración pública, resultado de la conducta del refugiado cuando incurre en los tipos comprendidos en el art. 1 apartado F de la Convención de 1951, también denominadas *cláusulas de exclusión*. En este caso, la administración pública revoca la condición de refugiado cuando prueba que se han cumplido los criterios impuestos en la norma precitada.

Los procedimientos de cancelación, revocación y cesación del estatuto de refugiado, están sujetos a las garantías comentadas en la primera parte de este estudio.

71 Ver capítulo I subcapítulo VIII.

72 Sobre la aplicación de este principio, conviene considerar al caso de refugiados, el Acta final de la Conferencia en la cual se aprobó la Convención de 1951, ver Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar La Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, ob. cit. p. 31 y 32.

73 Conforme se comentó en el capítulo I subcapítulo VI.

La cesación implica el fin de la condición de refugiado cuando se cumple cualquiera de las condiciones previstas en el art. 1 apartado C de la Convención de 1951, determinándose por parte de la administración pública que no es necesario o justificado mantener la protección internacional a favor del refugiado, sea como consecuencia de sus actos voluntarios o un cambio en la situación de su país de origen o residencia.

Sobre la cancelación: el Decreto Ejecutivo 1182 de 2012, conforme su art. 54, comprende como extinción de la condición de refugiado el efecto de la resolución de la Comisión para determinar la Condición de los/las Refugiados/as en el Ecuador por la cual decide que el reconocimiento del estatuto de refugiado originalmente dado carecía de fundamento:

- A. Porque la persona solicitante no satisfacía los criterios de inclusión y su reconocimiento se produjo por una representación inexacta o forjada de los hechos.
- B. Porque de haberse conocido aquellos hechos, se hubiera aplicado una de las cláusulas de exclusión previstas en el art. 10 del Decreto Ejecutivo 1182 de 2012 y que siguen el art. 1 apartado F de la Convención de 1951.

El art. 54 del Decreto Ejecutivo 1182 de 2012 describe en términos generales dos causas por las cuales procedería la administración pública a la extinción del acto administrativo. En la primera, el refugiado no era elegible para recibir la protección internacional al momento en que fue así reconocido; y, en la segunda la conducta del solicitante lo excluía de merecer dicha protección.

En este procedimiento, la administración, atenta a sus obligaciones de motivación y las relativas al debido proceso, requiere establecer si los aspectos en los cuales la decisión original por la cual se reconoció el estatuto de refugiado, al tiempo en que se dictó, estaban afectados según los elementos que definen la condición de refugiado o si se cumplían las condiciones previstas en el art. 1 apartados D, E y F de la Convención de 1951.

Sobre la revocación (cláusulas de exclusión): se encuentra regulada en el art. 54 del Decreto Ejecutivo 1182 de 2012, respecto a la aplicación de la cláusula de exclusión, y en el art. 55 que, refiriéndose a la revocatoria; fija sus causales en la expulsión del refugiado y el retiro de la garantía de *non refoulement*.

El art. 54 del Decreto Ejecutivo 1182 de 2012 ordena que la extinción del acto administrativo por el cual se reconoce el estatuto de refugiado puede causarse cuando, con posterioridad al reconocimiento, la administración conoce que el refugiado, al tiempo en que se resolvió su solicitud, incurrió en actos tipificados por el art. 1 apartado F de la Convención de 1951⁷⁴, lo cual es causal de revocatoria del estatuto.

El art. 55 del Decreto Ejecutivo 1182 de 2012 determina como causales para revocar el estatuto de refugiado las previstas en los art. 32 y 33.2 de la Convención de 1951, disposiciones que se refieren a la expulsión del refugiado y al retiro de la garantía contra la no devolución consustancial a su estatuto y cuyo contexto de aplicación merece ser brevemente comentado:

1. El art. 32 de la Convención de 1951 establece dos condiciones para la expulsión de un refugiado. La primera, que la medida se aplique en cumplimiento de una decisión tomada de acuerdo con el procedimiento de ley; y, la segunda reconoce el derecho del refugiado en dicho procedimiento a argüir, replicar, presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra, exceptuando expresamente los casos en los que opongán razones imperiosas de seguridad nacional (art. 32.2).
2. El art. 33.2 de la Convención de 1951 se trata de una excepción a la obligación de no devolución, constante en el num. 1 del art. precitado. Su aplicación depende de las razones de seguridad u orden público consideradas como un peligro para el país de acogida, las cuales se deben fundamentar con pruebas por parte del Estado.

Sobre la cesación: esta figura está recogida en el art. 52 del Decreto Ejecutivo 1182 de 2012, el cual reproduce el art. 1 apartado C de la Convención de 1951, respecto a las causas por las cuales dejará de ser aplicable el estatuto de refugiado, adicionando una causal: cuando la persona regrese a su país de origen sin autorización de autoridad competente.

Las causales para resolver la cesación del estatuto de refugiado, conforme el art. 52 del Decreto Ejecutivo 1182 de 2012, son:

74 No se puede aplicar el estatuto de refugiado a personas que: a) Han cometido un crimen contra la paz, un crimen de guerra o un crimen contra la humanidad, en el sentido de los instrumentos internacionales elaborados para prevenir disposiciones relativas a estos crímenes; b) Han cometido un crimen grave de derecho común fuera del país de refugio antes de haber sido admitidos como refugiados; y, c) Se han declarado culpables de obrar contra los fines y principios de las Naciones Unidas.

- 1) Si se ha acogido de nuevo, voluntariamente, a la protección del país de su nacionalidad. *Comentario:* Esta causal tiene como elemento distintivo la voluntad del refugiado con el propósito de recurrir efectivamente a la protección de su país, lo cual en principio implica la relación directa e inequívoca del conjunto de sus actos al acogerse a la protección del país de su nacionalidad, en perjuicio de las condiciones que originalmente alegó en su solicitud y que lo definieron como refugiado.
- 2) Si habiendo perdido su nacionalidad, la ha recobrado voluntariamente. *Comentario:* En este caso, la pérdida de la nacionalidad siempre es el resultado de un acto de autoridad pública. Por ejemplo, ver el art. 20 y siguientes de la Ley de Naturalización; por tanto, para considerar esta causal será necesario el acto de la autoridad del país de origen concediéndole la nacionalidad más la aceptación (*expresa o tácita*) del refugiado.
- 3) Si ha adquirido una nueva nacionalidad y disfruta de la protección del país de su nueva nacionalidad. *Comentario:* En este caso se requeriría la correspondiente Carta de Naturalización o el documento que hiciere sus veces.
- 4) Si voluntariamente se ha establecido de nuevo en el país que había abandonado o fuera del cual había permanecido por temor de ser perseguido. *Comentario:* Salvo que por su redacción se refiere a los apátridas, aplica el comentario del num. 1, insistiendo en que sus actos deben tener una temporalidad que permita inferir su voluntad de establecerse, que al no definirlo la Convención de 1951, queda al criterio de los Estados precizarla.
- 5) Si por haber desaparecido las circunstancias en virtud de las cuales fue reconocido como refugiado, no puede continuar negándose a acogerse a la protección del país de su nacionalidad. *Comentario:* La aplicabilidad de esta causal está condicionada no solo al hecho que desaparezca objetivamente el motivo que causó el temor fundado sino a la superación del estado psicológico del temor. Ciertamente es una cuestión subjetiva pero esta se puede ponderar según la gravedad de las razones manifestadas en la solicitud cuando

evidencia persecuciones atroces⁷⁵. De otro modo resultaría inicua su aplicación mecánica.

