

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Maestría en Derecho Administrativo

Alcance de la facultad discrecional del Estado ecuatoriano en la negativa y revocatoria de visas bajo el principio de libre movilidad humana

Miguel Ángel Gavilánez Guerrero

Tutora: Lina Parra Cortés

Quito, 2018



Yo, Miguel Ángel Gavilánez Guerrero, autor de la tesis intitulada: Alcance de la facultad discrecional del Estado ecuatoriano en la negativa y revocatoria de visas bajo el principio de libre movilidad humana, mediante el presente documento de constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magister en Derecho Administrativo en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1) Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.

2) Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad. 3) En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Fecha: 13 de junio de 2018

Firma:

Resumen

El derecho de las personas a migrar ha sido recogido en mayor o menor medida por varios instrumentos internacionales de derechos humanos, entre los que se destacan: la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Internacional para la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familias.

Sin embargo, su reconocimiento no ha logrado impregnarse en las legislaciones internas de los países, lo que ha impedido su posicionamiento como un derecho fundamental según las teorías positivistas. Es más, tradicionalmente ha estado bajo la sombra de concepciones restrictivas basadas principalmente en aspectos soberanos y discrecionales que los Estados utilizan como sustento para impedir el libre tránsito de extranjeros a través de sus fronteras.

Bajo esta tónica, el Ecuador marca un hito a nivel internacional al convertirse en el primer y único país de la región y del mundo en reconocer en su Constitución del 2008, el derecho a migrar de los extranjeros, que además tiende al desarrollo de varios principios como la libre movilidad humana y la ciudadanía universal.

Diez años después de aquel reconocimiento, el presente trabajo muestra una parte de la realidad migratoria dentro del tema de los permisos de residencia –también conocidos como *visas*–, donde se establece que aún quedan ciertos dogmas por superar.

En la siguiente investigación se estudia el derecho a la libre circulación de las personas identificando cuales son sus alcances y sus límites; y si verdaderamente su restricción, basada en conceptos soberanos y discrecionales ha sido superada.

A María Dolores y José Miguel

A mis padres y hermanos.

Agradecimientos

A la Universidad Andina Simón Bolívar, de cuyo paso por sus aulas aprendí cómo se defienden los derechos frente a los abusos del poder.

A quienes alguna vez me enseñaron a “respetar al viajero y al extranjero porque su posición los hacía sagrados hacia mí.”

A Lina Parra Cortés, por acercarme a los derechos humanos.

Tabla de contenido

Introducción.....	13
Capítulo primero	
Derechos fundamentales y libre movilidad humana.....	15
1. Iusnaturalismo y positivismo jurídico.....	15
2. Derechos fundamentales	18
3. Derechos como límites al poder.....	24
4. Límites y restricciones a los derechos fundamentales	28
5. El derecho a migrar.....	36
5.1. Concepto	36
5.2. Libre movilidad humana y derecho a migrar, principio y regla.....	41
5.3. Derecho a inmigrar, contenido esencial y titulares	46
5.4. Límites y restricciones al derecho a inmigrar	50
Capítulo segundo	
La facultad administrativa en la negativa y revocatoria de visas	59
1. La competencia	59
2. El principio de legalidad	64
3. Facultad reglada	67
4. Facultad discrecional	69
4.1. Fundamento de la discrecionalidad	76
4.2. Criterios discrecionales utilizados para negar y revocar visas.....	78
Capítulo tercero	
Criterios para garantizar el derecho a migrar	93
1. Aplicación de principios constitucionales y desarrollo normativo	93
2. Límites a la facultad discrecional	101
2.1. Cumplimiento del ordenamiento legal	102
2.2. Elementos reglados del acto administrativo, fin perseguido e interés general.....	105
2.3. El debido proceso	109
3. La motivación de todos los actos administrativos	113
4. Discrecionalidad y arbitrariedad	120
5. Control administrativo y judicial	125
Conclusiones.....	133

Recomendaciones	137
Bibliografía.....	139
Anexos.....	153
Esquema de entrevista.....	153
Oficio No 23. UM-CZ9-MREMH.....	157

Introducción

La Constitución ecuatoriana implanta en el país nuevos preceptos en cuanto a la política migratoria, esto debido a que surgen principios *innovadores* respecto a las relaciones del Ecuador con la comunidad internacional; entre estos, la propugnación del principio de ciudadanía universal, la libre movilidad humana de todos los habitantes del planeta y el progresivo fin de la condición de extranjero.

Además, el Ecuador se convierte en el primer Estado en recoger en su legislación el derecho de los extranjeros a migrar, elevando como máxima informativa que *no se identificará ni se considerará a ningún ser humano como ilegal por su condición migratoria*.

Pese a esto, ha resultado complicado adaptar los mandatos constitucionales a la práctica, considerando que las normas de menor jerarquía que se refieren a temas migratorios continúan viendo a la migración desde una óptica tradicional, donde la soberanía de los países da lugar a actuaciones discrecionales concebidas como *libres y soberanas* que impiden el ingreso o residencia de las personas extranjeras en sus territorios.

Ante este problema, se plantea como pregunta, cuáles deberían ser los límites de la facultad discrecional del Estado ecuatoriano al momento de negar o revocar una visa a un ciudadano extranjero.

Para encontrar una respuesta, la interrogante da lugar a la consecución de tres objetivos, mismos que son desarrollados en tres capítulos, delimitando su alcance netamente a los permisos de residencia y excluyendo por su singularidad temas como la deportación o el refugio.

El primero estudia a la libre movilidad desde las concepciones iusnaturalistas y positivistas desde un punto de vista dogmático, llegando a establecer su alcance y sus límites dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano.

El segundo capítulo explica el fundamento de la discrecionalidad e identifica los criterios discrecionales más recurrentes que utiliza la Administración para negar o revocar los permisos de residencia de los ciudadanos extranjeros.

El tercero valora los criterios discrecionales utilizados, llegando a dilucidar los medios más idóneos para garantizar el derecho a migrar de los inmigrantes.

Todo esto sumado, ayuda finalmente a contestar la pregunta planteada en el sentido de que la discrecionalidad no significa libertad absoluta en las decisiones sobre temas migratorios pues como toda actuación administrativa esta está limitada por el cumplimiento del ordenamiento legal y las garantías del debido proceso; que el derecho a migrar es un derecho humano fundamental y que para garantizarlo es mandatorio el efectivo desarrollo de los principios constitucionales, proscribiendo actuaciones arbitrarias que vulneren la libre movilidad humana de los extranjeros.

Capítulo primero

Derechos fundamentales y libre movilidad humana

Este capítulo es una aproximación a los derechos fundamentales y su reconocimiento como limitantes del poder Estatal. Estudia a la libre movilidad desde sus concepciones normativas, nacional e internacional.

1. Iusnaturalismo y positivismo jurídico

Para acercarnos a la libre movilidad humana, derecho a migrar o derecho a la libre circulación de las personas, es menester señalar brevemente que existen dos principales teorías respecto al reconocimiento de los derechos; el iusnaturalismo y el iuspositivismo.

El iusnaturalismo, llamado también derecho natural, derecho de naturaleza, o jusnaturalismo, se define como el poder que tenían todos los habitantes del planeta sin ningún elemento que los condicione, por lo que incluso podían llegar a quitarse la vida entre sí, es por esto que Hobbes lo precisa como la libertad que tiene cada hombre en usar su propio poder, para la conservación de su propia vida; y, por consiguiente, para hacer todo lo que a su juicio y razón se considere necesario para lograr ese fin.¹

Bajo esta premisa, decir que la libre circulación de las personas por el mundo tenía una validez universal no es un error. Es por todos conocidos que el hombre en un inicio era nómada y podía circular libremente por toda la faz de la tierra, su único impedimento para no hacerlo era la propia naturaleza.

A criterio de Norberto Bobbio el iusnaturalismo busca “(...) establecer lo que es justo y lo que es injusto de modo universalmente válido”² pero para llegar a esto se plantea y responde la siguiente pregunta:

(...) ¿tiene bases esta exigencia? A juzgar por los desacuerdos entre los diferentes seguidores del derecho natural sobre lo que se debe considerar justo o injusto, a juzgar por el hecho de lo que era natural para algunos no lo era para otros, se debería responder que no. Para Kant (y en general para todos los iusnaturalistas modernos) la libertad era natural; pero para Aristóteles la esclavitud era natural. Para Locke la propiedad privada

¹ Thomas Hobbes, *Leviatán* (1651), 54, <http://www.uruguaypiensa.org.uy/imgnoticias/749.pdf>

² Norberto Bobbio, *Teoría General del Derecho*, trad. Eduardo Rozo Acuña, 1ª edición, (Madrid: Debate, 1991), 41.

era natural, pero para todos los utopistas socialistas, de Campanella a Winstanley y a Morelly, la institución más conforme a la naturaleza humana era la comunidad de bienes.³

Es cierto entonces, que si bien en sus inicios el ser humano era nómada, al volverse sedentario, empieza a impedir la circulación de extraños por sus asentamientos; en los grupos humanos más primitivos, la única justificación era proteger las provisiones de alimentos y en consecuencia la vida de sus miembros, por lo cual, permitir la libre circulación de las personas no vendría a ser un derecho tan natural como no lo fue libertad bajo criterio de Aristóteles.

Por esta razón “el hecho de que los derechos naturales sean descendientes directos del iusnaturalismo, los sitúa como un concepto importante en la historia del pensamiento, pero también les atribuye una carga que los condiciona y puede provocar su rechazo actual”⁴, pues lo natural en un lugar no lo puede ser en otro, o incluso, como se hace referencia, lo *natural* cambia dependiendo del espacio de tiempo en que se lo sitúe, llegando a concluir que lo *natural* dependerá del tiempo y del espacio geográfico del que se lo mire.

Respecto al iuspositivismo, llamado además derecho positivo, su fundamento está en que “(...) reduce la justicia a la validez.”⁵ Esta teoría toma en cuenta los preceptos del pacto social y prácticamente se contrapone al iusnaturalismo, convirtiéndose en el soporte del ejercicio del poder en una sola persona. Nacen aquí la ley y el derecho como sinónimos de justicia, donde “(...) no existe otro criterio de lo justo y de lo injusto que el de la ley positiva, es decir, por fuera de la orden del soberano. Para Hobbes, es verdad que es justo lo que es ordenado, por el solo hecho de estar ordenado; es injusto lo que es prohibido, por el solo hecho de estar prohibido”.⁶

Esta postura es más clara en la obra el Leviatán, cuando se define la justicia e injusticia en el estado de naturaleza, destacando la prevalencia e importancia del iuspositivismo. El autor se refiere en estos términos:

Qué es justicia e injusticia. En esta ley de naturaleza consiste la fuente y origen de la JUSTICIA. En efecto, donde no ha existido un pacto, no se ha transferido ningún derecho, y todos los hombres tienen derecho a todas las cosas: por tanto, ninguna acción puede ser injusta. Pero cuando se ha hecho un pacto, romperlo es injusto. La definición

³ *Ibíd.*

⁴ Francisco Javier Ansuátegui Roig, “Derechos: Cuestiones de Terminología Jurídica”, en *Revista de Derecho Constitucional*, Centro de Jurisprudencia de la Corte Suprema de El Salvador, n° 30, (1999): 4.

⁵ Bobbio, *Teoría General del Derecho*, 43.

⁶ *Ibíd.*, 44.

de INJUSTICIA no es otra cosa sino esta: el incumplimiento de un pacto. En consecuencia, lo que no es injusto es justo.⁷

Sintetizando la diferencia, pero a su vez, la relación entre iusnaturalismo y el iuspositivismo, Ansuátegui, parafraseando a Norberto Bobbio y al autor Lucas Verdú, establece que los “(...) derechos naturales, ni son derechos ni son naturales. Son considerados previos al Derecho; se pretenden con mayor fuerza vinculante que el Derecho positivo o, dicho de otro modo, la fuerza vinculante del derecho positivo depende de su reconocimiento.”⁸ Premisa que tiene sustento porque no puede haber derecho sin un reconocimiento y en los albores de la humanidad solo existía la supervivencia del más fuerte sin reconocimiento alguno, siendo necesario positivizar el derecho mediante algún procedimiento que en la generalidad fue a través de medios escritos.

Jürgen Habermas, analizando la comprensión filosófica de los fisiócratas consideraba que:

(...) las leyes naturales tenían que ser tan evidentes, que el acto de su positivación sólo podría consistir en declararlas. Déclarer tenía en la escuela fisiocrática el sentido técnico de traducir el ordre naturel en un ordre positif, de tal modo que el derecho natural fuera meramente reforzado y aplicado en la ley deducida de él.⁹

Lo expuesto por Habermas es *per se* la relación que existe entre iusnaturalismo y positivismo cuando este último positiva lo evidente; es decir, reconoce al ser humano lo que ya ostentaba en su estado de naturaleza a través del derecho.

Norberto Bobbio en su obra *El problema del positivismo jurídico*, redefine las dos expresiones, jusnaturalismo y positivismo jurídico, presentando así su pensamiento:

Por jusnaturalismo [se entiende] aquella corriente que admite la distinción entre derecho natural y derecho positivo y sostiene la supremacía del primero sobre el segundo. Por positivismo jurídico [se entiende] aquella corriente que no admite la distinción entre derecho natural y derecho positivo y afirma que no existe otro derecho que el derecho positivo. Obsérvese la asimetría de las dos definiciones. Mientras que el jusnaturalismo afirma la superioridad del derecho natural sobre el derecho positivo, el positivismo jurídico no afirma la superioridad del derecho positivo sobre el derecho natural, sino la exclusividad del derecho positivo. Por otra parte, mientras que el positivismo jurídico afirma la exclusividad del derecho positivo, el jusnaturalismo no afirma que exista únicamente el derecho natural, sino que existe también el derecho positivo, aunque en

⁷ Hobbes, *Leviatán*, 60.

⁸ Ansuátegui, “Derechos: Cuestiones de Terminología Jurídica”: 4.

⁹ Jürgen Habermas, *Teoría y Praxis Estudios de Filosofía Social*, trad. Salvador Mas Torres, 2ª edición, (Madrid: Tecnos S.A., 1990), 94.

una posición de inferioridad con respecto al derecho natural.¹⁰

Bajo esta óptica, la distinción o supremacía entre derecho natural o derecho positivo o el reconocimiento u anulación entre uno u otro, poco han ayudado a que los países tengan una postura clara respecto a reconocer la libre movilidad de las personas como un derecho.

Incluso, desde la óptica del derecho natural, regresando la mirada al estado que primigeniamente ostentaba el hombre, la mayoría de Estados se decanta más por la facultad de impedir la circulación de los seres humanos que por permitir su circulación libre.

2. Derechos fundamentales

Definir qué son los derechos desde de estas dos teorías no deja de presentar tensiones. Sin embargo, de aquí en adelante cuando se haga referencia a ellos se les otorgará como nombre derechos y como apellido, *fundamentales*, denominación comúnmente aceptada a partir de las revoluciones suscitadas en Estados Unidos y Francia, acaecidas en los años 1776 y 1789 respectivamente.¹¹

Desde la concepción iuspositivista, se entiende por derechos fundamentales:

(...) todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a <todos> los seres humanos en cuanto dotados del *status* de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiéndose por <derecho subjetivo> cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por <*status*> la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos en ejercicio de estas.¹²

Derechos subjetivos deben ser entendidos como “(...) toda situación que, al ser objeto de valoración positiva (como un bien estimado) por el ordenamiento jurídico, habilita a un sujeto individual o colectivo para reclamar a otro el cumplimiento de determinados deberes de hacer, dar o no hacer (...).”¹³

¹⁰ Norberto Bobbio, *El problema del positivismo jurídico*, trad. Ernesto Garzón Valdés, 1ª edición, (México D.F.: Distribuciones Fontamara, 1991), 74.

¹¹ Jürgen Habermas, *Teoría y Praxis Estudios de Filosofía Social*, 90.