- 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. *Comentario*: Esta redacción corresponde al caso de los apátridas, aplicándose el comentario anterior.
- 7) Cesará la condición de refugiado si la persona hubiese retornado a su país de origen, sin la autorización escrita de la autoridad competente. *Comentario*: Esta es una condición que contraría a la Convención de 1951, al añadir una causal no prevista en este instrumento, y al derecho administrativo ecuatoriano al inobservar el principio de proporcionalidad⁷⁶ por el cual se debe guardar la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada, considerándose como criterios para la graduación de la sanción a aplicar: la existencia de intencionalidad o reiteración, la naturaleza de los perjuicios causados y la reincidencia, sin que estos factores estén considerados en el art. 52 precitado.

Reglas comunes procedimentales

- i. En la resolución solo puede decidirse la situación de un refugiado. La afectación a miembros de su familia a quienes se les reconoció el estatuto derivado demandará su incorporación en el procedimiento como parte y se establecerán individualmente las razones para cancelar, revocar o cesar el estatuto de refugiado.
- ii. A estos procedimientos se les aplicará los derechos y principios procesales acotados en el capítulo I del presente estudio.
- iii. El refugiado podrá ejercer los derechos a ser representado, contar con un intérprete y aportar pruebas en el procedimiento, conforme se revisó en el capítulo II subcapítulos I, III y VII del presente estudio.

⁷⁵ Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar La Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados. ob. cit. p. 28 párrafo 136.

⁷⁶ Ver, ERJAFE art. 196.

- iv. En todos los casos de cancelación, revocación y cesación del estatuto de refugiado, la carga de la prueba pesa sobre el Estado.
- v. La aplicación del art. 56 del Decreto Ejecutivo 1182 de 2012 debe considerar lo ordenado en la Constitución en su art. 173: “Los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial...”
- vi. El Decreto Ejecutivo 1182 de 2012 en los art. 53, 54 y 55 dispone, como consecuencia de cesar, extinguir o revocar el estatuto de refugiado, que el notificado abandone inmediatamente el país acorde al segundo inciso del art. 49. Conforme el principio de supremacía constitucional e integralidad⁷⁷, para cuando se trate de la expulsión del refugiado se observará el art. 32 de la Convención de 1951, el cual requiere del Estado conceder un plazo razonable que le permita buscar admisión legal en otro país.

77 Ver capítulo I subcapítulo XIII.

4. Normas comunes del procedimiento administrativo en vía de recurso

Sobre los recursos

En términos generales, los recursos son medios impugnatorios por los cuales los interesados pueden defender sus derechos afectados por actos administrativos⁷⁸ nulos o anulables.

En la sustanciación de los recursos se puede apreciar que la administración pública interviene como juez y parte. Por tanto, quien resuelve no es neutral ni independiente de aquel que emitió el acto objeto de la impugnación. En consecuencia, sus actos carecen del efecto de cosa juzgada y, en ese sentido, es impropio calificar a esta atribución como jurisdiccional.

Por ello, los actos administrativos son recurribles, como lo dispone la Constitución en su art. 173 concordante con el art. 69 del ERJAFE: “*Todos los actos administrativos expedidos por los órganos y entidades sometidos a este estatuto serán impugnables en sede administrativa o judicial*”; pueden impugnarse en sede judicial de manera directa, sin que sea exigible que haya precedido reclamación administrativa previa⁷⁹.

Los medios de impugnación son aquellos mediante los cuales las personas pueden defenderse de los actos de la administración pública cuando son nulos o anulables.

Conforme el art. 227 de la Constitución, la administración pública se constituye en un servicio a la colectividad por lo que la resolución del re-

78 Conforme el art. 79 del ERJAFE los hechos administrativos son impugnados vía reclamo administrativo.

79 La obligación de incoar o agotar la vía administrativa como requisito previo de la presentación de la demanda en la jurisdicción contenciosa administrativa, estaba prevista en el art. 30 apartado e y art. 31 apartado c de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, estos artículos han sido derogados tácitamente por efecto del principio a la tutela judicial efectiva previsto en la Constitución en el art. 75 y el art. 38 de la Ley de Modernización del Estado, dispone: “...No se exigirá como requisito previo para iniciar cualquier acción judicial contra las entidades del sector público la proposición del reclamo y agotamiento en la vía administrativa...”.

curso debe responder no solo a lo alegado por los interesados, sino también a todas las cuestiones derivadas del procedimiento vinculadas a la consecución del interés general, conforme el art. 191 apartado 3 del ERJAFE⁸⁰.

En consecuencia, la resolución de un recurso en materia de asilo bien podría reconocer la condición de refugiado del solicitante, como lo dispone el art. 51 del Decreto Ejecutivo 1182 de 2012: *“La sola presentación del recurso extraordinario de revisión no da lugar a la obtención de la condición de solicitante de refugio; salvo que la Administración determine la admisibilidad a trámite...”*.

Esto guarda concordancia con el ERJAFE, cuando en su art. 62 dispone que el superior jerárquico pueda sustituir al inferior en el cumplimiento de los actos administrativos de competencia del último, en cuyo caso, por disposición expresa del art. 17 del ERJAFE, la competencia del despacho de todos los asuntos inherentes al ministerio recae en el Ministro.

Sobre la autoridad competente

Conforme el ERJAFE, los recursos podrán interponerse directamente ante el órgano que lo dictó o su superior jerárquico.

El art. 47 del Decreto Ejecutivo 1182 de 2012 dispone: *“Se podrá interponer recurso de apelación, en sede administrativa, frente a las resoluciones de la Dirección de Refugio y de la Comisión. Para la resolución de estos recursos es competente, en segunda y definitiva instancia, el Ministro de Relaciones Exteriores, Comercio e Integración, quien resolverá dentro del plazo de dos meses a partir de su fecha de interposición...”*

En vía de recurso es autoridad competente aquella que emitió el acto impugnado o su superior jerárquico (ministros de Estado o el máximo órgano de dicha administración).

Conforme la norma precitada, todos los recursos serán resueltos por el Ministro de Relaciones Exteriores, Comercio e Integración. Cuando delegue la competencia para resolver el recurso deberá declarárselo en la resolución, acorde al art. 59 del ERJAFE y dicha delegación estará previamente publicada en el Registro Oficial conforme el tercer inciso del art. 17.

⁸⁰ ERJAFE, art. 191 apartado tercero, dispone: *“...El órgano que resuelva el recurso decidirá cuantas cuestiones, tanto de forma como de fondo, plantee el procedimiento, hayan sido o no alegadas por los interesados...”*.

Sobre el recurrente

Vinculadas a las condiciones de capacidad⁸¹ y legitimación⁸², el ERJAFE requiere como requisito únicamente que el recurso sea interpuesto por el interesado, entendiéndose como cualquier persona que promueva el procedimiento administrativo como titular de derechos o intereses legítimos; por ejemplo, el solicitante de asilo.

Es la persona que, en defensa de sus derechos o intereses legítimos, impugna el acto administrativo (resolución) o un acto de trámite que los afecta.

Esta condición también depende de que el acto impugnado se trate de una resolución o un acto de trámite cuando decidan directa o indirectamente el fondo del asunto, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento, o produzcan indefensión o perjuicio de difícil o imposible reparación a derechos e intereses legítimos, conforme su art. 173.

Objeto del recurso administrativo

Es la pretensión orientada a obtener la revocación o la reforma del acto administrativo impugnado (resolución) o actos de trámite, conforme lo vimos en el subcapítulo anterior.

Cuando se trate de resoluciones deberá considerarse que no pongan fin a la vía administrativa, al interponer el recurso de reposición o apelación, como por ejemplo las resoluciones de inadmisión a trámite de admisibilidad o al trámite de elegibilidad, conforme los art. 33 y 41 del Decreto Ejecutivo 1182 de 2012, respectivamente.

De acuerdo al ERJAFE, se consideran que ponen fin a la vía administrativa:

- Los recursos de apelación y revisión (art. 179.a);
- Las resoluciones de los órganos administrativos que carezcan de superior jerárquico, salvo que una ley establezca lo contrario (art. 179.b);
- Las demás resoluciones de órganos administrativos cuando una disposición legal o reglamentaria así lo establezca (art. 179.c); y,
- Los acuerdos, pactos, convenios o contratos que tengan la consideración de finalizadores del procedimiento (art. 179.d).

81 Código Civil, Libro IV Título II art. 1461, 1462 y siguientes.

82 Ver capítulo I subcapítulo IX.

En el caso del recurso extraordinario de revisión se estimarán impugnables los actos administrativos o resoluciones firmes. Esta es la razón jurídica por la cual el primer inciso del art. 50 del Decreto Ejecutivo 1182 de 2012 dispone que las resoluciones del recurso de apelación⁸³ puedan impugnarse mediante el recurso extraordinario de revisión.

Debemos matizar la inclusión de los actos de trámite como objeto de impugnación, dispuesto en el art. 173 del ERJAFE, considerando que, por principio, los actos de mero trámite no son impugnables⁸⁴ conforme su art. 74, en razón de que generalmente son parte del procedimiento para facilitar elementos de opinión o juicio, con el propósito de conformar la voluntad administrativa que se manifestará en la resolución del procedimiento o recurso.

Por lo indicado, para impugnar un acto de trámite deberá establecerse que: a) decide directa o indirectamente el fondo del asunto; b) determina la imposibilidad de continuar el procedimiento; o, c) produce indefensión o perjuicio de difícil o imposible reparación a derechos e intereses legítimos.

La nulidad de los actos administrativos

La afectación a la validez del acto administrativo se clasifica en dos categorías: nulidad absoluta y anulabilidad. Sus respectivas causales constan en los art. 129 y 130 del ERJAFE, los cuales forman parte fundamental de la causa o razón jurídica de la pretensión.

Acto administrativo nulo es aquel que contiene un vicio que afecta al orden público y no es susceptible de convalidación.

Empecemos el análisis de las causas de nulidad por las cuales los actos administrativos son nulos de pleno derecho, conforme el art. 129 del ERJAFE:

Los que lesionen, de forma ilegítima, los derechos y libertades consagrados en el art. 76⁸⁵ de la Constitución (art. 129.a).

83 El Decreto Ejecutivo 1182 de 2012 en el artículo citado, usa el término "...resolución que se dicte en última instancia...", la redacción del Decreto Ejecutivo lo equivale a la resolución del recurso de apelación puesto que el artículo está en el capítulo VII sobre los recursos de impugnación el cual lo restringe al recurso de apelación. Cabe indicar que el concepto instancia en el ERJAFE se refiere a solicitud o petición de parte.

84 Efraín Pérez, Derecho Administrativo, Tomo I, Corporación de Estudio y Publicaciones, Quito – Ecuador 2009, página 511.
85 Nota del autor: El texto citado del art. 129 del ERJAFE, dispone: "...Los que lesionen, de forma ilegítima, los derechos y libertades consagrados en el art. 24 de la Constitución Política de la República...", no obstante esta cita se refería a la Constitución Política de 1998 derogada por la Constitución de la República del Ecuador de 2008, el contenido normativo del art. 24 derogado está recogido en el art. 76 de la Constitución vigente.

Comentario: Este caso de nulidad es consecuencia directa de los derechos y libertades fundamentales como principios superiores a todos los poderes públicos. Orientan el modo de la actuación de la administración al servicio del interés general, aunque llamamos la atención que las normas relativas al debido proceso no agotan el resto de derechos y libertades previstos en la Norma Fundamental, a los cuales ciertamente que está obligada a proteger la administración pública⁸⁶.

La Norma Fundamental ordena que los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se consideraran nulos, en su art. 76 ordinal 7 apartado I. No obstante, el ACNUR-Ecuador indica varios casos en los cuales en la motivación se citan actos administrativos normativos sin publicarse en el Registro Oficial, lo cual se traduce en una deficiente motivación.

El ERJAFE en el art. 80 define como actos normativos aquellos por los cuales la administración realiza una declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos generales y objetivos de forma directa. Mientras los actos administrativos producen efectos jurídicos individuales, todo acto normativo exige ser publicado en el Registro Oficial para tener vigencia.

La administración debe cumplir con la condición de conocimiento ficto de los destinatarios del acto normativo, la cual se realiza publicándose en el Registro Oficial, conforme el art. 215 apartado b del ERJAFE. Cumplida tal condición tendrán vigencia al tenor del art. 82; de lo contrario carece de vigencia y, por lo tanto, jurídicamente sería inadmisibles que la administración lo oponga al derecho subjetivo o interés legítimo de los interesados. Por lo tanto vicia el fundamento de derecho en la motivación.

Como ha quedado indicado en un fallo de triple reiteración de la Sala de lo Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, la ausencia de publicación incide adicionalmente en la transparencia del procedimiento administrativo:

Es relevante señalar que el principio por el que los actos normativos expedidos por la Administración Pública tienen vigencia desde su publicación en el Registro Oficial ha sido recogido en nuestro ordenamiento jurídico, en el art. 82 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, por lo que, ...resulta del todo irregular que la administración, en su momento, haya aplicado un acto normativo que no fue

86 Ver art. 3 ordinal 1, 11 ordinal 9 y se infiere del art. 88 de la Constitución.

*Íntegramente publicado en el Registro Oficial, lo que denota, al menos, escasa transparencia en el proceder de los funcionarios responsables*⁸⁷.

Los dictados por órgano incompetente por razón de la materia, del tiempo o del territorio (art. 129.b).

Comentario: La actuación administrativa es legítima cuando es realizada por el órgano o autoridad competente. Su descripción legal establece la medida de la potestad (atribuciones) y responsabilidades inherentes asignadas a una entidad pública en el cumplimiento de sus fines.