¹² Luigi Ferrajoli, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, ed. Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, (Madrid: Trotta, 2001), 19, <https://ecaths1.s3.amazonaws.com/derechoshumanos/1485517429.Fundamentos%20de%20los%20derechos%20fundamentales.%20Ferrajoli.pdf>

¹³ Tulio Elí Chinchilla Herrera, *¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?*, (Bogotá: Temis, 1999), 16.

En contraposición al iuspositivismo, Mauricio Beuchot, quien analiza el pensamiento de los filósofos Hart, Rawls y Dworkin, establece:

(...) los derechos fundamentales no pueden ser producto de la positivación ni de la costumbre, porque justamente están destinados a evaluar las leyes positivas tanto como las consuetudinarias, por lo que deben estar por encima de ellas y ser independientes. Es la idea básica que se encuentra de manera recurrente en el fondo de las teorías iusnaturalistas. Los derechos naturales fundan a los positivos, y cualquiera de ellos que los contradiga, es injusto.¹⁴

Por esto se dice, que los derechos naturales constituyen “(...) la génesis de los derechos fundamentales”¹⁵ dando primigenia importancia al derecho natural, pero justificando “(...) la positivación de los derechos naturales, directamente por la mayor eficacia que supone, e indirectamente por la ideología contractualista que vincula Poder y Derecho.”¹⁶

De las ideas señaladas, se puede armonizar que los derechos fundamentales para ser considerados como tal, necesitan la concurrencia de las posturas naturalistas y del derecho positivo. La necesaria condición de que sean derechos exigibles por todas las personas, no basta si no existe un reconocimiento previo dado mediante la positivización del derecho.

Justificada la positivación de los derechos naturales, para Tulio Elí Chinchilla “(...) un derecho puede ser fundamental si, además de traducir un imperativo axiológico y constituir un asidero de orden político, posee una estructura normativa que posibilita su optima tutela con los mecanismos reforzados que hoy ofrece el derecho constitucional de un Estado social y democrático de derecho”¹⁷, lo cual se logra a través de garantías normativas y jurisdiccionales las cuales, en el Ecuador, por ejemplo, constan en el Título III, Capítulo tercero de su Constitución.¹⁸

Carlos Bernal Pulido¹⁹ coincide en que los derechos fundamentales constituyen en su esencia derechos subjetivos, y que deben tener una protección especial, pero indica que “no todos los derechos subjetivos del sistema jurídico son ni pueden ser

¹⁴ Mauricio Beuchot, *Derechos Humanos Historia y Filosofía*, 1ª edición, (México D.F.: Fontamara, 1999), 13.

¹⁵ Ansuátegui, “Derechos: Cuestiones de Terminología Jurídica”: 4.

¹⁶ Gregorio Peces Barba Martínez, *Lecciones de derechos fundamentales*, (Madrid: Dykinson, 2004), 105.

¹⁷ Chinchilla, *¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?*, 153.

¹⁸ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.

¹⁹ Carlos Bernal Pulido, “Derechos fundamentales”, en *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, ed. Jorge Luis Fabra Zamora y Verónica Rodríguez Blanco, (México: UNAM, 2015), 1571, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3796/24.pdf>

derechos fundamentales”²⁰. El autor menciona que los derechos fundamentales:

(...) conforman una clase especial dentro del género de los derechos subjetivos, a la que sólo muy pocos derechos pueden pertenecer. Si no fuera así, se restringiría excesivamente el proceso democrático. De la misma manera, si todos los derechos subjetivos se garantizaran por medio de los mecanismos especiales de protección, los derechos fundamentales perderían su carácter especial.²¹

Esta idea no aterriza en el contexto ecuatoriano; es así que el numeral seis del artículo 11 de la Constitución destruye dicha tesis al indicar que todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía. Lo que lleva a establecer que todos los derechos gozan de las mismas garantías para su efectiva y plena vigencia y que por consiguiente “(...) todos los derechos contemplados por la Constitución son derechos constitucionales fundamentales.”²²

Para Bernal Pulido, “el carácter fundamental de los derechos fundamentales consiste en un conjunto de propiedades formales y materiales”²³, siendo cuatro las propiedades formales que otorgan a un derecho subjetivo el título de fundamental, sin que sea necesaria su concurrencia.

La primera propiedad formal, es la pertenencia de un derecho al capítulo de derechos fundamentales de la Constitución²⁴, lo cual de manera expresa tampoco sucede en el Ecuador puesto que el Título II de su Norma Suprema que se refiere a los derechos, no determina en lo absoluto en ninguno de ellos cuáles deben ser considerados como derechos fundamentales; sin embargo, el mismo numeral seis del artículo 11 de la Constitución determina que todos los derechos tienen igual jerarquía por lo que tácitamente se entiende que todos deben ser considerados como fundamentales.

La segunda propiedad formal es la pertenencia de la disposición de derecho fundamental al texto constitucional²⁵. Palabras más, palabras menos, esto significa que el derecho como tal debe estar establecido en la Constitución y aunque parezca obvio, Bernal sugiere que existen muchos derechos fundamentales que no han sido recogidos por las constituciones pero que si constan en normas de menor jerarquía por lo que

²⁰ *Ibíd.*, 1573.

²¹ Carlos Bernal Pulido, “Derechos fundamentales”, 1573-74.

²² Lina Parra, *Constitucionalismo contemporáneo y la teoría del contenido mínimo el derecho al trabajo*, (Quito: Corporación editora nacional, 2013), 79.

²³ Carlos Bernal Pulido, “Derechos fundamentales” 1574-84.

²⁴ *Ibíd.*, 1592.

²⁵ *Ibíd.*, 1578.

deben ser considerados como fundamentales.

La tercera propiedad es la pertenencia de la disposición de derecho fundamental al texto constitucional al bloque de constitucionalidad²⁶, el cual se lo define como el “conjunto de derechos de las personas (atributos) asegurados por fuente constitucional o por fuentes del derecho internacional de los derechos humanos (tanto el derecho convencional como el derecho consuetudinario y los principios de *ius cogens*) y los derechos implícitos expresamente incorporados [al] ordenamiento jurídico (...)”²⁷

La última propiedad es el reconocimiento del carácter fundamental de un derecho por parte de la jurisprudencia constitucional²⁸, sin que constituya “(...) una condición necesaria, pero, sumada a una propiedad material, sí suficiente del carácter fundamental de los derechos fundamentales”²⁹, cuya condición generalmente sucede en el caso de derechos que no tienen una fuente constitucional sin que por esto signifique que no lo sean.

No menos importantes son las propiedades materiales³⁰ a las que se refiere Bernal Pulido considerando la “(...) estrecha relación con el difícil problema filosófico de si existen derechos subjetivos por fuera del derecho”³¹; sin embargo, sobre dichas propiedades nada más es necesario señalar que “de acuerdo con la concepción liberal de la persona política y del Estado, este tiene como finalidad garantizar el ejercicio de la libertad”³², lo que significa que un derecho para ser fundamental debe guardar armonía con este principio, lo cual a su vez constituye la única propiedad material necesaria para que junto con las formales un derecho pueda ser considerado fundamental; y justamente por ello, Bernal Pulido, ha de concluir que “(...) un derecho subjetivo para ser considerado como fundamental por lo menos debe revestir una propiedad formal y una propiedad material”³³.

Robert Alexy sostiene la existencia de tres conceptos de derecho fundamental³⁴ que son: de acuerdo con su contenido formal, material y el procedimiento que lo enmarca. Establece que “(...) un derecho fundamental será aquel que: 1. esté dado por

²⁶ *Ibíd.*, 1580.

²⁷ Humberto Nogueira Alcalá, *Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales*, 2ª edición corregida, tomo I, (Santiago: Librotecnia, 2008), 37.

²⁸ Carlos Bernal Pulido, “Derechos fundamentales”, 1582

²⁹ *Ibíd.*

³⁰ *Ibíd.*, 1584-91.

³¹ *Ibíd.*, 1585.

³² *Ibíd.*, 1588.

³³ *Ibíd.*, 1592.

³⁴ Robert Alexy, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, (Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003), 19 y s.

la Constitución (formal); 2. pertenezca al ser humano por su calidad de tal y se encuentre en la base propia del Estado (material) y 3. aquellos derechos que son tan importantes para una sociedad y una democracia, que «no pueden dejarse en manos de la mayoría parlamentaria simple»³⁵.

Concretando las ideas, puede o no existir una lista de derechos fundamentales en las constituciones de los países o como en el caso del Ecuador que todos los derechos ahí contenidos gocen de esta distinción.

Su inclusión dentro de un catálogo dependerá no solo de la voluntad de un Parlamento, sino también desde el lugar de donde se lo mire, por ejemplo, derechos fundamentales desde el naturalismo vendrían a ser los hoy conocidos como derechos humanos al considerarlos “(...) innatos, o inherentes a la naturaleza del hombre (...)”³⁶. En cambio desde el iuspositivismo “(...) un derecho es fundamental si se confiere a «todos». Si, en resumen, la norma que lo confiere está formulada mediante el cuantificador universal (<todos>)”³⁷, destacando que esta clase de derechos no se entienden al margen del ordenamiento jurídico propio de un país, a diferencia de los denominados derechos humanos, derechos naturales, derechos morales ya que la inclusión en el derecho positivo permite el respaldo de todo el poder del Estado en defensa de los principios o valores que residen en esta clase de derechos.³⁸

Sobre los derechos naturales entonces, “un aspecto semántico por aclarar es la distinción entre *derechos humanos* y *derechos fundamentales*. ¿Son lo mismo? ¿Habrá derechos humanos que no son fundamentales?”³⁹ Las preguntas planteadas son complejas y aunque la respuesta a la primera podría ser un sí rotundo mientras que en la segunda se entendería que no, no es hasta la contemporaneidad que se ha establecido un consenso lingüístico, al respecto:

(...) se ha concertado llamar derechos fundamentales a los derechos humanos que han adquirido la positivación necesaria en el ordenamiento jurídico nacional, preferentemente en el orden constitucional, y que, por lo tanto, logran un alto grado de certeza y posibilidad garante efectiva, propias de lo que tradicionalmente se conoce con la expresión derecho subjetivo. Son derechos constitucionalizados mediante una técnica especial de reconocimiento, definición y protección. Así las cosas, la fundamentalidad de un derecho debe pasar el test de la positivación interna, es decir, la inclusión en el

³⁵ Lina Parra, “Constitucionalismo contemporáneo”, 77- 8.

³⁶ German J. Bidart Campos, *Teoría general de los derechos humanos*, 2ª edición, (Buenos Aires: Astrea, 1991), 29.

³⁷ Ricardo Guastini, “Tres problemas para Luigi Ferrajoli”, en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, ed. Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, 4ª ed. (Madrid: Trotta, 2009), 59.

³⁸ Ansuátegui, “Derechos: Cuestiones de Terminología Jurídica”: 10.

³⁹ Chinchilla, *¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?*, 58.

catálogo o Carta de derechos de una Constitución.⁴⁰

Antonio Pérez Luño, distingue también entre derechos humanos y derechos fundamentales, él expone:

[existe una] propensión doctrinaria y normativa a reservar el término «derechos fundamentales» para designar los derechos positivados a nivel (sic) interno, en tanto que la fórmula «derechos humanos» sería la más usual para denominar los derechos naturales positivados en las declaraciones y convenciones internacionales, así como a aquellas exigencias básicas relacionadas con la dignidad, libertad e igualdad de la persona que no han alcanzado un estatuto jurídico positivo.⁴¹

De lo expuesto, la balanza se inclina sin más reparo a la positivización de los derechos humanos en las legislaciones de los países, siendo la única manera idónea de garantizar su cumplimiento y aunque parezca difícil llegar a un consenso entre derechos naturales, entendidos estos como los derechos humanos que constan en los diferentes instrumentos internacionales y derechos fundamentales los cuales están incorporados en la legislación interna de cada país; el Ecuador, aceptando las teorías iusnaturalistas de los derechos humanos, pero incorporándolas de manera positiva a su ordenamiento jurídico ha podido llegar a un acuerdo entre estas dos teorías.

Dicho acuerdo está expresamente indicado en el numeral tres del artículo 11 que establece que “los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación (...)” y en el segundo inciso del artículo 424, el cual indica que “(...) la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Ecuador que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público”. El artículo 425 es aún más claro al determinar el orden jerárquico de aplicación de las normas, en la cual los tratados y convenios internacionales están en segundo lugar, mismos que incluyen como es obvio a los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos.

Para enfatizar, el artículo 426 en su primer inciso señala que las normas previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán directamente siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución y en el segundo inciso menciona que los derechos consagrados en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación.

⁴⁰ *Ibíd.*

⁴¹ Antonio Pérez Luño, *Los derechos fundamentales*, (Madrid: Tecnos, 1986), 44.

Por consiguiente, todos los derechos ya sean los incluidos en el catálogo constitucional o los acogidos de los instrumentos internacionales de derechos humanos, deben ser considerados como fundamentales destacando el hecho de que en el Ecuador todos cuentan en mayor o menor medida con al menos una de las propiedades formales y materiales indicadas por Bernal Pulido y Robert Alexy.

En definitiva, la distinción entre derechos fundamentales y derechos humanos carece de relevancia si la propia Constitución pondera la protección de los derechos humanos elevándolos al más alto grado en jerarquía.

Señalado esto, solo queda mencionar que“(…) la expresión derecho fundamental viene a reemplazar a las tradicionales de derechos civiles, libertades públicas, etc.”⁴², o como lo señala Habermas, los derechos naturales a la vida, a la libertad y a la propiedad, son “(…) canjeados por derechos civiles estatalmente sancionados, (…).”⁴³

3. Derechos como límites al poder

¿Cómo los derechos se convirtieron en límites al poder? El reconocimiento de derechos desde la visión iuspositivista fue producto de un largo proceso histórico⁴⁴, las precarias organizaciones no los reconocían, el poder en sus inicios estaba concentrado en una sola persona, dominaba el más fuerte, los derechos subjetivos no existían, ni como expectativas positivas, ni como negativas, las personas no tenían derecho a recibir nada del Estado, ni siquiera se respetaba el derecho a la vida. Las relaciones entre Estado y ciudadanos se llevaban en una completa esfera de arbitrariedad.

Y aunque contradictorio, es justamente en el Estado absoluto, con la figura del Rey, donde “(…) aparecerán las primeras declaraciones positivas de los derechos fundamentales. El Estado absoluto provocará la aparición de tres reflexiones que constituyen el germen de la filosofía de los derechos fundamentales: los límites del poder, la tolerancia y la humanización del derecho penal y procesal.”⁴⁵

En la primera reflexión, existe un hecho histórico que demuestra cómo el reconocimiento de derechos logró limitar el poder del soberano, este hecho sucedió en 1215, en Inglaterra con la expedición de la Carta Magna del Rey *Juan Sin Tierra*,

⁴² Chinchilla, *¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?*, 67.

⁴³ Jürgen Habermas, *Teoría y Praxis Estudios de Filosofía Social*, 98.

⁴⁴ No se señala los derechos naturales pues de lo explicado se sobreentiende que nacen con la persona.

⁴⁵ Rafael de Asís, *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, (Madrid: Dykinson, 2000), 25.

mediante la cual “(...) se comprometía a respetar los fueros e inmunidades de la nobleza y a no disponer la muerte ni la prisión de los nobles ni la confiscación de sus bienes (...).”⁴⁶ Se reconoce por primera vez el derecho a la propiedad, y el derecho a la vida, el cual solo podía ser afectado a través de un proceso previo, con base en lo que determinara la ley.