Son elementos de la competencia: *legalidad*, su fuente siempre es legal, en los casos de delegación se debe publicarla en el Registro Oficial⁸⁸; *inalienable*, no se puede renunciar o abstenerse de ejercer; *responsabilidad*, no ejercer la competencia supone una violación al derecho de petición; *esencialidad*, la actuación administrativa sin competencia acarrea su nulidad; y, *finalidad*, el ejercicio de la competencia solo cabe en la realización de los fines de ley.

Los que tengan un contenido imposible (art. 129.c).

Comentario: Se entiende por contenido imposible cuando se resuelva en contrario a las leyes de la naturaleza, al ordenamiento jurídico⁸⁹, a las buenas costumbres o al orden público. Como concepto colinda con la inexistencia del acto jurídico cuando su objeto no es capaz de producir efecto alguno.

Los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta (art. 129.d).

Comentario: se refiere a cuando en el acto administrativo participó un funcionario usurpando funciones, falsificando⁹⁰ firmas, alterando actas o escrituras, adulterando documentos públicos después de su formación o clausura, suponiendo personas o fechas (a efecto de evitar el silencio administrativo). Para la declaración de nulidad debería considerarse sentencia condenatoria del comportamiento que afecta la validez del acto administrativo.

87 Resolución Nro. 344-07, Sala de lo Contencioso Administrativo, publicado en el Registro Oficial Nro. 574 del 21 de abril de 2009. Resolución Nro. 345 y Resolución Nro. 438, Sala de lo Contencioso Administrativo, publicado en el Registro Oficial Nro. 575 del 22 de abril de 2009.

88 Ver capítulo III subcapítulo II.

89 Código Civil Art.- 1477, cito: "...Si el objeto es un hecho, es necesario que sea física y moralmente posible. Es físicamente imposible el contrario a la naturaleza, y moralmente imposible el prohibido por las leyes, o contrario a las buenas costumbres o al orden público...".

90 Código Penal art. 337.

Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos de la administración, sean colegiados o no (art. 129.e).

Comentario: su condición invalidante es reducida. De hecho, los vicios de forma también son causa de anulabilidad y, por tanto, convalidables por la propia administración.

Se configura la nulidad absoluta cuando se han infringido reglas esenciales al procedimiento, como aquellas que inciden en su carácter (cuando en una solicitud de asilo se siguen procedimientos ajenos al dispuesto por norma), en la sustanciación (cuando violenta el debido proceso) o que son imprescindibles para la formación de la voluntad administrativa en el procedimiento (la falta del Informe Técnico de la Dirección de Refugio⁹¹).

Los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición (art. 129.f).

Comentario: la causal determina la nulidad absoluta de lo ganado por resolución o silencio administrativo cuando la declaración carece de los requisitos esenciales dictados por una Ley, sea que recaiga en la condición del órgano actuante (cuando carece de competencia legal) o en el contenido del objeto del acto administrativo impugnado; en este último caso, cuando el objeto es imposible, indeterminado, afecte las competencias o cause indefensión.

Cualquier otro que se establezca expresamente en una disposición de rango legal (art. 129.g).

Comentario: ejemplos típicos de esta causal los podemos encontrar en el cumplimiento de las obligaciones de la administración pública observadas en el presente estudio, respecto al procedimiento administrativo para reconocer la condición de refugiado, en los capítulos I y II.

En concordancia con lo estipulado en el art. 424 de la Constitución, también serán nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, los tratados internacionales, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, las que regulen materias reservadas a la ley, y las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales (art. 129.2).

91 Ver, art. 31 del Decreto Ejecutivo 1182 de 2012.

Comentario: la causal responde al principio de supremacía de la Constitución y Tratados Internacionales como parte del ordenamiento jurídico vinculante a la administración, que incide en el Decreto Ejecutivo 1182 de 2012 al regular la aplicación del art. 41 de la Constitución, que debemos observar, y que se refiere a materias reservadas a la ley⁹², conforme su art. 133 que dispone: “Serán leyes orgánicas... Las que regulen el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales...”.

La anulabilidad de los actos administrativos

Es una forma de nulidad relativa que solo pueden alegar los particulares afectados por un acto viciado, acorde a las causas previstas en el art. 130 del ERJAFE. De no impugnarse se entenderá purgado el vicio incurrido atento a la seguridad jurídica.

La anulabilidad de los actos administrativos es restringida⁹³, depende de la relación esencial del vicio con el objeto del acto administrativo siempre que cause su ineficacia o la indefensión del interesado, o, cuando infrinja el ordenamiento jurídico acorde a las causales de anulabilidad previstas en el art. 130 del ERJAFE:

Son anulables los actos de la administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder.

Acto administrativo anulable es aquel que contiene un vicio que el ordenamiento jurídico permite su convalidación.

Comentario: por desviación de poder se entiende el ejercicio de las atribuciones administrativas con fines ajenos a los dispuestos por Ley, véase el alcance de estas atribuciones en el procedimiento para reconocer el estatuto de refugiado en el capítulo II, subcapítulos II (detención de solicitantes de asilo y refugiados), VI (obligación documental) y IX (procedimientos de cancelación, revocación y cesación del estatuto de refugiado).

92 Ver capítulo I subcapítulo II.v

93 Marco Morales Tobar, Manual de Derecho Procesal Administrativo, Corporación de Estudio y Publicaciones, Quito – Ecuador 2010, página 236.

No obstante, el defecto de forma solo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados.

Comentario: por efecto del principio *in dubio pro actione*⁹⁴ y economía procesal⁹⁵ son pocas las formalidades exigidas en el procedimiento administrativo, reduciendo el margen de aplicación de la anulabilidad por vicios de forma.

Dichos vicios deben afectar la eficacia de la resolución, por ejemplo la falta de notificación⁹⁶ cuando deja en indefensión a los interesados o se dicta fuera del plazo. También se podrían considerar la omisión de actuaciones procesales que habrían cambiado el contenido del acto administrativo; o, cuando implica la privación de elementos de juicio esenciales, por ejemplo cuando la administración no concede la audiencia de los interesados⁹⁷, debiendo hacerlo.

La realización de actuaciones administrativas fuera del tiempo establecido para ellas solo implicará la anulabilidad del acto cuando así lo imponga la naturaleza del término o plazo, salvo que se hubiese producido el silencio administrativo, en cuyo caso, la actuación será nula de pleno derecho.

Comentario: se trata de una irregularidad generalmente no invalidante, cuyos efectos ordinarios son la responsabilidad del servidor o funcionario del órgano actuante y la aceptación del recurso por silencio administrativo de lo peticionado o la pretensión del recurso de reposición o apelación. Se convierte en invalidante y causal de nulidad cuando el servidor o funcionario público forja o adultera documentos o registros que nieguen la producción del silencio administrativo o sean constitutivos de una infracción penal.

94 Ver capítulo I subcapítulo VII.

95 Ver capítulo I subcapítulo VI.

96 Ver capítulo I subcapítulo XI.

97 Ver capítulo II subcapítulo VII.

Sobre el contenido de la interposición del recurso

En la interposición de los recursos, el ERJAFE en su art. 180 solo exige que cumpla con indicar:

Asegure la admisibilidad del recurso considerando, la legitimación, el término legal para recurrir y el carácter del acto impugnado.

- el nombre y apellidos del recurrente, así como la identificación personal del mismo (art. 180.a);
- el acto que se recurre y la razón de su impugnación⁹⁸ (art. 180.b);
- el lugar, fecha, firma del recurrente, identificación del lugar o medio que se señale a efectos de notificaciones (art. 180.c);
- el órgano de la Administración Pública Central o unidad administrativa al que se dirige (art. 180.d);
- la pretensión concreta que se formula (art. 180.e);
- la firma del compareciente, de su representante o procurador y la del abogado que lo patrocina (art. 180.f); y,
- las demás particularidades exigidas, en su caso, por las disposiciones específicas (art. 180.g)⁹⁹.

Excepto para el caso de los plazos de impugnación, estas exigencias formales no deben tenerse como rigurosas a efecto de que el órgano actuante pueda resolver, existiendo normas que minimizan sus errores u omisiones. Por ejemplo, la ratificación en la actuación del representante, prevista en el art. 187 del ERJAFE, como también el deber de tramitar el recurso cuando incurriera en error en la calificación del mismo, conforme el art. 180 apartado segundo.

Respecto a los plazos de impugnación, el art. 33 del Decreto Ejecutivo 1182 de 2012 establece el término de 3 días para recurrir a la resolución de la Dirección de Refugio declarando inadmisibile la solicitud de asilo, contradiciendo lo dispuesto en el art. 48 que establece para la interposición del recurso de apelación el término de cinco días luego de notificada la resolución, reduciendo, sin justificación técnica, el plazo de quince días para los actos expresos dispuesto por el ERJAFE¹⁰⁰.

98 Ver en este capítulo los subcapítulos IV al VI.

99 Sobre la prueba ver capítulo II subcapítulo VII.

100 Ver, art. 177 num. 1.

El art. 48 también dispone: “...*No se aceptará a trámite ningún recurso de apelación interpuesto fuera del término establecido en este artículo...*”, con lo cual crea una especie de preclusión que toma por un ejercicio de derechos dentro de una etapa procesal lo que en realidad es el ejercicio de un derecho material¹⁰¹, restringiendo vía reglamentaria el principio constitucional de impugnación de los actos administrativos.

Sobre la inadmisión del recurso

Existen tres causas en el ERJAFE por las cuales la administración puede inadmitir un reclamo o recurso:

- Cuando se presenta ante una autoridad carente de competencia fuera de toda duda razonable, conforme su art. 87¹⁰².
- En solicitudes de reconocimiento de derechos, conforme el art. 156 del ERJAFE ordinal cuarto, cuando el recurso carece de fundamentos o alega un derecho inexistente; esto es, sin contenido real o posible.
- Cuando no cumple un requisito esencial exigido por norma.

Por ejemplo, cuando no se deducen las causas de nulidad en la solicitud de revisión de disposiciones y actos nulos acorde al art. 167 del ERJAFE; por no fundar la impugnación en las causas indicadas en el art. 178 cuando se trate del recurso extraordinario de revisión; cuando se deban observar los plazos para la interposición del recurso, según los art.: 175, 177 y 178; o, el deber de identificar el acto impugnado¹⁰³.

Cuando el órgano actuante inadmite el recurso se crea inmediatamente la obligación de motivar su decisión, como consta en el art. 122 del ERJAFE, concordante con el art. 76 ordinal 7 apartado I de la Norma Fundamental, obligándose a razonar sus términos conforme las disposiciones de la Convención de 1951 que definen el concepto de refugiado y el alcance, la cesación o exclusión de su estatuto.

101 Derecho Material. Sin más, Derecho sustantivo... Derecho Substantivo. El que establece derechos u obligaciones, a diferencia del que regula su ejercicio, castiga su infracción o determina el procedimiento para su efectividad extraordinaria... Cabanellas. Ob. Cit. Tomo III páginas 139 y 152.

102 Ver en este capítulo el subcapítulo XI.

103 Ver en este capítulo los subcapítulos X, XI y XII.

La inadmisión de un recurso al trámite es impugnabile y el órgano actuante está obligado a motivar su decisión, luego de ordenar que el recurrente aclare o complemente su recurso y vencido el término concedido para dicho efecto.

La administración pública tiene restricciones formales para declarar que el recurso carece de fundamentos o alegue un derecho inexistente. Por efecto del principio de oficialidad, el órgano actuante puede averiguar los hechos y derechos sean alegados o no en el recurso.

En consecuencia, la administración solo podría inadmitir el recurso con fundamento en esta causal cuando en su motivación establezca que el recurso no aporta hechos relacionados con la necesidad de protección internacional o alude a una solicitud que no se presentó, un acto administrativo o trámite inexistente, o que la pretensión contraviene el ordenamiento jurídico.

En la sustanciación del recurso se observarán los principios de contradicción, economía procesal, interpretación a favor de la acción y oficialidad¹⁰⁴, que en su conjunto aseguran el deber de resolver que le impone a la administración la norma constitucional y legal; en consecuencia inadmitir a trámite el recurso interpuesto será excepcional y deberá estar motivado.

En los casos que el recurso fuere oscuro o faltare en el cumplimiento de requisitos, el art. 181 del ERJAFE ordena a la administración el deber de disponer al interesado que en el término de cinco días aclare o complete su recurso.

Como un efecto particular de la inadmisión, el segundo inciso del art. 49 del Decreto Ejecutivo 1182 de 2012 dispone que cuando la solicitud hubiere sido negada en vía de recurso, por razones de seguridad u orden público, el solicitante deberá abandonar inmediatamente el país.

No obstante se requieren, al menos, dos requisitos jurídicos para dicho efecto: que sea en cumplimiento de una decisión tomada de acuerdo con el procedimiento de ley; y, que en dicho procedimiento el solicitante hubiera podido argüir, replicar, presentar pruebas y contradecir las del Estado, exceptuando los casos de expulsión del país cuando motivadamente se opongán razones imperiosas de seguridad nacional, conforme la Convención de 1951 art. 32.2.

104 Ver capítulo I subcapítulo V, VI, VII y VIII.

Los efectos del recurso administrativo

Generalmente son resultado de interponer el recurso, la resolución o su aceptación por efecto del silencio administrativo, como el prescrito en el art. 177.2 del ERJAFE para el recurso de apelación.

La consecuencia de la interposición del recurso es incoar el procedimiento administrativo en vía de recurso hasta su resolución y, por excepción, suspender los efectos del acto administrativo.

Conforme el segundo inciso del art. 47 Decreto Ejecutivo 1182 de 2012, la presentación de recurso tiene dos efectos adicionales: a) La permanencia del solicitante en el país hasta que exista una decisión definitiva y b) la actualización de los certificados: certificado de presentación de la solicitud para trámite de admisibilidad (art. 32) o certificado provisional admitiendo el trámite de elegibilidad (art. 34), según el acto administrativo recurrido.

Aunque el interponer un recurso no implica que los efectos del acto impugnado se suspenden, es un importante precedente en la legislación ecuatoriana en materia de asilo y refugio que asegura la permanencia en el país del solicitante o refugiado hasta la resolución de su solicitud, conforme el segundo inciso del art. 47 del Decreto Ejecutivo 1182 de 2012.