Si bien este reconocimiento solo fue otorgado a los miembros de la nobleza por sendas presiones al Rey, marca un verdadero hito, teniendo en cuenta que la voluntad total del monarca queda parcialmente mermada. La existencia de límites al ejercicio del poder es una proyección del Derecho como limitación de las voluntades individuales.⁴⁷

Desde otra concepción, Rafael de Asís considera que los derechos fundamentales como límites al poder están vinculados a la limitación del poder religioso, presenta sus argumentos de la siguiente manera:

Haría muy extenso al trabajo exponer donde se origina y cuáles son las líneas y exponentes más representativos de la reflexión sobre los derechos fundamentales como límites al poder. En un principio esta idea aparecerá vinculada a la de los límites del poder religioso, y ello, entre otras causas por la estrecha relación que existía entre poder político y religioso. Habrá que esperar a la llegada del contractualismo clásico para encontrar ya formulaciones precisas de esta idea, si bien no todos los autores encuadrables en este tipo de pensamiento serían defensores de la misma. Así, por ejemplo, la idea de los límites del poder será distinta en los planteamientos de Hobbes y Locke.⁴⁸

La injerencia de la iglesia católica y la teoría del pacto social, deben ser tomadas en cuenta en la génesis de la limitación del poder, se destaca en todo caso lo señalado por Asís cuando expone las ideas de Locke, el cual “(...) se [se refiere] a la prohibición de arbitrariedad sobre la vida y los bienes de los ciudadanos, reconociendo el derecho de resistir y el carácter ilegítimo de aquel gobierno que no respete los derechos que poseían los individuos en el estado de naturaleza”⁴⁹, lo cual implícitamente recalca la primigenia importancia de la Carta Magna que sirvió de base para este postulado.

Otros hechos que sirvieron como limitaciones al poder son los procesos históricos que concluyeron en la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América de 1776 y en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, en Francia, con las cuales se “(...) inicia el proceso de positivación de los

⁴⁶ Alipio Valencia Vega, *Desarrollo del Constitucionalismo*, (La Paz: Librería Editorial Juventud, 1988), 81.

⁴⁷ Ignacio Ara Pinilla, *El fundamento de los límites al poder en la teoría del derecho de León Duguit*, (Madrid: Dykinson, 2006), 105.

⁴⁸ De Asís, “*Las paradojas de los derechos fundamentales*”, 25.

⁴⁹ *Ibíd.*, 26.

derechos fundamentales”⁵⁰, siendo la antesala de las hoy conocidas *Constituciones de los Estados*, instrumentos *prima facie* que en la actualidad limitan al poder al contener en sus textos una amplia gama de derechos a favor de las personas, así, “la idea originaria de Constitución aparece vinculada con la de la limitación del poder proyectándose en dos sentidos, por un lado, el de la organización del poder y por otro el del reconocimiento de los derechos”.⁵¹

Con las constituciones se acentúa lo que se conoce como Estado de Derecho – antagonista del Estado absoluto–. Consiste en el sometimiento del poder a lo establecido en la norma jurídica y bajo la prevalencia de la ley se empieza a limitar aún más el poder, a través de sus disposiciones, las cuales “(...) determina[n] la autoridad y [su] estructura.”⁵²

La ley junto con la Constitución, se convierte en la máxima expresión, por ella “se puede definir cuáles son los derechos, las competencias de las autoridades y las garantías”⁵³, constituye el limitante por excelencia de los excesos estatales, surgiendo lo que hoy se conoce como el principio de legalidad⁵⁴ que no es otra cosa que la sumisión de todas las decisiones del poder, basados en una norma positiva.

Haciendo un salto histórico y aterrizando en el caso ecuatoriano, su transición constitucional puede resumirse en el paso que tuvo al ser regido por un Estado Absoluto producto de la conquista española, hasta que en 1830 logra su independencia y se convierte en un Estado de Derecho para luego denominarse como un Estado Social de Derecho con la Constitución de 1998 hasta definirse como un “Estado Constitucional de derechos y justicia (...)”⁵⁵, en el 2008.

Que el Ecuador se defina como un Estado Constitucional de derechos y de justicia significa que “la constitución determina el contenido de la ley, el acceso y el

⁵⁰ Carlos Santiago Nino, *Ética y Derechos Humanos. Un ensayo de fundamentación*, (Barcelona: Ariel, 1989), 11.

⁵¹ Charles Howard McIlwain, *Constitucionalismo antiguo y moderno*, 155, citado en Rafael de Asís, *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, (Madrid: Editorial Dykinson, 2000), 26.

⁵² Ramiro Ávila Santamaría, ed., “Ecuador Estado Constitucional de derechos y justicia” en *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*, (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008), 20.

⁵³ *Ibíd.*, 21.

⁵⁴ Para hondar en las clases de Estado y el principio de legalidad, véase: Ramiro Ávila Santamaría, ed., “Ecuador Estado Constitucional de derechos y Justicia” en *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*, (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008).

⁵⁵ Ecuador, *Constitución de la República*, art. 1.

ejercicio de la autoridad y la estructura de poder”⁵⁶; además, “(...) que los derechos de las personas [están] sobre el Estado y sobre la ley”⁵⁷ y que alcanzar la justicia es el fin.

Por decirlo de otro modo, la Constitución tiene un valor preponderantemente importante pero no significa que se puede prescindir de la ley, ya que es esta la obligada a desarrollar, en el tema que nos concierne, los derechos y por ende limitar el poder del Estado, que junto a los derechos humanos al estar incorporados a su texto, se integran también para evitar que las potestades estatales se degeneren en algo absoluto.⁵⁸

En palabras de Ramiro Ávila Santamaría, en el Estado Constitucional:

La constitución es material, orgánica y procedimental. Material porque tiene derechos que serán protegidos con particular importancia que, a su vez, serán el fin del Estado; orgánica porque determina los órganos que forman parte del Estado y que son los llamados a garantizar los derechos; procedimental porque se establecen mecanismos de participación que procuran que los debates públicos sean informados y reglados, tanto para la toma de decisiones como para la elaboración de normas jurídicas.⁵⁹

Líneas aparte merece la institución del debido proceso como forma de limitar el poder del Estado, su origen se encuentra también en la Carta Magna de 1215, siendo una institución que surge del derecho penal y es fundamento de todo lo que hoy constituye el derecho procesal, se caracteriza por una dualidad, limitando las potestades estatales, pero también sirve para poner límites a los derechos de las personas.

Como límite al poder, el debido proceso “(...) tiene un origen remoto; primero en el Reino Unido y, luego, en los Estados Unidos de América. En ambos países se instauró como baluarte de la libertad y, en general, de los derechos de la persona, contra todos los actos arbitrarios del poder público (...)”.⁶⁰

En la legislación ecuatoriana, el debido proceso por mandato del artículo 76 constitucional, está reconocido como un derecho que incluye garantías básicas contenidas en 7 numerales, como único mecanismo para determinar otros derechos y obligaciones, ya sea tanto en la vía administrativa como en la judicial y que ineludiblemente tiene que observar los principios que rigen el ejercicio de los derechos, los cuales, están contenidos en el artículo 11 constitucional y que marcan los postulados que limitan al poder en el Ecuador.

⁵⁶ Ávila Santamaría, “Ecuador Estado Constitucional de derechos y Justicia”, 37.

⁵⁷ *Ibíd.*

⁵⁸ Martín Agudelo Ramírez, *El poder político: su fundamento y sus límites desde los derechos del hombre, Una aproximación a la filosofía del poder en la obra de Norberto Bobbio*, (Bogotá: Temis, 2006), 192.

⁵⁹ *Ibíd.*, 22.

⁶⁰ Julio Cesar Trujillo, “Constitucionalismo contemporáneo: Teoría, procesos, procedimientos y retos, *Serie Estudios Jurídicos* 34, (2013): 139.

Las constituciones y dentro de esta la institución del debido proceso, junto a su dualidad, se convierten en el ejemplo más claro de como los derechos fungen y se combinan en su propósito de limitar el poder del Estado. El pacto social se vuelve notorio, el Estado tiene prohibido ser abusivo pero a más de respetar este *acuerdo* debe garantizar que se cumpla y es ahí donde radica uno de los límites a su poder.

4. Límites y restricciones a los derechos fundamentales

Cabe distinguir ambos conceptos desde la generalidad, a la postre aterrizar si el Ecuador abarca o no la limitación o restricción a los derechos fundamentales, y después, en el acápite pertinente establecer cuáles son las limitaciones o restricciones que se pueden dar en torno a la libre movilidad humana o derecho a migrar

Según José Luis Cea, los derechos fundamentales “(...) jamás tienen alcance absoluto, pues si lo poseyeran se convertirían en prerrogativas típicas de un déspota que obra, con rasgos ilícitos o abusivos”⁶¹, si no hubiera límites, todo el mundo estaría autorizado a hacer lo que quiera, volviendo prácticamente al estado de naturaleza sin que la ley, ahora positivizada tenga ningún sentido.

Por esta razón es que los derechos “(...) se encuentran sometidos a una serie de restricciones o limitaciones que provocan que su titular no pueda ejercer válidamente una determinada prerrogativa en ciertas circunstancias”⁶², distinguiendo así, que el ejercicio de los derechos está condicionado a elementos externos y no solamente a la voluntad del titular.

Limitar los derechos se debe entender como las “(...) restricciones al ejercicio de un determinado derecho básico, de manera tal que toda pretensión de ejercicio del atributo respectivo que vulnere los límites impuestos por las mismas, es por esencia antijurídica (...)”⁶³. De esta idea, entra nuevamente en colisión lo justo e injusto del iuspositivismo y del naturalismo, por lo que la postura de aquí en adelante se apoyará principalmente en el derecho positivo, volviendo la mirada al iusnaturalismo en lo estrictamente necesario.

Para el Tribunal Constitucional Español, la limitación de los derechos

⁶¹ José Luis Cea Egaña, *Derecho Constitucional Chileno*, tomo II, (Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2002), 58.

⁶² Hugo Tórtora Aravena, “Las limitaciones a los derechos fundamentales”, en *Estudios Constitucionales* 2, año 8, (2010): 168, www.redalyc.org/service/redalyc/downloadPdf/820/82015660007/1

⁶³ Miguel Ángel Fernández González, “Aspectos Constitucionales de la nueva ley de OPAS”, en *Revista Chilena del Derecho* 29, n°. 3, (2002): 695.

fundamentales tiene su base en lo siguiente:

No existen derechos ilimitados. Todo derecho tiene sus límites que [...] en relación a los derechos fundamentales, establece la Constitución por sí misma en algunas ocasiones, mientras en otras el límite deriva de una manera mediata o indirecta de tal norma, en cuanto ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no solo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionales protegidos.
64

Lo mencionado por el Tribunal contiene lo que Mario Verdugo llama las tres formas mediante las cuales se pueden limitar los derechos fundamentales, éstas son: “(...) en forma directa a través de la Constitución; indirecta por medio de leyes, gracias a una autorización entregada por el constituyente; o por producto de una confluencia de derechos, vale decir, en aquellos casos en que dos o más derechos constitucionales concurren a una situación y generan conflictos entre sí.”⁶⁵ Hugo Tórtora Aravena, desarrolla dichas formas, en su *clasificación de las limitaciones a los derechos fundamentales*⁶⁶, coincidiendo con lo señalado por Verdugo.

El concepto de las palabras *límites* y *restricciones* se confunden en vez de establecer sus fronteras, el Tribunal Español, así como la doctrina, no confluyen en un criterio único sobre estos conceptos; la limitación parecería ser el género y la restricción la especie, por esto “(...) frecuentemente son utilizados como sinónimos, para referirse a las normas que de alguna forma comprimen o reducen las posibilidades de goce o ejercicio de un derecho fundamental.”⁶⁷.

Mientras que para el Tribunal Español, para Hugo Tórtora y para Mario Verdugo, los límites o restricciones a los derechos se los puede encontrar tanto en la Constitución como en las leyes, Jesús María Casal hace una distinción, al aludir que las limitaciones a los derechos tienen siempre una fuente constitucional, la cual, luego de haber reconocido un derecho “(...) le impone, expresa o implícitamente, condicionamientos, derivados bien de la reducción del alcance de la facultad o libertad

⁶⁴ España Tribunal Constitucional Sala primera, “Sentencia”, en *Juicio No: ECLI:ES:TC:1982:2*, 29 de enero de 1982, <http://hj.tribunalconstitucional.es/en/Resolucion/Show/44>

⁶⁵ Mario Verdugo, Emilio Pffer y Humberto Nogueira, *Derecho Constitucional*, tomo I, (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1996), 110 y s.

⁶⁶ Véase en su integralidad: Hugo Tórtora Aravena, “Las limitaciones a los derechos fundamentales”, en *Estudios Constitucionales* 2, año 8, (2010).

⁶⁷ Jesús María Casal Hernández, “Condiciones para la limitación o restricción de derechos fundamentales”, en *Revista de derecho de la Universidad Católica del Uruguay*, ed. Héctor Gros Espiell, Juan Carlos Peirano y otros, (Montevideo: Editorial Amalio M. Fernández, 2002), 113.

inicialmente protegida, bien de la necesidad de coordinar o concordar el derecho con otros derechos o bienes constitucionales tutelados.⁶⁸

En cuanto a las restricciones Martín Borowski señala que “la restricción de un derecho es una disminución o una reducción del derecho”⁶⁹; si bien es autorizada por la Constitución, su base radica en la ley. Con palabras de Jesús María Casal:

La restricción [...], puede ser concebida como la imposición, por la ley aunque siempre con base en la Constitución, de condicionamientos al goce o ejercicio del derecho. La singularidad de esta modalidad de incidencia legal en un derecho fundamental radica en que el acortamiento de las posibilidades de goce o ejercicio lícito del derecho proviene de la ley, con carácter constitutivo o cuasi-constitutivo (no simplemente declarativo) y, justamente por eso, en su carácter no definitivo o relativo, derivado de la facultad (controlable) del legislador de suprimir o modificar la restricción.⁷⁰

Robert Alexy, cuando de reducir las posibilidades de goce o ejercicio de un derecho se trata, se decanta más por el término de restricciones proponiendo dos teorías, una interna y otra externa. Sobre la teoría externa, establece:

(...) en los ordenamientos jurídicos los derechos se presentan primordial o exclusivamente como derechos restringidos, pero, tiene que insistir en que también son concebibles derechos sin restricciones. Por ello, según la teoría externa, no existe ninguna relación necesaria entre el concepto de derecho y el de restricción. La relación es creada solo a través de una necesidad externa al derecho, de compatibilizar los derechos de los diferentes individuos y los bienes colectivos.⁷¹

De la teoría interna menciona:

(...) no existen dos cosas, el derecho y sus restricciones, sino solo una: el derecho con un determinado contenido. El concepto de restricción es sustituido por el de límite. Las dudas acerca de los límites del derecho no son dudas acerca de si el derecho debe no ser limitado sino acerca de cuál es su contenido. Cuando se habla de “límites” en lugar de “restricciones”, se habla de “restricciones inmanentes”⁷²

En la teoría externa, los derechos, no necesariamente deben ser restringidos, ni nacen con restricciones en el ordenamiento jurídico; si siempre se han presentado de esa manera, no es la regla, el derecho puede ser perfectamente realizable sin reparo alguno hasta que aparece la necesidad de armonizar las relaciones entre las personas. Dicho de otra manera, el derecho no puede ser ejercido si se violenta los derechos de los demás o se incide de alguna manera arbitraria sobre sus bienes.

⁶⁸ *Ibíd.*, 114.

⁶⁹ Martín Borowski, *La estructura de los derechos fundamentales*, (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003), 69.

⁷⁰ Casal, Condiciones para la limitación o restricción de derechos fundamentales, 114-15.

⁷¹ Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. Ernesto Garzón Valdés, (Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1997), 268.

⁷² *Ibíd.*, 268-69.

En la teoría interna, solo existe el derecho, no se reconoce derechos y restricciones por separado, la cuestión está en entender su contenido el cual muchas veces en la norma constitucional “(...) no [...] proporciona algo así como un dibujo definitivo del derecho con todas sus facultades >intocables<, pero si [...] permite mostrar que ciertas intervenciones legales pueden desvirtuarlo en su esencia (...)”⁷³, lo cual es necesario para una convivencia armónica entre las personas.