El primer inciso del art. 49 del Decreto Ejecutivo 1182 de 2012 dispone que cuando la solicitud hubiere sido negada definitivamente, el solicitante debe regularizar la situación migratoria en un plazo de 15 días o abandonar el país; lo que contradice el segundo inciso del art. 33 que lo reduce a un plazo de 3 días.

La discrepancia indicada, independientemente de la causa de la resolución por la cual inadmite la solicitud, supone una afectación al principio constitucional de seguridad jurídica¹⁰⁵ al disponer dos plazos distintos para las mismas consecuencias (regularizar la situación migratoria o abandonar el país) y, como habíamos indicado en el subcapítulo VII, restringe vía reglamento al principio constitucional de impugnación de los actos administrativos.

105 CRE, art. 82: "El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes."

El recurso de reposición

En el Título III, capítulo VII, los art. 47 y 50 del Decreto Ejecutivo 1182 de 2012 expresamente suprimen el recurso de reposición dentro de los recursos de impugnación en sede administrativa, respecto a las resoluciones de la Dirección de Refugio y la Comisión para determinar la Condición de los/las Refugiados/as en el Ecuador.

Es un recurso ordinario al fundamentarse en las causas de nulidad o anulabilidad. Es potestativo, pueden interponerse otros recursos sin que sea requisito agotarlo previamente. Es horizontal, al interponerse ante la autoridad que emitió el acto impugnado.

Parecería innecesario referirnos a este recurso en el estudio pero, como se indicó en el capítulo I subcapítulo II, la Norma Fundamental predica que no podrá discriminarse a las personas por su situación migratoria y la igualdad ante la ley entre nacionales y extranjeros. El recurso de reposición está previsto en el ERJAFE como un medio impugnatorio para los ciudadanos y no se observa una razón material o técnica que sustente su eliminación respecto a las solicitudes de asilo mediante un reglamento.

Por otra parte, el art. 47 precitado hace referencia a las resoluciones pero ¿qué ocurre con los actos de trámite de la Dirección de Refugio y la Comisión? Sugerimos que, hasta la expedición de una ley orgánica respecto al procedimiento administrativo, es recomendable mantener la vigencia del recurso de reposición y, en consecuencia, lo incluimos en el estudio.

Previsto en los art. 174 y 175 del ERJAFE, el recurso es un medio impugnatorio para que el interesado recurra potestativamente el acto administrativo, en reposición ante el mismo órgano de la administración que lo dictó o impugnar directamente en apelación ante el ministros de Estado o ante el máximo órgano de dicha administración, siempre que se trate de aquellos actos que no ponen fin a la vía administrativa.

Para la interposición del recurso de reposición, el plazo será de 15 días si el acto fuera expreso, esto es aquel que manifiesta una decisión resultado de la obligación que tiene de resolver la administración. Si no lo fuera, el plazo será de dos meses y se contará, para otros posibles interesados, a partir del día siguiente a aquel en que se produzca el acto presunto (silencio administrativo).

El plazo máximo para dictar y notificar la resolución del recurso será de dos meses. Contra la resolución no podrá interponerse de nuevo dicho recurso; solo el de apelación o la acción contenciosa administrativa, según elija el recurrente.

El recurso de apelación

Su procedencia depende de que se interponga ante el órgano superior jerárquico de aquel que dictó el acto administrativo recurrido y que no se trate de resoluciones que pongan fin a la vía administrativa, sin que sea necesario que medie la interposición previa del recurso de reposición.

Es un recurso ordinario, al fundamentarse en las causas de nulidad o anulabilidad. Es vertical, al interponerse ante el órgano jerárquico superior de aquel que dictó el acto impugnado.

El art. 47 del Decreto Ejecutivo 1182 de 2012 determina que el Ministro de Relaciones Exteriores, Comercio e Integración es la autoridad competente para resolver el recurso; en caso de delegación se entenderá dictada por el órgano delegante.

Este recurso debe interponerse en el término de 5 días a partir del día siguiente de realizada la notificación, con la resolución de la Dirección de Refugio o la Comisión para determinar la Condición de los/las Refugiados/as en el Ecuador, acorde al art. 47 del Decreto Ejecutivo 1182 de 2012¹⁰⁶.

El Decreto Ejecutivo 1182 de 2012 no menciona los actos de trámite para salvar esta discrepancia y hasta que se reforme este cuerpo reglamentario, la administración podría aplicar el art. 173 del ERJAFE por el cual se podrán impugnar los actos de trámite, conforme su incidencia en el procedimiento administrativo o los derechos del solicitante o refugiado.

El plazo máximo para dictar y notificar la resolución del recurso será de dos meses. Vencido este plazo y sin que recaiga resolución, se entenderá favorable a la pretensión del recurso, conforme el art. 177.2 del ERJAFE.

106 Complementar con los tres últimos párrafos del subcapítulo VII de este capítulo, en la página 51.

Su resolución pone fin a la vía administrativa y contra esta no cabe otro recurso, salvo el extraordinario de revisión o acudir a la jurisdicción contencioso administrativa.

Cabe comentar un equívoco de cierta parte de la administración de sustraerse de su obligación de resolver recursos de apelación, simplemente aludiendo el art. 87 del ERJAFE, al declararse incompetente para el conocimiento y resolución de un recurso debe establecer los hechos y normas que fundamentan dicha afirmación.

Para que se pueda invocar incompetencia es un requisito legal que esté fuera de toda duda razonable y, aún así, esto no exime del deber de motivación en el cual el órgano actuante deberá declarar cualquiera de las siguientes excepciones:

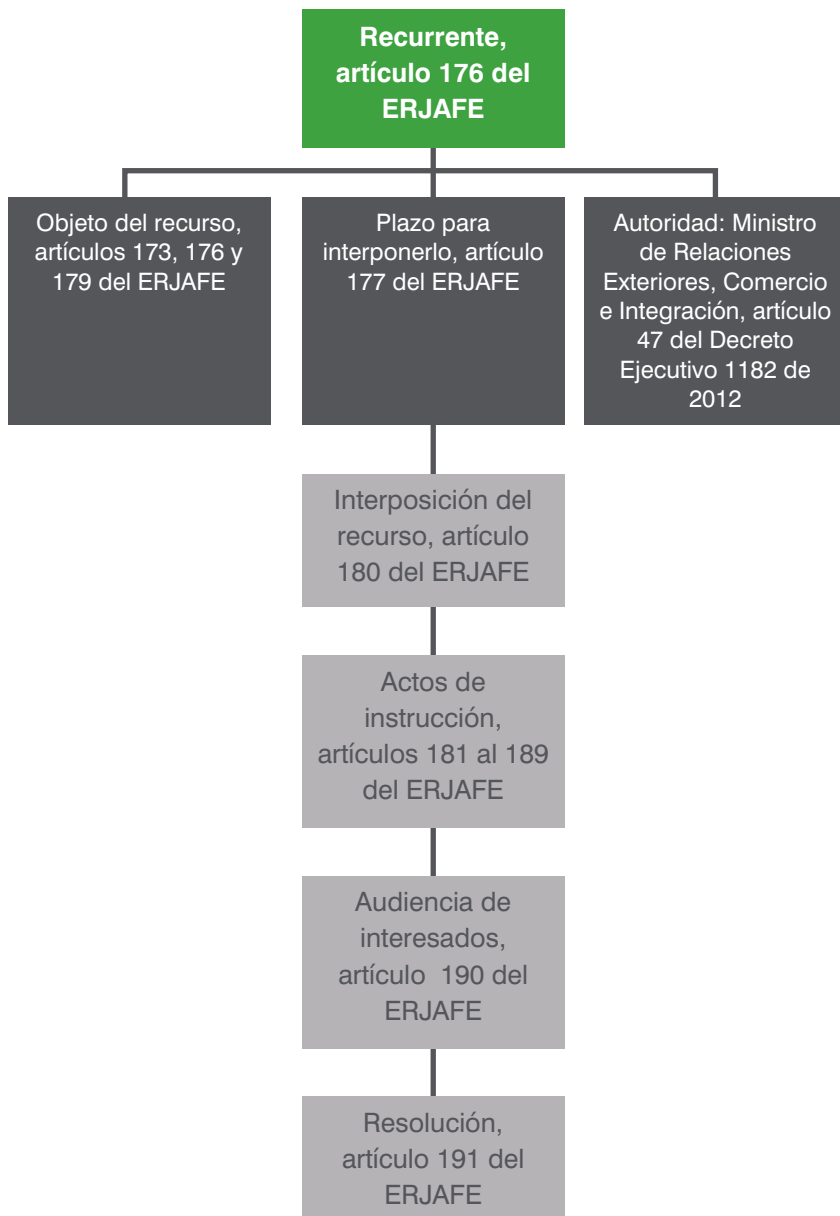
- a) No emitió el acto impugnado.
- b) No es superior jerárquico del órgano que lo adoptó.
- c) La pretensión del recurso persigue una finalidad ajena a la competencia dictada por ley al órgano actuante¹⁰⁷.