En el caso ecuatoriano, acogiendo el criterio que la limitación a los derechos opera dentro de la misma Constitución y que las restricciones deben estar dispuestas mediante ley, los principios que rigen los derechos determinados en los numerales, 3, 4 y 8 del artículo de 11 la Constitución ecuatoriana sirven de guía para discernir cuando procede su limitación o restricción. El numeral 3, menciona:

Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.

Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley.

Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.

El primer inciso constituye una obligación encaminada a garantizar los derechos sin basarse en ningún otro mandato que el derecho en su esencia, es decir, ni siquiera sugiere observar otras normas infra constitucionales para su aplicación, la Constitución al ser Norma Suprema se debe aplicar sin más reparo. Pese a esto, el segundo inciso realiza una derivación a la ley, es esta la que determinará junto a la Constitución las condiciones o requisitos para el ejercicio de los derechos, pero sin que se pueda alegar su inexistencia para no aplicarlos conforme el tercer inciso, lo que conduce nuevamente al primero, los derechos reconocidos por la Constitución son de directa e inmediata aplicación y en teoría no es un requisito *sine qua non* que exista otra norma jurídica que los desarrolle.

Sin embargo, el numeral 8 alude que “el contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas” pero deja en claro que será “inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule *injustificadamente* el ejercicio de los derechos”.

⁷³ Luis Prieto Sanchís, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, (Madrid: Trotta, 2003), 237.

El numeral 4, enfatiza que “ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales.” Esto constituye una prohibición expresa, especialmente dirigida a la Función Legislativa, pero no a la única, tómesese en cuenta que las normas en el Ecuador están conformadas a más de la Constitución, por “(...) los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos”.⁷⁴

De lo hasta aquí expuesto, parecería que existe una contradicción, por un lado, los derechos deben ser aplicados inmediatamente y no pueden ser restringidos, pero por otro lado, es necesario su desarrollo a través de normas jurídicas que de manera justificada los condicionen. Esta dicotomía es resuelta por el numeral 6 del mismo artículo 11, cuando dispone entre otras cosas que los principios y los derechos son indivisibles e interdependientes, en otras palabras, al formar parte de un todo, los principios no deben ser aplicados por separado.

La guía proporcionada por los principios que rigen los derechos en el Ecuador aterriza en el necesario desarrollo normativo de los mismos, la Constitución por sí sola no puede mostrar todos los escenarios en los que se encontrarán, ni cómo se debe proceder cuando estos sean vulnerados. Por esta razón, en camino a la real protección de los derechos fundamentales, se “(...) decide que la ley los desarrolle y regule; en algunos casos y bajo ciertos supuestos incluso puede autorizar a la ley establecer restricciones que no pueden ir más allá del marco de la propia Constitución. Lo que la ley no puede hacer es desnaturalizar o suprimir el carácter protector del derecho (...).”⁷⁵

La ley es la única que puede regular el ejercicio de los derechos, tipificar infracciones y establecer las sanciones correspondientes, esta disposición se halla en el artículo 132 constitucional y va más allá cuando en el artículo 133 manda que solo a través de leyes orgánicas se puede regular su ejercicio, siendo una disposición no solo nacional sino convencional, puesto que el artículo 30 de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, textualmente contempla: “Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren

⁷⁴ Ecuador. *Constitución de la República*, art. 425.

⁷⁵ Jorge Carpizo Mac-Gregor, “Los derechos humanos: Límites, reglamentación y titularidad”, en *Obra Jurídica Enciclopédica: Derecho constitucional de los derechos humanos*, coord. Ricardo Sepúlveda Iguíniz y Diego García Ricci, 1ª reimpresión, vol. 5, (México, Porrúa, 2013), 55.

por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva OC-6/86, respecto al alcance de la expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, señaló:

Al leer el artículo 30 en concordancia con otros en que la Convención autoriza la imposición de limitaciones o restricciones a determinados derechos y libertades, se observa que exige para establecerlas el cumplimiento concurrente de las siguientes condiciones:

- a. Que se trate de una restricción expresamente autorizada por la Convención y en las condiciones particulares en que la misma ha sido permitida;
- b. Que los fines para los cuales se establece la restricción sean legítimos, es decir, que obedezcan a ‘razones de interés general’ y no se aparten del ‘propósito para el cual han sido establecidas’. Este criterio teleológico (...) establece un control por desviación de poder; y
- c. Que tales restricciones estén dispuestas por las leyes y se apliquen de conformidad con ellas.⁷⁶

Siendo indiscutible que el desarrollo normativo no implica solo el desarrollo de los derechos sino también que permite configurar sus límites y restricciones, “los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática”.⁷⁷

Las condiciones⁷⁸ recogidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos han servido para desarrollar doctrina, la cual sostiene que frente a la ley que restrinja los derechos fundamentales, estos deben estar protegidos por “(...) una doble barrera protectora: la defensa del contenido esencial y la exigencia de justificación, (...)”⁷⁹

Sobre la defensa del contenido esencial, también conocida como condición de carácter material⁸⁰, tanto límites como restricciones deben respetar el contenido primario de los derechos fundamentales, que no es otra que el derecho en sí mismo. En el primer caso, según Prieto Sanchís⁸¹, la Constitución al establecer cláusulas como el

⁷⁶ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-6/86, solicitada por el Gobierno de la República Oriental de Uruguay sobre *La expresión "leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, 9 de mayo de 1986, párr. 18, www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_06_esp.doc

⁷⁷ OEA *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, 7 al 22 de noviembre de 1969, art. 32.2, https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf

⁷⁸ A las disposiciones señaladas por los instrumentos internacionales que de alguna manera establecen cuándo es pertinente limitar o restringir los derechos, se las conoce como condiciones de carácter internacional. Véase: Hugo Tórtora Aravena, “Las limitaciones a los derechos fundamentales”, en *Estudios Constitucionales* 2, año 8, (2010): 180-83.

⁷⁹ Luis Prieto Sanchís, *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, 1ª, reimpresión, (Lima: Palestra, 2007), 74.

⁸⁰ Tórtora, *Las limitaciones a los derechos fundamentales*, 183.

⁸¹ Prieto Sanchís, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, 226.

orden público y las exigencias de otros derechos ya delimita sus fronteras, mientras que la ley cuando restringe debe respetar un “(...) ámbito mínimo e irreductible que preserve el derecho de toda reglamentación que lo torne nugatorio en la práctica (...)”⁸², lo cual quiere decir que la facultad otorgada al poder legislativo, también tiene sus límites “(...) el legislador no puede «inventar» límites a los derechos, que allí donde la Constitución ha tutelado cierta esfera de actuación no cabe introducir nuevas restricciones que directa o indirectamente no formen ya parte de lo querido o permitido por la Constitución (...).”⁸³

En lo que concierne a la exigencia de la justificación, llamada condición formal⁸⁴ o condición de carácter lógico⁸⁵, esta sostiene que las restricciones:

(...) deben tener una causa o motivo jurídico concreto, susceptible de ser comprendido y, por lo mismo, de ser revisado. A su vez, deben ser razonadas y razonables, y en ningún caso, arbitrarias o caprichosas. Normalmente, tales restricciones pueden provenir de la necesidad de dar protección a otros derechos, o bien a intereses y valores comunes a la sociedad.⁸⁶

La condición va dirigida para ser cumplida por la función legislativa quien es la encargada de la formulación de las leyes y solo “(...) cuando la lesión que supone en un derecho aparece como razonable para la protección de otro bien o derecho o para la consecución de un fin legítimo”⁸⁷, prohibiendo por consiguiente las actuaciones arbitrarias.

Dentro de la condición formal opera además el principio de proporcionalidad el cual exige “(...) que los medios aplicados para lograr el fin al que se aspira sean apropiados”⁸⁸ lo cual se logra mediante un verdadero estudio de necesidad y ponderación frente a otros derechos.

Las formas y condiciones para la limitación o restricción de los derechos fundamentales mencionadas, presuponen el cómo y cuándo de su procedencia, quedando pendiente establecer quién es el autorizado en la práctica para este ejercicio, que es lo que a criterio de Hugo Tórtora se conoce como la condición de carácter competencial.⁸⁹

⁸² Chinchilla, ¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?, 72.

⁸³ Prieto Sanchís, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, 220.

⁸⁴ Casal, Condiciones para la limitación o restricción de derechos fundamentales, 117-36.

⁸⁵ Tórtora, Las limitaciones a los derechos fundamentales, 185.

⁸⁶ *Ibíd.*

⁸⁷ Prieto Sanchís, *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, 63.

⁸⁸ Tórtora, Las limitaciones a los derechos fundamentales, 185-86.

⁸⁹ *Ibíd.*, 178.

Si bien se ha dicho que la Función Legislativa, a través de sus legisladores, es la única que puede restringir el contenido de los derechos a través de la expedición de leyes orgánicas, “en casos muy específicos, la autoridad administrativa también cuenta con facultades constitucionales para restringir o limitar derechos”⁹⁰, como también lo cuentan los jueces que “pueden estar autorizados constitucionalmente para limitar ciertos derechos, y bajo determinadas circunstancias”⁹¹. Todo esto presupone que “(...) el legislador u otra autoridad sólo podrán proceder a limitar un derecho fundamental, cuando previamente haya sido constitucionalmente habilitado para ello”⁹², lo que se conoce, como la condición competencial.

La competencia otorgada al legislador para tal efecto, se funda en el segundo inciso del numeral 3, del artículo 11 de la Constitución, siendo la Asamblea Nacional ecuatoriana, como órgano de la función legislativa, la encargada de expedir, codificar y reformar las leyes, acorde lo manda el numeral 6, del artículo 120 constitucional.

De esta competencia se deduce que, al amparo de la Constitución, la ley puede otorgar facultades a los órganos administrativos y judiciales para que en cumplimiento de una ley, procedan a restringir derechos. Facultad que solamente puede ser ejercida en atención al derecho del debido proceso, que como se indicó, se caracteriza por una dualidad, sirviendo para limitar el poder, pero también para poner límites a los derechos de las personas.

El debido proceso como limitante de los derechos, presupone que toda autoridad administrativa o judicial debe garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes⁹³, y que “nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no este tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza.”⁹⁴

Jesús María Casal, aunque en un inicio distingue entre límites y restricciones, concuerda que las condiciones para la limitación o restricción de derechos fundamentales son formales y materiales; entre las segundas se encuentra: la reserva legal –como ya se indicó–, la determinación o precisión de la regulación⁹⁵, la cual no puede ser ambigua o dar lugar a interpretaciones que no permitan su aplicación y el carácter orgánico de la ley.

⁹⁰ *Ibíd.*, 179.

⁹¹ *Ibíd.*

⁹² *Ibíd.*, 178.

⁹³ Ecuador, *Constitución de la República*, art. 76, n° 1.

⁹⁴ *Ibíd.*, n° 3.

⁹⁵ Más adelante se analiza esta condición y su relación con la discrecionalidad.

Entre las condiciones formales están la licitud del fin perseguido, la proporcionalidad, la cual tiene que ver cuando se tipifican infracciones y se establecen sanciones; la intangibilidad del contenido, la cual “(...) podría circunscribirse a una barrera entre la delimitación y su contenido esencial”⁹⁶; y la compatibilidad con el sistema democrático.

Poner límites y restricciones a los derechos es necesario, más aún en un Estado como el ecuatorino donde todos tienen igual valor fundamental. En los términos que la Constitución, la jurisprudencia internacional y la doctrina han indicado, la disminución en el goce de los derechos conlleva a un ejercicio armónico que conlleva a su pleno ejercitamiento sin atentar contra los derechos de los demás.

Finalmente, y como se anunció, las limitaciones y restricciones al derecho a migrar existentes, serán analizadas en los siguientes puntos.

5. El derecho a migrar

Una vez se ha indicado las dos concepciones respecto al reconocimiento de los derechos fundamentales, en este acápite se estudia el derecho a migrar en sus aspectos más diversos, identificando su contenido esencial, titulares, límites y restricciones.

5.1 Concepto

Según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, migrar es “trasladarse desde el lugar en que se habita a otro diferente”⁹⁷, comprende una acción relacionada con un cambio, una cuestión de libertad, entendida como “(...) la ausencia de impedimentos externos, impedimentos que con frecuencia reducen parte del poder que un hombre tiene de hacer lo que quiere; (...).”⁹⁸ Migrar significa tener independencia de decisión y actuación para moverse y establecerse en un ámbito geográfico determinado, constituyéndose “parte esencial del derecho a la libertad personal.”⁹⁹

⁹⁶ Julio Cesar Álvarez, *Restricciones de los derechos fundamentales*, (Caracas: Arte, 2010), 56.

⁹⁷ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, “migrar”, accedido 3 de mayo de 2017, <http://dle.rae.es/?id=PE9Ykgj>

⁹⁸ Hobbes, *Leviatán*, 54.

⁹⁹ M.J. Bossuyt, *Guide to the Travaux Preparatoires of the International Covenant and Civil and Political Right*, trad. particular, (Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers, 1987), 253.

La acción de migrar es conocida como: libre tránsito, libre movilidad humana, libertad de circulación o libertad de movimiento. Migrar involucra además un proceso que con el nombre de migración, comprende “(...) trasladarse, mudarse, cambiarse de un lugar a otro con fines distintos y variables, pero generalmente para cambiar de residencia a efecto de satisfacer una necesidad.”¹⁰⁰

La migración toma en cuenta no solo la libertad de circulación sino los condicionantes que motivan a las personas a desplazarse, por eso es entendida como un fenómeno social “(...) que siempre va a existir motivado, en la mayor parte de los casos, por la búsqueda de una mejoría económica, ya sea individual o familiar”¹⁰¹, pero también basada en “(...) curiosidad, acceso a recursos, conocimiento, placer, aventura, situaciones nacionales críticas, entre otras.”¹⁰² En fin, las razones para que las personas se muevan son infinitas y cada una de estas merece un estudio singularizado.

Noé López Zuñiga señala que la palabra migración “(...) proviene del latín *migratio*, acción y efecto de pasar de un país a otro para residir en él (...).”¹⁰³

La mayor parte de los criterios, concuerdan en que la migración debe ser vista como “los desplazamientos de personas que tienen como intención un cambio de residencia desde un lugar de origen a otro de destino, atravesando algún límite geográfico que generalmente es una división político-administrativa.”¹⁰⁴

Migrar o migración vistas como un derecho “(...) supone[n] que cualquier persona debe poder circular de forma voluntaria y libre por todo el planeta.”¹⁰⁵

Danilo Faican Auquilla en su tesis “El derecho a migrar frontera del tráfico ilegal de migrantes”¹⁰⁶, muestra la base conceptual del derecho a migrar, presentando los criterios de Francisco de Vitoria¹⁰⁷, Ermanno Vitale¹⁰⁸ y Luigi Ferrajoli¹⁰⁹,

¹⁰⁰ Noé López Zuñiga, *La migración bajo la óptica del derecho*, (México D.F.: Porrúa, 2011), 19.

¹⁰¹ Luis Monzón, “Dinámica de las políticas migratorias”, en *Migraciones y derechos humanos: Reunión de personas expertas*, prod. Gilda Pacheco y Cristina Zeledón, (San José de Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004), 161, <https://www.iidh.ed.cr/IIDH/media/2032/migraciones-y-derechos-humanos-2004.pdf>

¹⁰² Gardenia Chávez Núñez, “Políticas migratorias y derechos humanos”, en *Políticas migratorias hacia la gobernabilidad de las migraciones transnacionales*, ed. Richard Salazar Medina, (Quito: Corporación Editora Nacional, 2009), 121.

¹⁰³ López Zuñiga, *La migración bajo la óptica del derecho*, 19.

¹⁰⁴ Aída Ruiz García, *Migración Oaxaqueña, una aproximación a la realidad*, (Oaxaca: Coordinación Estatal de Atención al Migrante Oaxaqueño, 2002), 19.