De no observarse estas condiciones en la motivación, la resolución estaría viciada de nulidad al violentar la garantía constitucional del debido proceso y en caso de probarse alguna de ellas, como por ejemplo ser superior jerárquico del órgano que adoptó la resolución impugnada, el negarse a la expedición de una decisión sobre la reclamación presentada podría comprenderse como un impedimento al ejercicio del derecho de petición.¹⁰⁸

107 Es importante que se observe en su aplicación lo dispuesto en el segundo inciso del art. 86 del ERJAFE: "...Los órganos administrativos serán competentes para resolver todos los asuntos y adoptar todas las medidas y decisiones que los consideren razonablemente necesarios para cumplir con sus objetivos específicos determinados en la ley no obstante que dichos asuntos, medidas y decisiones no hayan sido expresas y detalladamente a ellos atribuidos..."

108 Corte Suprema de Justicia, Casación, Sala de lo Administrativo, Expediente No. 125-99, publicado en el Registro Oficial Nro. 237, 20 de julio de 1999, sentencia: "...Ahora bien, el acuerdo de postergar cualquier resolución respecto de la solicitud de reincorporación es a todas luces ilegal, pues es expresamente contradictorio a la norma contenida en el Art. 28 de la Ley de Modernización del Estado que dispone: "... En el evento de que cualquier autoridad administrativa no aceptare un petitorio, suspendiere un procedimiento administrativo o no expidiera una resolución dentro de los términos previstos, se podrá denunciar el hecho a los jueces con jurisdicción penal como un acto contrario al derecho de petición garantizado por la Constitución de conformidad con el art. 213 del Código Penal, sin perjuicio de ejercer las demás acciones que le confieren las leyes..."

Ver diagrama del Recurso de apelación conforme el ERJAFE.



En el recurso extraordinario de revisión

Su calificación de extraordinario se debe a que se puede atacar mediante este recurso los actos de la administración firmes¹⁰⁹, cumpliéndose los supuestos previstos en el ERJAFE art. 178, para que se admita su interposición.

El art. 50 del Decreto Ejecutivo 1182 de 2012, al referirse a *última instancia*, parece entender la resolución al recurso ordinario de apelación que no es una instancia entendida como etapa procesal sino un medio de impugnación; en efecto, la resolución del recurso de apelación puede ser impugnada mediante el recurso extraordinario de revisión según el art. 177.3 del ERJAFE.

Mediante este recurso se pueden impugnar los actos o resoluciones firmes.

Para la interposición de este recurso es una condición *sine qua non* que sus fundamentos digan relación a uno de los motivos previstos en el art. 178 del ERJAFE, de los cuales comentamos las causales en los literales a y b, a continuación.

Son causas intrínsecas del recurso extraordinario de revisión:

Que hubieren sido dictados con evidente error de hecho o de derecho que aparezca de los documentos que figuren en el mismo expediente o de disposiciones legales expresas (art. 178.a).

Comentario: en el ámbito administrativo el error de derecho es causal de nulidad absoluta cuando:

- i. Lesiona de forma ilegítima los derechos y libertades consagrados en la Constitución (ERJAFE, art. 129.a);
- ii. Contradice el ordenamiento jurídico o se adquieran facultades o derechos, careciendo de los requisitos esenciales para su adquisición (ERJAFE, art. 129.f);
- iii. La nulidad absoluta es dispuesta expresamente una disposición legal (ERJAFE, art. 129.g);
- iv. Vulneren la Constitución, los instrumentos internacionales, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, las que re-

109 Ver nota al final N° 66.

gulen materias reservadas a la ley o establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales (ERJAFE, art. 129.2).

Es una causa extrínseca del recurso extraordinario de revisión:

Quando con posterioridad aparecieren documentos de valor trascendental ignorados al expedirse el acto o resolución que se trate (art. 178.b).

Comentario: en nuestra opinión, el valor trascendental de estos documentos se puede estimar cuando coinciden con los casos de nulidad previstos en el art. 129 del ERJAFE.

El recurso extraordinario de revisión se interpone en el plazo de tres años a partir del inicio de su vigencia en los casos de los literales a) y b) y, acorde al art. 206 del ERJAFE, el plazo para dictar y notificar la resolución del recurso será de dos meses.

Debe considerarse que su condición de extraordinario no exime a la administración de su obligación de resolver¹¹⁰, conforme el art. 178 del ERJAFE sobre la resolución del recurso. El órgano competente deberá pronunciarse sobre su procedencia y el fondo de la cuestión resuelta por el acto recurrido. Dicha resolución puede impugnarse en el orden jurisdiccional.

Sus efectos, cuando en la resolución se admite el recurso, incluyen el reconocimiento del estatuto de refugiado al recurrente; de lo contrario, al confirmar la admisión, el recurrente tendrá un plazo de 15 días para regularizar su situación migratoria o abandonar el país, acorde al art. 49 primer inciso del Decreto Ejecutivo 1182 de 2012¹¹¹.

Preocupan los alcances del segundo inciso del art. 50 del Decreto Ejecutivo 1182 de 2012, pues al señalar que la interposición del recurso extraordinario de revisión: “...no impide que la persona a la cual se le haya negado la solicitud de refugio, sea deportada...”, supone una excepción al derecho a la permanencia en el país del solicitante hasta que obtenga una decisión definitiva, conforme lo ordena el art. 47 segundo inciso.