¹⁰⁵ Ángel G. Chueca Sancho y Pascual Aguero Navarro, “Contenido y límites del ‘Ius Migrandi’”. *Revista electrónica iberoamericana* 7, n° 2, (2013): 4, https://www.urjc.es/images/ceib/revista_electronica/vol_7_2013_2/REIB_07_02_Pascual%20Aguero.pdf

¹⁰⁶ Danilo Fabián Faican Auquilla, “El derecho a migrar frontera del tráfico ilegal de migrantes”, (tesis maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2016), 12, <http://hdl.handle.net/10644/4262>

¹⁰⁷ Francisco de Vitoria, trad. Luis Frayle Delgado, *Sobre el Poder Civil. Sobre los indios. Sobre Derecho de la Guerra*, (Madrid: Tecnos, 1998), 129, citado en Danilo Fabián Faican Auquilla, “El derecho a

estableciendo que este derecho, conocido también como *ius migrandi*, engloba “(...) el acto de salir, ingresar y permanecer en un territorio extranjero (...).”¹¹⁰

Desde la teoría iusnaturalista, migrar, como un hecho individual o un proceso, constituye un derecho fundamental del ser humano cuya base histórica se encuentra en los albores de la humanidad en las sociedades nómadas, quienes se trasladaban de un lugar a otro en busca de alimentos y mejores condiciones de vida, siendo por demás propietarios del mundo y, aunque esta idea pueda parecer romántica, “tal derecho se basa en la posesión común de la superficie de la tierra porque nadie tiene más derecho que otro a estar en un sitio determinado del globo.”¹¹¹ Desde esta teoría, el fundamento de la libre movilidad humana se sustenta en:

el movimiento, la circulación el andar, marchar, arrastrarse, caminar, correr, nadar y otras formas naturales de desplazamiento del ser humano [las cuales] forman parte consustancial de su naturaleza motora, y en este sentido se puede afirmar que la libre circulación es una de las más básicas funciones de los hombres y mujeres que pueblan la tierra.¹¹²

Por eso, la libertad de tránsito es considerada como “(...) un derecho humano fundamental que encuentra reconocimiento indirecto en la libertad de circulación y residencia que, con diversa terminología y mayor o menor amplitud, consagran diversos instrumentos internacionales de protección a los derechos humanos”¹¹³, entre los cuales se encuentran: La Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Internacional para la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familias; siendo estos el paraguas para que autores como Gardenia Chávez Núñez consideren a la migración como “el desplazamiento residencial de la reproducción cotidiana de la existencia, lo cual supone el reconocimiento de la libertad de tránsito y residencia establecidos en el sistema internacional de derechos humanos.”¹¹⁴

migrar frontera del tráfico ilegal de migrantes”, (tesis maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2016), 12, <http://hdl.handle.net/10644/4978>

¹⁰⁸ Ermanno Vitale, *Ius Migrandi*, (Madrid: Melusina, 2006), 57, citado en Danilo Fabián Faican Auquilla, “El derecho a migrar frontera del tráfico ilegal de migrantes”, 12.

¹⁰⁹ Luigi Ferrajoli, *Razones Jurídicas del Pacifismo*, (Madrid: Trotta, 2004), 125, citado en Danilo Fabián Faican Auquilla, “El derecho a migrar frontera del tráfico ilegal de migrantes”, 13.

¹¹⁰ Faican, “El derecho a migrar frontera del tráfico ilegal de migrantes”, 14.

¹¹¹ Immanuel Kant, *La paz perpetua*, (Buenos Aires: Longseller, 2001), 50.

¹¹² Pedro Pablo Delgado Hinostróza, *Apátridas, refugiado y migrante. El derecho a la libre circulación*, 1ª edición, (Lima: Fondo de Cultura Económica del Perú, 2013), 25.

¹¹³ María de las Nieves Cenicacelaya, “Mercosur, integración y derecho a migrar: Una óptica desde el Derecho Constitucional” (ponencia, I Congreso Internacional del Mercosur, La Plata, 15 de abril de 2004).

¹¹⁴ Gardenia Chávez Núñez, “Políticas migratorias y derechos humanos”, 118.

Desde la visión iuspositivista, la incorporación del derecho a migrar en las legislaciones internas de los países ha sido casi nula, esto ha limitado su observancia pues los instrumentos internacionales de derechos humanos “(...) no son absolutos y su goce está relacionado con la capacidad de acción del Estado para efectivizar el cumplimiento (...)”¹¹⁵, lo que quiere decir, que si no se positiviza el derecho a migrar en los textos legales de cada país, la libre movilidad por más reconocida que se encuentre en los tratados internacionales será siempre utópica.

Pese a esta generalidad, es el Ecuador a partir del año 2008, quien:

por primera vez en la historia latinoamericana y mundial, [...] incluye en su Constitución Política los derechos, garantías e instituciones de protección de las personas en movilidad humana y sus familias; es decir reconoce los derechos de los y las emigrantes, inmigrantes, asilados, refugiados, desplazados y migrantes internos, así como las víctimas de trata de personas y tráfico de migrantes.¹¹⁶

Gracias a esto, el Ecuador es el único país que positiviza el artículo 13¹¹⁷ de la Declaración Universal de Derechos Humanos, al establecer en el artículo 40 de su Constitución que se reconoce a las personas el derecho a migrar y que no se identificará ni se considerará a ningún ser humano como ilegal por su condición migratoria, lo cual “marca un hito en el reconocimiento y protección de derechos de las personas en situación de movilidad, plantea una nueva visión del tema migratorio, superando concepciones anteriores en el ámbito jurídico.”¹¹⁸

A partir de este reconocimiento, el derecho a migrar en el Ecuador viene a constituirse en un derecho fundamental; cumpliendo varias de las propiedades formales y materiales que autores como Carlos Bernal Pulido y Robert Alexy, consideran son ineludibles para que un derecho sea considerado como tal y que Lina Parra y Eli Chinchilla también las recogen.

Entre las propiedades formales, se puede decir que el derecho a migrar en el Ecuador cumple con ser un derecho con rango constitucional; pertenece al bloque constitucional al estar contenido en diferentes instrumentos internacionales; se

¹¹⁵ Rocío Nasimba Loachamín, *La política de inmigración en el gobierno de Rafael Correa Entre el deber ser y el ser*, (Quito: Corporación Editora Nacional, 2013), 14.

¹¹⁶ Patricio Benalcázar Alarcón, “El ABC de la movilidad humana en la nueva Constitución de la República del Ecuador”, en *Nuevas Instituciones del Derecho Constitucional Ecuatoriano*, edit. Luis Ángel Saavedra, 1ª edición, (Quito: INREDH, 2009), 200.

¹¹⁷ Art. 13.- 1. Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado. 2. Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso el propio, y a regresar a su país.

¹¹⁸ Javier Arcentales Illescas, “Derechos de las personas en movilidad 2009”, en *¿Estado constitucional de derechos? Informe de derecho humanos Ecuador 2009*, comp. Programa Andino de Derechos Humanos, 1ª edición, (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar / Ediciones Abya-Yala, 2010), 333.

encuentra protegido a través de garantías normativas y jurisdiccionales, y, desde el 2017, es además mencionado por una Ley Orgánica como la Ley de Movilidad Humana.¹¹⁹ Sobre las propiedades materiales: pertenece al ser humano en su calidad de tal y busca garantizar el ejercicio de su libertad.

Así presentado, el derecho a la libre circulación de las personas se halla al amparo tanto de las teorías iusnaturalistas como de las positivistas, con lo que no queda duda que es un derecho humano fundamental, al menos en el Ecuador.

La inclusión del derecho a migrar en la Norma Suprema ecuatoriana, rompe paradigmas, y su reconocimiento es por demás meritorio a pesar de que las normas de migración y extranjería siguieron vigentes cerca de 10 años, hasta el 6 de febrero del 2017, no permitiendo que exista una armonía¹²⁰ “(...) con los principios y derechos establecidos en la Constitución de 2008, ni con los estándares internacionales en esta materia”¹²¹. Javier Arcentales Illescas en el *Informe Sobre Derechos Humanos Ecuador 2009*, hacía denotar esta falencia escribiendo lo siguiente:

(...) la normativa que se encuentra vigente, no tiene una visión integral de la movilidad humana, no se ajusta a los nuevos preceptos constitucionales ni a los estándares internacionales de derechos humanos. Así, por ejemplo, la Ley de Migración que regula el ingreso y salida de personas del territorio ecuatoriano y la Ley de Extranjería que regula la permanencia de las personas extranjeras en el Ecuador datan de 1971, con una tibia codificación en el año 2005 y se fundamentan en teorías securitistas y de soberanía contrarias a la perspectiva garantista de la Constitución (...)

Esta normativa contradice algunos principios, tales como el principio de igualdad de personas ecuatorianas y extranjeras y la prohibición de no discriminación por condición migratoria. La legislación secundaria en materia de migración establece diferencias marcadas entre personas ecuatorianas y personas extranjeras.¹²²

Si bien, el derecho a migrar tiene por ahora un *desarrollo* en la Ley Orgánica de Movilidad Humana, siguen vigentes ciertas disposiciones que datan precisamente de los años setenta, por eso la necesidad de concatenar principios, derechos y reglas que sobre la libre circulación de las personas establece la Constitución, pues sigue en tela de duda la armonía que debe existir entre ella y normas de menor jerarquía.

¹¹⁹ Ecuador, *Ley Orgánica de Movilidad Humana*, Registro Oficial 938, Suplemento, 06 de febrero de 2017.

¹²⁰ Armonía que como será explicada más adelante, continúa generando dudas.

¹²¹ Alex Valle Franco, “El derecho a tener derechos”, en *Los derechos en la movilidad humana: del control a la protección*, edit. Nicole Pérez Ruales y Alex Valle Franco, (Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2009), 14.

¹²² Arcentales, “Derechos de las personas en movilidad 2009”, 338.

5.2 Libre movilidad humana y derecho a migrar, principio y regla

Los principios son “(...) normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, son *mandatos de optimización*, (...)”¹²³. Para Ramiro Ávila Santamaría, “al decir que son mandatos refuerza la idea de que los principios son normas jurídicas y, como tales, deben ser aplicadas. Al manifestar que son de ‘optimización’ quiere decir que su finalidad es alterar el sistema jurídico y también la realidad”¹²⁴, esto significa que buscan la consecución de un objetivo ya sea a través de un desarrollo normativo; o, adaptado la realidad con los recursos legales existentes.

Ampliando lo expuesto por Ramiro Ávila:

El principio es una norma ambigua, general y abstracta. Ambigua porque requiere ser interpretada y recreada, no da soluciones determinantes sino que da parámetros de comprensión; ambigua también porque, en su estructura, no tiene hipótesis de hecho como tampoco determina obligaciones o soluciones. Las soluciones que pueden desprenderse de un caso son múltiples y solo pueden ser determinadas en el caso concreto, por esto Alexi afirma que los principios proporcionan un “haz de posibilidades” para la persona que interpreta o aplica el derecho. La ambigüedad es una característica esencial del principio. El principio es general porque rige para todas las personas o colectivos, públicos o privados. Finalmente, es norma abstracta porque puede iluminar o servir como parámetro de interpretación para cualquier norma jurídica y para cualquier situación fáctica, carece de concreción.¹²⁵

La libre movilidad humana, está consagrada como un principio que rige las relaciones internacionales del Ecuador con otros Estados. En el artículo 416, numeral 7 de la Constitución, se implanta que el Estado ecuatoriano propugna este *principio* y “(...) el progresivo fin de la condición de extranjero como elemento transformador de las relaciones desiguales entre los países, especialmente Norte- Sur”.

Buscando cumplir con este principio, el Ecuador poco después de la expedición de la Constitución del 2008, suscribió varios tratados internacionales que de una u otra forma se acercan al consecución de la libre movilidad humana; entre estos se encuentran los estatutos migratorios firmados y ratificados con Venezuela, Colombia y Perú, y un poco más tarde, la adhesión al Acuerdo sobre residencia para nacionales de los estados partes del Mercosur, Bolivia y Chile, además de varios convenios internacionales de exención de visas para fines turísticos, los cuales, vale mencionar, no fueron producto

¹²³ Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, 86.

¹²⁴ Ramiro Ávila Santamaría, “Los Principios de Aplicación de los Derechos”, en *Nuevas Instituciones del derecho Constitucional Ecuatoriano*, edit. Luis Ángel Saavedra, (Quito: INREDH, 2009), 27.

¹²⁵ *Ibíd.*

de la nueva Constitución, pues esta clase de acuerdos han sido siempre comunes, tal es el caso de la Decisión del Acuerdo de Cartagena 503¹²⁶, que permite que los nacionales de cualquiera de los países miembros de la Comunidad Andina puedan ser admitidos en calidad de turistas sin necesidad de visas, solo con la presentación de un documento de identificación.

Respecto a los convenios de exoneración de visas para fines turísticos, uno de los dictámenes que ha dado la Corte Constitucional previo a su ratificación por parte del Ecuador, ha señalado que estos no hacen alusión a temas de residencia. La Corte se ha pronunciado de la siguiente manera:

La residencia temporal y permanente será entendida en los términos y requisitos que así lo establezcan las leyes de Extranjería de los Países Suscriptores, lo cual guarda coherencia con la soberanía de los Estados y su capacidad de autodeterminación para señalar su normativa interna, conforme a los preceptos constitucionales; aquello comportará en igual sentido el respeto hacia el derecho a la seguridad jurídica, dentro de cada uno de los Estados suscriptores en cuanto a su política migratoria común.¹²⁷

Esto demuestra que los convenios para fines turísticos no tratan a la inmigración desde su integralidad y no aportan con soluciones definitivas a los temas inmigratorios, topan tan solo una de las causas para que las personas se muevan. No obstante, cumplen con el mandato de permitir la libre movilidad en un hecho específico, convirtiéndose en “una razón a favor de argumentaciones encaminadas a cierto sentido, pero no implica necesariamente una decisión concreta”¹²⁸ dentro del universo de posibilidades migratorias.

Otros métodos que buscaron acercarse al cumplimiento del principio fueron la implantación de políticas públicas estatales como la disposición emitida por el gobierno el 20 de junio de 2008, que en aplicación a la libre circulación de personas y con el fin de fortalecer y promover el turismo, permitió que los ciudadanos de cualquier nacionalidad puedan ingresar al Ecuador sin necesidad de visa; y, la reducción de costos a las llamadas visas familiares o de amparo.¹²⁹

La libre movilidad humana con estos claros ejemplos abrió un abanico de posibilidades, que sumado al reconocimiento de que todas las personas tienen el

¹²⁶ CAN Visas de turismo en la Comunidad Andina, 7 de agosto de 2001.

¹²⁷ Ecuador Corte Constitucional, “Dictamen No. 013-11-DTI-CC”, en *Caso No: 0053-10-TI*, 16 de noviembre de 2011, http://portal.corteconstitucional.gob.ec/Raiz/2011/013-11-DTI-CC/REL_SENTENCIA_013-11-DTI-CC.pdf

¹²⁸ Ronald Dworkin, *¿Es el derecho un sistema de normas? La filosofía del derecho*, (México: Fondo de Cultura Económica, 1980), 84.

¹²⁹ Arcentales, “Derechos de las personas en movilidad 2009”, 337.

derecho migrar; parecía convertir a este último en una *regla* de aplicación inmediata como lo son todos los derechos en el Ecuador.