110 Corte Suprema de Justicia, Casación, Sala de lo Fiscal, Resolución No. 139-2003, Sala Especializada de lo Fiscal, publicada en el Suplemento del Registro Oficial Nro. 349, de 30 de mayo de 2008, sentencia: “...El acto impugnado consiste en la resolución de 14 de febrero del 2002, que niega el recurso de revisión insinuado por el Banco actor en contra de la providencia dictada por el Director Financiero del Municipio de Santo Domingo de los Colorados de fecha 6 de diciembre del 2001. Si bien esta Sala ha resuelto que el recurso de revisión es una facultad extraordinaria de la administración, no es menos cierto que ello no significa que planteada por el particular no se le deba dar trámite, pues lo contrario implicaría violar el derecho de petición establecido en la Constitución Política del Ecuador y en diversos instrumentos internacionales...”.

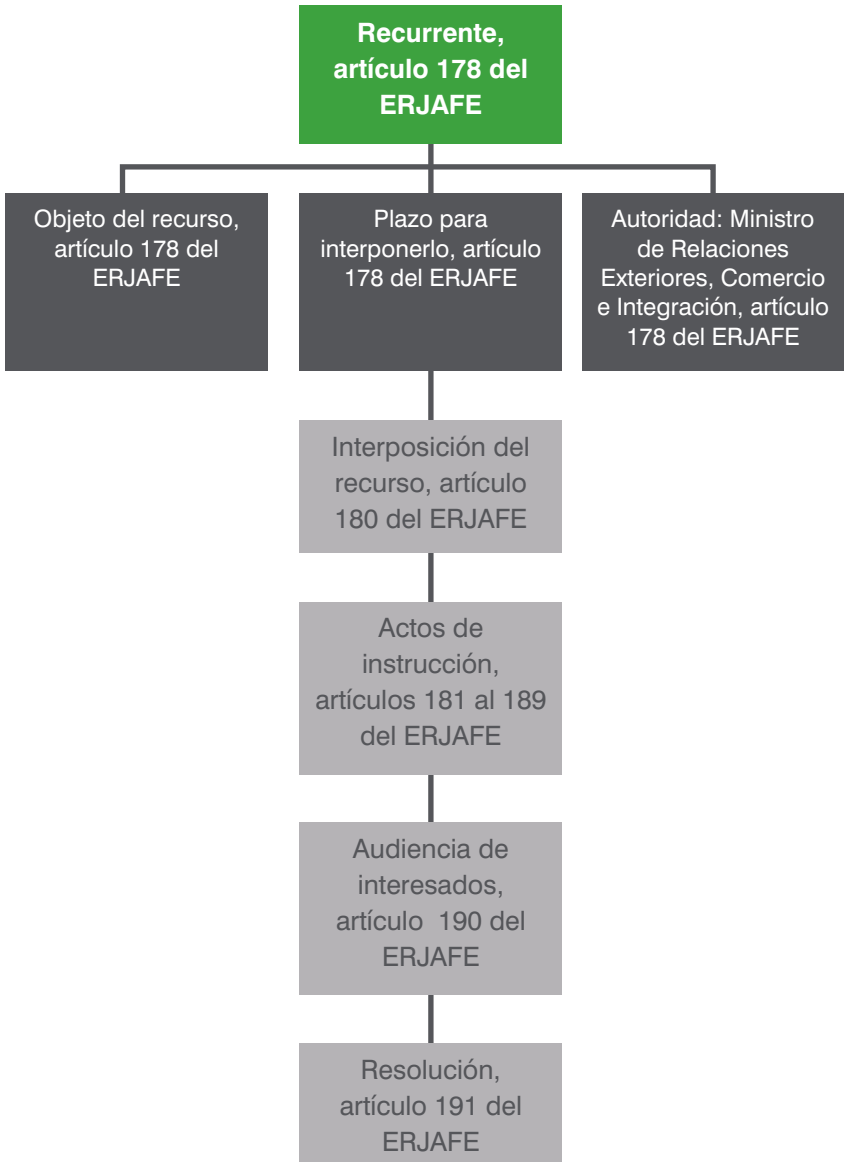
111 Complementar con el subcapítulo IX de este capítulo, páginas 53 y 54.

La salvedad por la cual se pretende enervar la deportación, cita del art. 50 segundo inciso: “...salvo en los casos cuando resulta más que evidente un mal obrar por parte de la Comisión en el respectivo trámite...”, carece de efectos jurídicos considerando que los actos administrativos se presumen legítimos¹¹² y gozan de ejecutoriedad, lo que implica que deben cumplirse desde que se dicten y de, ser el caso, notificarse.

En consecuencia, los efectos de la resolución resultado del “mal obrar de la Comisión” subsistirán en el mundo jurídico hasta que otra resolución la revoque o reforme. Para evitar detenciones arbitrarias, la administración podría uniformar en el procedimiento que en la interposición de cualquier recurso, el recurrente podrá permanecer en el país hasta que se produzca la resolución acorde al art. 47 del Decreto Ejecutivo 1182 de 2012.

112 ERJAFE, art. 68: “LEGITIMIDAD Y EJECUTORIEDAD.- Los actos administrativos se presumen legítimos y deben cumplirse desde que se dicten y de ser el caso, se notifiquen, salvo los casos de suspensión previstos en este estatuto”.

Ver diagrama del Recurso extraordinario de revisión conforme el ERJAFE.



ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS

ACNUR Ecuador

El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) es la agencia de las Naciones Unidas que tiene como mandato la protección de las personas refugiadas en el mundo. Utilizando la Convención de 1951 como su herramienta más importante, el mandato principal del ACNUR es garantizar la protección internacional de aproximadamente 43 millones de personas desarraigadas en el mundo. En el Ecuador inició sus operaciones en el año 2000 por pedido del Estado Ecuatoriano, en vista del creciente número de refugiados provenientes de Colombia como consecuencia del conflicto interno en ese país.

Los refugiados son personas que debido a guerras, conflictos internos o por fundados temores de persecución han debido abandonar su país de origen y cruzar una frontera para encontrar protección. Son todas aquellas personas que huyen de su país a causa de un temor fundado de persecución por motivos de raza, religión, nacionalidad, opinión política o pertenencia a un grupo social y que no puedan o, a causa de dichos temores, no quieran acogerse a la protección de su país; o que careciendo de nacionalidad y hallándose a consecuencia de tales acontecimientos fuera del país de residencia habitual, no puedan o, a causa de dichos temores no quieran regresar a él.

Como parte del cumplimiento de su mandato internacional y de las garantías constitucionales, ACNUR:

- Vela por la protección de las personas refugiadas como nuestro deber, expandiendo el espacio de la protección al favorecer políticas públicas, prácticas administrativas y mediante intervenciones específicas.
- Potencia los derechos de los y las refugiadas en el Plan del Buen Vivir del Ecuador promoviendo un ambiente favorable a la integración local y naturalización de refugiados reconocidos en el país.

- Asume la responsabilidad de buscar soluciones duraderas que incluyan el uso estratégico del reasentamiento como instrumento de protección y como herramienta de solidaridad, así como una repatriación voluntaria al futuro
- Combate la xenofobia y la discriminación junto a la sociedad civil y organismos estatales, a través de campañas diseñadas para promover la solidaridad y la convivencia pacífica.