Sin embargo, la doctrina menciona algunos aspectos que pueden ayudar a entender que el derecho a migrar también se encuentra en el campo de los principios y no en el de las reglas, por ende, sin tener un desarrollo normativo no se puede obtener su cumplimiento inmediato, pues:

a pesar de que la Constitución ha previsto la posibilidad de que sus principios sean aplicados sin que haya excusa por falta de ley o reglamento, es muy difícil que esto se cumpla por parte de los funcionarios públicos o autoridades que están en relación directa con la población en movilidad, principalmente con personas extranjeras que se encuentran en el Ecuador.¹³⁰

Retomando a Robert Alexy, y para entender qué son las reglas, él las considera como “(...) normas que sólo pueden ser cumplidas o no”¹³¹ y condicionadas a su real validez, “si una regla es válida, entonces debe hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen *determinaciones* en el ámbito de lo fáctico y jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado. Toda norma es o bien una regla o un principio”.¹³²

Desagregando esta idea, es válido que todas las personas tengan el derecho a migrar, pero no es una validez real. La Ley de Extranjería¹³³ condicionaba este derecho, como también lo condiciona ahora la Ley Orgánica de Movilidad Humana. En tal virtud, la disposición constitucional no puede permitir que todas las personas entren al país sin previamente observar lo que manda la ley, por eso el numeral 14 del artículo 66 de la Constitución reconoce a las personas el derecho a entrar y salir libremente del Ecuador cuyo ejercicio será regulado; otorgándole, por consiguiente, a este derecho la calidad de un principio.

En busca de entender qué es una regla y qué un principio, Gustavo Zagrebelsky, realiza una diferenciación, para él “(...) las normas legislativas son [...] reglas, mientras que las normas constitucionales, sobre derechos y sobre la justicia son [...] principios (y aquí interesa en la medida en que son principios). Por ello, distinguir los principios de

¹³⁰ *Ibíd.*, 336.

¹³¹ Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, 87.

¹³² *Ibíd.*

¹³³ Ecuador, *Ley de Extranjería*, Registro Oficial 454, última reforma 4 de noviembre de 2004, derogada por la Ley Orgánica de Movilidad Humana el 6 de febrero del 2017.

las reglas significa, a grandes rasgos, distinguir la Constitución de la ley.”¹³⁴

Para Luigi Ferrajoli una regla es una *norma hipotética* y para que sea considerada como tal, debe cumplir con tres elementos: una condición o hipótesis de hecho, un vínculo causa-efecto y una obligación¹³⁵, elementos que solo se los puede encontrar en una ley, por ejemplo, la condición o hipótesis de hecho en la Ley Orgánica de Movilidad Humana, vendría a ser que un ciudadano extranjero esté facultado para ingresar al territorio ecuatoriano en condiciones de respeto a sus derechos, y siempre que cumpla con la normativa del país.

Esto conduce al vínculo causa-efecto o por decirlo de otro modo, el cumplimiento a los condicionantes; una persona tiene el derecho a migrar siempre y cuando su motivo de ingreso este atado a una condición y categoría migratoria¹³⁶, y solo si su motivo de ingreso se encuentra dentro de este catálogo, la obligación que tiene el Estado es otorgarle una visa, que es el documento que le autoriza poder *estar* en el Ecuador.

Estos elementos no los podemos encontrar en la Constitución pues si bien es ahí donde se reconoce el derecho a migrar, la condición o hipótesis expresamente está remitida a una ley, no existe en la Constitución causa efecto, como tampoco se señala la obligación por parte del Estado. Por eso la tesis de Zagrebelsky, es válida, pues el derecho a migrar, se convierte en una regla solo a partir de que es desarrollado por la Ley Orgánica de Movilidad Humana.

Aceptado que el derecho a migrar y la libre movilidad humana, además de ser sinónimos constituyen principios mas no reglas, pero en definitiva “(...) son normas porque ambos dicen lo que debe ser”¹³⁷; en un Estado constitucional como el ecuatoriano, toda norma debe ser aplicable, “(...) aun cuando tenga la estructura de un principio”¹³⁸ y más aún si goza de las características de un derecho, por eso:

La distinción entre normas programáticas y normas directamente aplicables [como vendrían a ser las reglas], es irrelevante. Por supuesto que esta afirmación implica que las personas estén sometidas además de la Ley a la Constitución, y que requiere una dosis de creatividad de la persona que aplica al imaginar y crear la hipótesis de hecho y la obligación que emana del principio en el caso que se aplica.¹³⁹

¹³⁴ Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley, derechos justicia*, trad. Marina Gascón, (Madrid: Trotta, 2011), 109-10.

¹³⁵ Ferrajoli, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, 19-35.

¹³⁶ Las categorías señaladas en la Ley Orgánica de Movilidad Humana serán desarrolladas cuando se haga referencia a los límites y restricciones del derecho a migrar.

¹³⁷ Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, 83.

¹³⁸ Ávila Santamaría, “Los Principios de Aplicación de los Derechos”, 39.

¹³⁹ *Ibíd.*

Lo importante aquí es comprender el necesario tránsito de “(...) un Estado legislativo a un Estado constitucional [lo que] implica el paso de un ‘derecho por reglas’ a un ‘derecho por principios’”¹⁴⁰ y su orientación para poder aplicarlo, permitiendo contar con un sinnúmero de posibilidades y no solamente aplicar la norma de una forma tradicional donde lo que no se halla escrito no existe.

En conclusión, “(...) el género es la norma y las reglas como los principios son sus especies (...)”¹⁴¹, y siempre constituirán las formas a través de las cuales se formulan o reconocen los derechos fundamentales: “(...) esto es, desde una perspectiva cerrada y estricta, y otra amplia y comprensiva, así tenemos como la primera puede llamarse ‘construcción como reglas’, en tanto que, a la segunda se denomina ‘construcción como principios’”.¹⁴²

Antonio Pérez Luño¹⁴³ por su parte establece que en las constituciones pueden observarse tres sistemas de positivización de los derechos fundamentales: a) por cláusulas generales que vendrían a ser los principios; b) por medio de catálogos que comprenderían las reglas y, c) por un sistema mixto de reglas y principios como lo es el caso ecuatoriano.

Pero lo que interesa es el cambio de arquetipo a un derecho basado más en principios que en reglas pues la libre movilidad humana y el derecho a migrar si bien se encuentran en el campo del derecho público, el cual tiene como máxima de esta rama que *solo se puede hacer lo que la ley manda*, al tratarse de *derechos* se rompe este supuesto enunciativo considerando que la propia Constitución no permite se suspenda el ejercicio de los derechos por falta de *reglas*; es decir, propende la creatividad para encontrar en el propio principio la hipótesis de hecho y la obligación, tal como lo refiere Ramiro Ávila Santamaría.

¹⁴⁰ Claudia Escobar García, *Teoría y práctica de la justicia constitucional*, (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2010), 217.

¹⁴¹ Jorge Benavides Ordoñez, “Un repaso a la teoría general de los derechos fundamentales”, en *Manual de justicia Constitucional*, coord. Jorge Benavides Ordoñez y Jhoel Escudero Soliz, (Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2013), 87, https://www.corteconstitucional.gob.ec/images/stories/corte/pdfs/manual_de_justicia_constitucional.pdf

¹⁴² Robert Alexy, *Los derechos constitucionales y el sistema jurídico, Teoría del discurso y derechos humanos*, (México: Fontamara, 2007), 72, citado en Jorge Benavides Ordoñez, “Un repaso a la teoría general de los derechos fundamentales”, 86.

¹⁴³ Pérez Luño, *Los derechos fundamentales*, 58.

5.3 Derecho a inmigrar, contenido esencial y titulares

El derecho a migrar o migración como proceso “(...) puede ser vista desde dos aspectos, la emigración y la inmigración: la primera, consiste en el afecto y efecto de salir de un país para radicarse en otro; y la segunda, en el acto de ingresar a un país con la intención de radicarse en él”¹⁴⁴, lo que quiere decir que posee “(...) dos vertientes porque supone el derecho a salir del territorio de un Estado (emigrar) y el derecho a entrar en el territorio de otro Estado (inmigrar).”¹⁴⁵

La Declaración Universal de los Derechos Humanos en el artículo 13 dispone: “1. Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado” y que “2. Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso el propio, y a regresar a su país”.

Para Geraldo Pisarello, el artículo 13 de la Declaración “(...) reconoce el derecho a la libertad de movimiento a través de las fronteras, es decir, el derecho a emigrar, pero no el derecho a inmigrar (...)”¹⁴⁶, posición que pudo haber tomado en cuenta solo el numeral 2 del artículo 13, que es totalmente explícito, más aun, el numeral 1, sí reconoce de manera tácita el derecho de las personas a inmigrar, pues no es posible se permita la libre circulación y escoger el lugar de residencia en el territorio de un Estado sin que antes se haya permitido el ingreso; situación que no ocurre con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Este instrumento si condiciona la circulación libre y el escogimiento del lugar de residencia, al señalar que tal facultad solo opera cuando una persona se halle legalmente en el territorio de un Estado.¹⁴⁷

En el derecho positivo, la no existencia de un reconocimiento al derecho a inmigrar es compartida por un voto concurrente en la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes indocumentados, la cual se expresó en los siguientes términos:

A pesar de encontrarse hoy día reconocido el derecho a emigrar, como corolario del derecho a la libertad de movimiento, los Estados todavía no han reconocido el derecho correlato de inmigrar, creando así una situación que ha generado incongruencias y arbitrariedades, muchas veces afectando negativamente el debido proceso legal. Al

¹⁴⁴ López Zúñiga, La migración bajo la óptica del derecho, 19.

¹⁴⁵ Chueca y Pascual, “Contenido y límites del ‘Ius Migrandi’”: 4.

¹⁴⁶ Gerardo Pisarello, “Derechos sociales e inmigración: razones para una comunidad de iguales”, en *Los Derechos en la movilidad humana: del control a la protección*, edit. Nicole Pérez Ruales y Alex Valle Franco, (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009), 60, http://www.justicia.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2012/07/7_Movilidad_Humana.pdf

¹⁴⁷ ONU Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 23 de marzo de 1976. art. 12 n° 1.

perpetuar, de ese modo, las incertidumbres e inconsistencias, los Estados responsables por esta situación han dejado de actuar a la altura de sus responsabilidades como sujetos del Derecho Internacional, el derecho de gentes. Y han creado más problemas tanto para numerosos individuos directamente afectados como en última instancia, para sí mismos, al contribuir indirectamente para la formación de los flujos de inmigrantes ilegales.¹⁴⁸

La Constitución ecuatoriana por su parte, en el artículo 40, trata al derecho a migrar desde su integralidad y en el numeral 14 del artículo 66, recoge que se reconoce y garantiza a las personas, “el derecho a transitar libremente por el territorio nacional y a escoger su residencia, así como a entrar y salir libremente del país, cuyo ejercicio se regulará de acuerdo con la ley”, escenario que denota el reconocimiento de los derechos a emigrar y a inmigrar.

Para Oscar Ermida Duarte, resulta contraproducente tratar por separado las especificaciones que presenta el derecho a migrar, para él:

las más elementales exigencias de lógica jurídica llevan a sostener que podría discutirse la existencia de un derecho a emigrar, pero que una vez aceptada, el derecho a emigrar supone el derecho a inmigrar. De ahí que [se prefiera] hablar, en forma genérica, del derecho a migrar. Lo otro –distinguir el derecho a emigrar del derecho a inmigrar– es una segmentación artificiosa. Se trataría de separar las dos cosas de una misma moneda.¹⁴⁹

Lo expresado por Ermida es una conjetura válida, pero no deja de ser ineludible la diferenciación entre derecho a emigrar e inmigrar para poder conocer sus *contenidos*, “(...) trazar sus confines, contornos, o linderos, es decir, su silueta.”¹⁵⁰, los cuales no son idénticos entre sí, y por eso su diferenciación en la Ley Orgánica de Movilidad Humana.

Antes de establecer el contenido del derecho a migrar y más precisamente del derecho a inmigrar –pues es esta la parte medular de la que trata esta investigación–, se debe hacer referencia a quiénes son sus titulares, o dicho de una manera distinta, quiénes se benefician de este derecho.

El artículo 3 de la Ley Orgánica de Movilidad Humana define que los titulares del derecho a inmigrar son las personas extranjeras quienes “(...) ingresan al Ecuador con el ánimo de fijar su residencia o domicilio de forma temporal o permanente en el

¹⁴⁸ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos sobre *La condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, 17 de septiembre de 2003, voto concurrente del juez A. A. Cançado Trindade, párr. 32, www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/votos/vsa_cancado_18_esp.doc

¹⁴⁹ Oscar Ermida Uriarte, “Derecho a migrar y derecho al trabajo”, en *Derecho del trabajo hacia una Carta Sociolaboral Latinoamericana*, coord. Luis Enrique Ramírez, (Buenos Aires: Euros editores, 2011), 21.

¹⁵⁰ Casal, Condiciones para la limitación o restricción de derechos fundamentales, 113-14.

territorio ecuatoriano” y se las conoce bajo el nombre de *inmigrante*.

Según el mismo artículo, es considerada como persona extranjera “aquella que no es nacional del Estado Ecuatoriano”; o sea que no se ubica dentro de ninguno de los casos de los artículos 7 y 8 de la Constitución para poder ser consideradas como ecuatorianas.

Esta disposición coincide con el significado que le da Francisco Contreras al señalar que “tiene el carácter de extranjero la persona física o jurídica que no reúne los requisitos establecidos por un sistema de derecho determinando para ser considerado como nacional”¹⁵¹, criterio ligeramente ampliado por Enrique Santamaría quien señala: “(...) el extranjero es el que, en las sociedades segmentarias, no es miembro de la familia, del clan o de la tribu; el que, en la Edad Media, no es súbdito de, emperador, del rey o del señor; el que, en nuestros estados contemporáneos, no es ciudadano del Estado con respecto al cual se lo considera como tal.”¹⁵² Ampliando el concepto:

(...) extranjero es toda aquella persona o sujeto que la ley, sobre todo la fundamental de un determinado territorio libre y soberano, no lo considera nacional, ya sea porque no haya nacido dentro de su delimitación territorial o porque no haya obtenido por parte de las autoridades competentes, de un determinado país, el reconocimiento de nacional por no reunir en todo caso los requisitos exigidos en las normas o leyes vigentes.¹⁵³

El artículo 42 de la nueva Ley migratoria indica: “La persona extranjera en el Ecuador, es aquella que no es nacional del Estado ecuatoriano y se encuentra en el territorio en condición [...] de visitante temporal o residente.”

Solo como nota, tanto normas nacionales como las de índole internacional se puntualizan siempre a los titulares de los derechos como personas y no como hombres, mujeres o seres humanos, esta distinción se la realiza en virtud de que “el hombre es una realidad natural, [mientras que] la persona es una noción elaborada por la ciencia del derecho”¹⁵⁴, de ahí la denominación de *persona extranjera* en la legislación ecuatoriana.

Retomando el tema del *contenido* o “(...) parte del derecho fundamental, [...] que resulta definitoria o identificadora”¹⁵⁵, el derecho a inmigrar se distingue por las

¹⁵¹ Francisco José Contreras Vaca, *Derecho internacional privado*, (México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México / Oxford University Press, 2014), 233-35.

¹⁵² Enrique Santamaría, *La incógnita del extraño, una aproximación a la significación sociológica de la inmigración no comunitaria*, 1ª edición, (Barcelona: Anthropos, 2002), 51.

¹⁵³ López Zúñiga, *La migración bajo la óptica del derecho*, 14.

¹⁵⁴ Hans Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, 4ª edición, 9ª reimpresión, (Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 2009), 97.

¹⁵⁵ Prieto Sanchís, *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, 232.

posibilidades otorgadas a los ciudadanos extranjeros en la Constitución y en la Ley Orgánica de Movilidad Humana.¹⁵⁶

Para Pedro Delgado el contenido del derecho a inmigrar en el Ecuador presenta tres supuestos: 1. el derecho a transitar libremente por el territorio nacional, 2. la facultad de escoger una residencia y otro derecho concatenado, como lo es el 3. entrar libremente al país, el cual viene a ser la base de los dos anteriores, siendo este último la característica innovadora del Ecuador con la cual no cuenta ningún otro Estado, ni consta tampoco tan expresamente en ningún tratado o convenio internacional de Derechos Humanos.¹⁵⁷

El primer contenido que es el derecho a transitar libremente, está supeditado a una condición y categoría migratoria, definidas por el artículo 3 de la Ley Orgánica de Movilidad Humana. La condición migratoria es un estatus otorgado por el Ecuador para que los extranjeros puedan transitar o residir en el territorio, constituyéndose en un permiso de permanencia; mientras que la categoría clasifica tal permanencia en diferentes tipos, que pueden ser temporales o permanentes pero condicionados a las actividades que pueden desarrollar los extranjeros en el país.

El derecho a la libre circulación en el Ecuador se asemeja a lo dispuesto en el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, pues exige “(...) que la persona se encuentre legalmente en el territorio del Estado (...)”¹⁵⁸ para acceder a ese derecho; sin embargo, la diferencia está en que en el Ecuador, no cabe tal ilegalidad, es por eso que entra en acción el termino *irregular*, cumpliendo además con la máxima de que “ninguna persona será sujeta de sanciones penales por su condición de movilidad humana.”¹⁵⁹

Sobre la facultad para que un extranjero pueda escoger un lugar de residencia en el Ecuador, esto es el poder que se tiene para “(...) escoger el lugar donde se desea vivir, fijar su domicilio o mudarse de este; en otras palabras, a escoger el centro o los centros (ciudad, pueblo, campiña, etc.) desde donde desea desplegar su personalidad, ejercer sus derechos y cumplir con sus obligaciones”¹⁶⁰. Este derecho lleva consigo una obligación establecida en el artículo 53, numeral 6 de la Ley Orgánica de Movilidad Humana y obliga a la persona extranjera en calidad de residente, sea temporal o

¹⁵⁶ No se hace mención a los tratados internacionales; las normas internas recogen sus mandatos.

¹⁵⁷ Pedro Pablo Delgado Hinostroza, *Apátridas refugiados y migrantes. El derecho a la libre circulación*, 44.

¹⁵⁸ *Ibíd.*

¹⁵⁹ Ecuador, *Ley Orgánica de Movilidad Humana*, art. 2.

¹⁶⁰ *Ibíd.*, art. 46.

permanente, a registrar su domicilio o residencia habitual en la Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación; aunque el incumplimiento de esta disposición no es ni siquiera causa de sanción administrativa.

La normativa ecuatoriana no hace ninguna alusión adicional a este derecho, pero se sobreentiende que no existe ningún impedimento para que el extranjero pueda fijar su residencia en cualquier parte del país, así como cambiarla en cualquier momento y de acuerdo a sus necesidades propias, sin contar previamente con algún permiso u autorización, pese a la obligación que se ha señalado.

Sobre el tercer contenido que es el derecho a entrar libremente al país, y siendo la base de los dos anteriores, es el único que nace limitado, cuando somete su ejercicio a lo que establezca la ley, y la Ley de movilidad humana en su artículo 123, establece, entre otros requisitos para el ingreso al país, contar con una visa vigente, además de la verificación de la condición migratoria invocada por la persona extranjera, así lo dispone el artículo 131 de la citada Ley.

En resumidas cuentas, toda persona incluidas las extranjeras tienen el derecho de entrar y salir libremente del país, transitar por el territorio nacional y escoger una residencia, lo que sumado constituye el contenido esencial del derecho a migrar cuya diferenciación entre los términos migrar o inmigrar este netamente explicativa.

5.4 Límites y restricciones al derecho a inmigrar

No se puede hacer referencia al contenido de un derecho solamente definiéndolo, y marcando las características más sobresalientes; es obligatorio “(...) si [se quiere] precisar su contenido [...] acudir al conjunto de sus límites (cláusulas como el orden público, las exigencias de otros derechos, etc.), (...).”¹⁶¹, o como lo diría Jesús María Casal:

(...) para la adecuada captación de los diversos modos de incidir en el contenido de un derecho constitucionalmente garantizado conviene distinguir entre los siguientes conceptos: la *delimitación o definición* del contenido del derecho; la *limitación* del derecho en sentido estricto; la *restricción del derecho*, y su *configuración* por el legislador.¹⁶²

¹⁶¹ Luis Prieto Sanchís, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, 226.

¹⁶² Casal, *Condiciones para la limitación o restricción de derechos fundamentales*, 113.

Habiendo realizado la definición y delimitación del derecho a inmigrar con base en toda la doctrina y normativa que hasta aquí se ha expuesto, su limitación debe fundamentarse en el principio que presupone la prevalencia del interés general sobre el interés particular. Postulado que ha sido reconocido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos para poder establecer legítimamente límites y restricciones a los derechos subjetivos, esto quiere decir, que “(...) los derechos naturales de cada hombre no tienen más límites que los que aseguran a los demás miembros de la sociedad el disfrute de los mismos derechos”¹⁶³, y por ende “todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades.”¹⁶⁴

El derecho a inmigrar se encuentra limitado por la propia Constitución, cuando en el artículo tres, numeral 8, se establece como deberes primordiales del Estado ecuatoriano “garantizar a sus habitantes el derecho a una cultura de paz, a la seguridad integral y a vivir en una sociedad democrática y libre de corrupción”; lo cual viene concatenado con el derecho de las personas a vivir en un ambiente sano según el artículo 14; y a vivir una vida libre de violencia en el ámbito público y privado según el artículo 66, numeral 3, letra b); mandatos que direccionan a que cualquier acción que pretenda limitar a una persona poder movilizarse de un lugar a otro o impedir que un extranjero entre y resida en el país, puede ser menoscabada siempre y cuando se demuestre contundentemente que su intromisión afectará a la paz, a la seguridad de sus habitantes, y, aunque más difícil de demostrar, que su ingreso altere el orden democrático, corrompa el sistema o vulnere otros derechos.

Las condiciones expuestas, deben ser vistas de manera objetiva, y en el mejor de los casos estar expresamente señaladas, evitando la secularización de la migración o actitudes discriminatorias que atenten no solo al derecho a inmigrar si no a otros derechos propios de la persona como el derecho a la honra y al buen nombre.

En lo que atañe a las restricciones, el derecho a inmigrar se encuentra ahora regulado por la Ley Orgánica de Movilidad Humana, la cual reemplazó textos normativos como la Ley de Extranjería, la Ley de Migración¹⁶⁵, y sus respectivos Reglamentos, mismos que datan de los años 70 del siglo XX, y fueron expedidos “(...) desde una perspectiva de soberanía, control y seguridad nacional, que primaba en el contexto regional de la época, en la cual los regímenes dictatoriales promovían la

¹⁶³ Bidart Campos, *Teoría general de los derechos humanos*, 213.

¹⁶⁴ Ecuador, *Constitución de la República*, art.11 n° 2.

¹⁶⁵ Ecuador, *Ley de Migración*, Registro Oficial 563, última reforma 12 de abril de 2005, derogada por la Ley Orgánica de Movilidad Humana el 06 de febrero del 2017.

persecución de personas que consideraban sospechosas y/o subversivas al orden instaurado y a la ideología política imperante”¹⁶⁶; es decir, no se encontraban en armonía con el derecho a migrar y el principio de libre movilidad humana incorporados en la Constitución del 2008; no cumpliendo por consiguiente con las condiciones que la doctrina, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la propia Constitución presuponen para poder regular este derecho.

Sin embargo, la Ley de movilidad humana frente a la normativa expedida en la década de los 70, no cuenta en esencia con cambios significativos respecto a la entrada y a los permisos de residencia para personas extranjeras, pues mantiene formas similares –por no decir idénticas– de restringir el derecho a inmigrar en lo que concierne al otorgamiento, negativa y revocatoria de visas¹⁶⁷ y a las condiciones de inadmisión y deportación de extranjeros.

Sobre el otorgamiento de visas, la Ley de Extranjería¹⁶⁸ y la Ley Orgánica de Movilidad Humana¹⁶⁹ exigía y exige la presentación de aquellas como un requisito previo al ingreso al país, siendo el documento que constituye la autorización del Estado ecuatoriano para que las personas extranjeras puedan permanecer en el territorio por un periodo temporal o permanente, que no es otra cosa que el título a través del cual se materializa la decisión por parte de la Administración que consiente su ingreso o permanencia.

Las visas, en ambas normas, constriñen al extranjero a desempeñar una actividad o función en específico, lo cual en la Ley toma el nombre de categoría y si simple y llanamente su motivo de ingreso o permanencia no se encasilla en una de estas, no se le puede conceder la visa, lo cual va en detrimento con su derecho a inmigrar pues regular un derecho “(...) implica que deben establecerse ciertos procedimientos para garantizar su cumplimiento y no para restringirlos, menos aún impedirlos, pues la forma en que los Estados regulan los desplazamientos y la residencia, puede implicar la anulación del goce de los derechos y constituye una violación a los mismos.”¹⁷⁰

En contexto, el Informe Sobre Movilidad Humana Ecuador 2011, realizado por el Programa Andino de Derechos Humanos, se refería a que en la Ley de Extranjería “se

¹⁶⁶ Ecuador, *Ley Orgánica de Movilidad Humana*, exposición de motivos.

¹⁶⁷ Según el artículo 3, numeral 12 de la Ley Orgánica de Movilidad Humana, se entiende por visa a la “(...) la autorización que otorga el Estado ecuatoriano a las personas extranjeras para que puedan permanecer en el país por un periodo temporal o permanente.”

¹⁶⁸ Ecuador, *Ley de Extranjería*, norma derogada, art. 8.

¹⁶⁹ Ecuador, *Ley Orgánica de Movilidad Humana*, art.123.

¹⁷⁰ Gardenia Chávez Núñez, “Políticas migratorias y derechos humanos”, 124.

establecen categorías de visados que no son adecuados a la realidad migratoria del Ecuador y que se basan en el principio de selectividad de la migración¹⁷¹, lo cual,

(...) no es coherente con los principios y derechos constitucionales. En efecto, el principio de selectividad de la migración, clasifica a las personas de otro origen nacional en función de categorías que posibilitan o restringen el ejercicio de derechos. De esta manera, se determinan dos “calidades” migratorias, agrupando a las personas en “inmigrantes” que comprende a aquellas personas que permanecerán de manera definitiva en el país– y en “no inmigrantes”, referido a aquéllas que permanecen por un tiempo limitado en el territorio ecuatoriano.¹⁷²

Esta selectividad, con etéreos ajustes, se mantiene en la Ley actual pues conserva la clasificación de actividades bajo el mismo nombre de categorías; es por eso, que no presenta ninguna innovación y prácticamente arrastra lo que normas inconstitucionales preveían.

La Ley de Extranjería instituía como calidades de inmigración, inmigrantes y no inmigrantes y como categorías las actividades que les eran permitidas realizar a los extranjeros en el Ecuador, las cuales, a su vez les consentían entrar o permanecer en el país, así como acceder a algún tipo de visa. La Ley de movilidad humana cambia el termino *calidad de inmigración* por *condición migratoria* y dentro de esta presenta dos estatus: residente o visitante temporal, pero mantiene la clasificación de actividades bajo el mismo nombre.

Ahora bien, la diferencia se encuentra en que la Ley Orgánica de Movilidad Humana agrupa todas las categorías de inmigrantes y no inmigrantes, reduciendo el tipo de visados a 8: de residente temporal; de residente temporal de excepción, de residente permanente, visa diplomática; visa humanitaria; visa de turista; visa especial de turismo y visa por convenio¹⁷³, lo cual no ocurría en la ley derogada, pues cada tipo de visa, correspondía a uno de los numerales contenidos en los artículos 9 y 12, siendo un listado extenso.

Para ilustrar lo expuesto, en el siguiente cuadro se detallan las categorías migratorias que presentan la Ley de movilidad humana y las que presentaba Ley de Extranjería.¹⁷⁴

¹⁷¹ Coalición por las Migraciones y el Refugio, *Informe Sobre Movilidad Humana Ecuador 2011*, sist. Javier Arcentales Illescas y Susy Garbay Mancheno, (Quito: Programa Andino de Derechos Humanos, 2011), 13, <http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/Publicaciones/2012/8981>

¹⁷² *Ibíd.*, 32.

¹⁷³ Ecuador, *Ley Orgánica de Movilidad Humana*, art. 66.

¹⁷⁴ No se toma en cuenta en el cuadro las visas que corresponden al ejercicio de funciones diplomáticas.

Cuadro N° 1

Categorías migratorias

LEY ORGÁNICA DE MOVILIDAD HUMANA	LEY DE EXTRANJERÍA
Trabajador	9IV, 12VI, 12IX, 12XI
Rentista	9I
Jubilado	9I
Inversionista	9II, 9III, 12IX, 12XI
Científico, investigador o académico	12IX
Deportista artista o gestor cultural	12IX, 12VIII
Religioso o voluntario religioso...	12VII
Estudiante	12V
Profesional técnico, tecnológico o artesano	9V, 12XI
Residente por convenio	Número dependía de Convenio.
Personas amparadas	9VI
Turistas	12X, 12IX
Personas en protección internacional	12 IV

Fuente: Ley Orgánica de Movilidad Humana y Ley de Extranjería.
Elaboración propia

La selectividad y clasificación en categorías migratorias que testarudamente vuelve a recoger la Ley Orgánica de Movilidad Humana, –y válida es la redundancia– es una forma de restringir el derecho a inmigrar que no observa *prima facie* que tal restricción debe obedecer a razones de interés general, según lo contempla la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Tampoco observa el numeral 3 del artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, pues no basta que las restricciones al derecho de libre circulación estén determinadas por una norma con rango de ley, si esta no observa su necesidad de implantarlas “(...) para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros (...).”¹⁷⁵

Más grave aún, la categorización podría volver nugatorio el derecho, si se da el caso de que un extranjero no se circunscriba en ninguna de las actividades que le permitan acceder a un tipo de visa, lo que sería inconcebible puesto que, se estaría afectando el contenido mínimo del derecho a inmigrar y violentando por consiguiente de manera flagrante la Constitución.

Cabe entonces tener presente que:

¹⁷⁵ ONU Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 12, n° 3.

(...) las razones que provocan la inmigración son complejas y tienen relación con el marco individual de decisiones, el proceso familiar/social y el contexto económico, social y político nacional. A su vez, todos estos elementos están condicionados por la globalización de los procesos económicos y culturales.

Las combinaciones de estos elementos, el peso relativo de cada uno de ellos, la situación psicosocial, las fantasías, en suma, la historia de vida de cada persona que decide convertirse en un inmigrante son difíciles de encasillar.¹⁷⁶

Mención aparte merece el Capítulo IV de la Ley Orgánica de Movilidad Humana que se refiere a la comunidad suramericana en Ecuador, no obstante, a todas luces es una abstracción del *Acuerdo Sobre Residencia para los Nacionales de los Estados Partes del Mercosur, Bolivia y Chile*¹⁷⁷, al cual el Ecuador se adhirió el 29 de junio de 2011 y cuyo objeto, según el artículo 1, es buscar que los nacionales que pertenecen al Mercosur o los adherentes a su instrumento de migración, obtengan una residencia regular en el territorio de uno de los Estados mediante la acreditación de su nacionalidad; es decir, si bien dispone el cumplimiento de otros requisitos formales, el Tratado otorga el derecho a una residencia temporal o permanente sin estar supeditado a una actividad en concreto.¹⁷⁸

En la legislación ecuatoriana, tal objetivo fue proyectado a todas las personas nacionales de los países suramericanos pertenecientes a la UNASUR, según lo dispuesto por el artículo 83 de la Ley, cumpliendo así con el numeral 5 del artículo 423 de la Constitución en lo atinente a propiciar la libre circulación de las personas en la región.

Pero lo que manda el Capítulo IV, no debería haber sido dirigido a una población en específico pues “(...) si el derecho a migrar es un derecho humano, entonces toda persona es titular del derecho a migrar, [y] por lo tanto no puede quedar confinado en un determinado espacio de integración regional. Este puede –y debe– reconocerlo, claro, pero no puede reducirlo a sus confines”¹⁷⁹, pues se estaría contraviniendo con el numeral 2 del artículo 11 de la Constitución que garantiza la igualdad de todas las

¹⁷⁶ Graciela Malgesini y Carlos Giménez, *Guía de conceptos sobre migraciones racismo e interculturalidad*, 2ª edición, (Madrid: Catarata, 2000), 239.

¹⁷⁷ MERCOSUR Acuerdo sobre residencia para nacionales Estados partes MERCOSUR, 5 de marzo de 2014.

¹⁷⁸ La Norma de Cumplimiento de Acuerdo Residencia para MERCOSUR Bolivia y Chile, dictada por el Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana vía Acuerdo Ministerial No.31 y publicado en el Registro Oficial No. 229 del 21 de abril de 2014, dispone en su artículo 7, lo siguiente: “Las personas que hayan obtenido su visa de residencia temporal o permanente, tienen derecho a realizar cualquier actividad lícita, con o sin relación de dependencia, en las mismas condiciones que los nacionales ecuatorianos, de acuerdo con las normas legales y reglamentarias pertinentes de la República del Ecuador”.

¹⁷⁹ Ermida, “Derecho a migrar y derecho al trabajo”, 18.

personas y proscribire cualquier forma de discriminación que por más positiva que haya sido en este caso, debió considerar que “los derechos son propios del hombre desnudo, sin necesidad de que concurra ningún atributo o característica adicional, razón por la cual se presentan como universales en el espacio y en el tiempo.”¹⁸⁰

A pesar de lo indicado, para Luis Monzón siempre será más productivo empezar a trabajar en forma bilateral o regional que global en temas migratorios¹⁸¹, por eso la pertinencia de los convenios binacionales o multinacionales de migración, que, de una u otra manera, se acercan al cumplimiento del principio de la libre movilidad humana lo cual no haría contradictorio que el Ecuador haya manejado posturas diferentes sobre el mismo tema, una local y otra integral.

Otra forma de restringir el derecho a inmigrar que no ha proscrito la Ley Orgánica de Movilidad Humana, es esa facultad soberana y discrecional que tiene el Estado ecuatoriano para conceder o negar una visa, o para cancelarla, o revocarla una vez esta haya sido otorgada, pues más allá de que un extranjero demuestre que su motivo de ingreso al país se halla acorde a una categoría migratoria y que cumple con los requisitos legales para acceder a una residencia temporal o permanente, esto no le garantiza el ejercicio pleno de su derecho constitucional a inmigrar.

La Ley de Extranjería en el segundo inciso del artículo 5 preveía que “la decisión de conceder negar o revocar una visa a un ciudadano extranjero, no obstante, el cumplimiento de los requisitos legales y reglamentarios, es facultad soberana y discrecional de la Función Ejecutiva, a través de los organismos competentes”, aforismo que con un lenguaje *políticamente correcto*, también lo contempla la Ley actual; pues, el artículo 67, se refiere a esa misma soberanía, estableciendo que el Ecuador “(...) a través de la autoridad de movilidad humana tiene la potestad para conceder o negar una visa a una persona extranjera [y que el Estado ecuatoriano] tiene la potestad de cancelar[la] o revocar[a] de forma motivada” denotando en los artículos 61, 64 y 85 que pese al cumplimiento de los requisitos para acceder a una visa temporal o permanente esta puede ser negada.

La soberanía “(...) es un principio jurídico aceptado por la mayor parte de las Constituciones del mundo para controlar sus fronteras y decidir quién puede entrar y

¹⁸⁰ Javier de Lucas, *El desafío de las fronteras*, (Madrid: Ediciones Temas de Hoy, 1994), 41.

¹⁸¹ Monzón, “Dinámica de las políticas migratorias”, 158.

quién no, a su territorio”¹⁸², el problema, es que muchas veces su ejercicio ha restringido injustamente el derecho a inmigrar, cuando en estricto sentido “(...) no puede contraponerse al respeto de los derechos humanos, sino, al contrario, siempre debe operar en concordancia con los mismos. Esto supone que el Estado solo puede regular el ingreso o salida de las personas”¹⁸³, y no negar o retirar una visa basándose en decisiones *soberanas* donde muchas veces no se establece ningún otro impulso, cayendo en actuaciones discrecionales que pueden dar lugar a actuaciones arbitrarias por parte de la Administración¹⁸⁴ y más aún si no se observan los supuestos válidos que permiten restringir y limitar los derechos.

Manuel Ángel Castillo reconoce como un “(...) axioma de aceptación universal el hecho de que los Estados, en el ejercicio de la soberanía, tienen competencia absoluta para definir los términos de la admisión y presencia de nacionales de otros países dentro del territorio de su jurisdicción.”¹⁸⁵ Pero, reconoce que:

(...) ese principio ha justificado una serie de medidas cuyo respeto a los derechos fundamentales es sumamente cuestionable. Así, por ejemplo, la Suprema Corte de los Estados Unidos concluyó, respecto de un caso de exclusión de extranjeros, con una sentencia francamente discriminatoria emitida a fines del siglo pasado: *Es una máxima aceptada de derecho internacional que toda nación soberana tiene el poder, inherente a su soberanía y esencial para su auto preservación, para prohibir la entrada de extranjeros dentro de sus dominios o para admitirlos sólo en ciertos casos y bajo algunas condiciones que pueden ser prescriptibles.* (Traducción de Manuel Castillo).¹⁸⁶

Según Martínez Pizarro “el resguardo de la integridad de los migrantes cuenta con un importante sustento en el derecho internacional. Sin embargo, es una zona oscura al momento de cotejar esta situación con el ejercicio de la soberanía y las prácticas normativas nacionales”¹⁸⁷ lo que comporta a que “no solo hay una tensión, sino a menudo una contradicción directa, entre las declaraciones de derechos humanos y la

¹⁸² Jorge A., Bustamante, *Migración internacional y derechos humanos*, (México, D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas - UNAM, 2004), 168.

¹⁸³ Rocío Nasimba Loachamín, “*La política de inmigración en el gobierno de Rafael Correa*”, 15.

¹⁸⁴ Los artículos 68 y 69 de la Ley Orgánica de Movilidad Humana se refieren a la revocatoria de visas, el primero hace alusión a la facultad soberana permitiendo tácitamente decisiones discrecionales, mientras que el segundo se refiere a la revocatoria *como sanción administrativa*, donde los supuestos y causas se encuentran perfectamente reglados. Como en este trabajo se estudia la facultad discrecional, se referirá netamente a los motivos de revocatoria al amparo del artículo 68.

¹⁸⁵ Manuel Ángel Castillo, “Migración y derechos humanos”, 192, <http://huellasmexicanas.org/alejandra/migracion-y-derechos-humanos/migracionyderechoshumanos.pdf>

¹⁸⁶ Gill Goodwin, “International Law and Human Rights: Trends Concerning International Migrants and Refugees” in *International Migration Review* 87, num.3, vol. xxiii, (1989): 526, citado en Manuel Ángel Castillo, “Migración y derechos humanos”, 192.

¹⁸⁷ Jorge Martínez Pizarro, *Migración Internacional en la Agenda de derechos*, en *Revista Latinoamericana de población* 1, año 1, (2007): 2, <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5349625.pdf>

defensa de los Estados de su derecho soberano a controlar sus fronteras, así como a controlar la calidad y la cantidad de quienes son admitidos.”¹⁸⁸

Para autoras como Rocío Nasimba Loachamín, “esto supone, que, si bien todo país tiene el derecho soberano a controlar sus fronteras y decidir quién ingresa o no a su país, este poder está limitado por los instrumentos internacionales de derechos humanos que rigen para toda la comunidad internacional que ha suscrito los mismos”¹⁸⁹, cuestión con la que parece no comulgar Mariana García, pues ella considera que:

En el caso de los derechos humanos de los migrantes no existe régimen capaz de exigir el cumplimiento de la norma internacional. Se debe considerar como un dato que compone esa situación, la renuencia de los estados a ceder derechos soberanos en lo que se trata del control de fronteras, esto entra en permanente tensión con el derecho a la libre circulación de las personas y el derecho humano a migrar.¹⁹⁰

Si se coteja estos dos criterios con la Ley Orgánica de Movilidad Humana, se deja en evidencia que el Ecuador al seguir fundamentando sus decisiones migratorias en aspectos *soberanos y discrecionales*, en la práctica, y más allá de la retórica, no ha realizado ninguna innovación, pues se está olvidando que:

Un presupuesto básico para la protección de los derechos fundamentales, tan enfáticamente recogidos en los tratados internacionales y en los textos constitucionales, lo constituye su desarrollo singular y concreto en las legislaciones internas, interponiendo deberes a los poderes públicos y facilitando su amparo ante los órganos jurisdiccionales”.¹⁹¹

Esto evidentemente no ocurre con la Ley Orgánica de Movilidad Humana, pues recogió con bonitas palabras lo mismo de la Ley de Extranjería en el caso concreto de los inmigrantes que buscan visitar o vivir en el Ecuador, contradiciendo de manera airosa los mandatos de la Constitución no solo en cuanto al derecho a migrar sino también al principio recogido en el numeral 8, del artículo 11 constitucional que en su parte atinente establece que “el contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas” y en el presente caso no hubo desarrollo bajo ninguna óptica.

¹⁸⁸ Seyla Benhabib, *Los derechos de los otros. Extranjeros, residentes y ciudadanos*, (Barcelona: Gedisa, 2005) 14, citado en Rocío Nasimba Loachamín, *La política de inmigración en el gobierno de Rafael Correa Entre el deber ser y el ser*, (Quito: Corporación Editora Nacional, 2013), 17.

¹⁸⁹ Rocío Nasimba Loachamín, “*La política de inmigración en el gobierno de Rafael Correa*”, 17.

¹⁹⁰ Mariana García, *Pensando las migraciones desde el Sur: reflexiones detalles y estrategia sobre la experiencia migratoria reciente en la región de América del Sur*, (Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, 2011), 8.

¹⁹¹ Jesús Ernesto Peces Morate, dir., “Las declaraciones de derechos y su efectividad respecto de los inmigrantes”, en *Inmigración y Derecho*, (Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2002), 181.

Capítulo segundo

La facultad administrativa en la negativa y revocatoria de visas

Con las bases conceptuales indicadas en el capítulo anterior, en este se describe la realidad administrativa en cuanto al reconocimiento del derecho de las personas a migrar. Se expone los conceptos básicos que facultan a la autoridad rectora de la movilidad humana a decidir sobre los permisos de residencia de extranjeros y se muestran los criterios discrecionales que son utilizados por la Administración para restringir este derecho.

1. La competencia

Según la doctrina administrativa expuesta por Robert Dromi, la competencia “(...) es la esfera de atribuciones de los órganos y los entes determinada por el ordenamiento jurídico positivo. Es decir, es el conjunto de facultades y obligaciones que un órgano puede y debe ejercer legítimamente.”¹⁹² Para Agustín Gordillo, es concebida también como un conjunto de funciones¹⁹³ que a cada órgano administrativo le corresponde ejercer, constituyendo su aptitud legal de obrar.¹⁹⁴

Miguel Marienhoff refiere que la competencia es el símil de lo que es la capacidad en el derecho privado¹⁹⁵ pero la razón de no aceptar estas palabras como sinónimos, es que la doctrina no aceptaba al Estado como persona o sujeto de derechos, por eso se prefirió para este, el uso del término competencia como definición de autoridad o poder¹⁹⁶ según lo indica Bartolomé A. Fiorini.

En la terminología jurídica, la diferencia entre capacidad y competencia se encuentra, en que mientras “(...) en el derecho privado la capacidad es la regla y la incapacidad es la excepción, en derecho administrativo sucede todo lo contrario: la

¹⁹² Roberto Dromi, *Acto administrativo*, 4ª edición, (Madrid: Ciudad Argentina Hispania Libros, 2008), 57.

¹⁹³ Agustín Gordillo, *Tratado de derecho Administrativo*, tomo I, (Buenos Aires Ediciones Macchi, 1974), IX8.

¹⁹⁴ *Ibíd.*

¹⁹⁵ Miguel Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, 259, <http://escuelasuperior.com.ar/instituto/wp-content/uploads/2015/07/Tratado-de-Derecho-Administrativo-Miguel-Marienhoff-Tomo-I.pdf>

¹⁹⁶ Bartolomé A. Fiorini, *Teoría Jurídica del acto administrativo*, (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1969), 96.

competencia es la excepción, la incompetencia la regla.”¹⁹⁷ Esto quiere decir, que si un órgano administrativo no cuenta con funciones previamente detalladas en la norma, no puede actuar, siendo por lo tanto incompetente. En el derecho privado en cambio, las personas pueden hacer todo lo que no se encuentre prohibido.

El artículo 226 constitucional manda a las instituciones y servidores públicos a actuar solo en virtud de sus competencias y facultades, debiendo ceñir su accionar a lo determinado por la Constitución y la ley. El artículo en mención determina lo siguiente:

Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución.

El Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva¹⁹⁸, en su artículo 84, indica que la competencia administrativa es “(...) la medida de la potestad que corresponde a cada órgano administrativo”, que esta es “(...) irrenunciable y se ejercerá por los órganos que le tengan atribuida como propia (...)”. El artículo 85 revela que se la mide en razón de la materia, el territorio y del tiempo.

El Código Orgánico Administrativo¹⁹⁹, –que entrará en vigencia en julio del 2018– define a la competencia, en el artículo 65, como “(...) la medida en que la Constitución y la ley habilitan a un órgano para obrar y cumplir sus fines, en razón de la materia, el territorio, el tiempo y el grado”, siendo estos cuatro elementos los determinantes²⁰⁰ o las formas a través de las cuales se mide²⁰¹ la competencia, o como lo consideran varios autores, los medios para regularla y clasificarla.²⁰²

La Ley Orgánica de Movilidad Humana, en el artículo 163, establece que la o el presidente de la República es quien “determinará la entidad rectora de la movilidad (...)” la cual, entre otras competencias, deberá ejercer su rectoría sobre la “(...) emisión de los documentos de viaje, así como conceder visas, residencias y permisos de visitante temporal (...)”. El artículo 67, implanta que el Estado a través de la autoridad que rige la materia, “(...) tiene la potestad para conceder o negar una visa a una persona

¹⁹⁷ Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, 259.

¹⁹⁸ Ecuador, Decreto Ejecutivo 2428, *Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva*, Registro Oficial 536, Suplemento, 18 de marzo del 2002, última reforma 27 de junio de 2017.

¹⁹⁹ Ecuador, *Código Orgánico Administrativo*, Registro Oficial 31, Suplemento, 7 de Julio del 2017.

²⁰⁰ Jaime Orlando Santofimio Gamboa, *Tratado de derecho administrativo*, 4ª edición, tomo II, (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003), 147.

²⁰¹ Ramón Parada, *Derecho administrativo I*, 18ª edición, (Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2010), 123-24.

²⁰² Fiorini, *Teoría Jurídica del acto administrativo*, 103

extranjera” así como a cancelarla o revocarla de forma motivada.

El Reglamento a la Ley Orgánica de Movilidad Humana²⁰³, expedido por el presidente, en el artículo 1, indica que la rectoría de la movilidad le corresponde al Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, a través de su Viceministerio, “(...) quien ejecutará el cumplimiento de los procesos establecidos en la Constitución de la República sobre la materia y ejercerá las competencias establecidas en la Ley [...], [el] Reglamento y demás normativa vigente.”

La competencia en razón de la materia o también llamada material, se refiere a las funciones que de acuerdo con las normas debe cumplir una entidad²⁰⁴, consiste en asignar “(...) a los órganos un conjunto de asuntos delimitados con los criterios sustanciales más diversos (...)”²⁰⁵, y es aquí, donde se circunscribe la potestad de la autoridad rectora para conceder, negar o revocar visas, siendo la única entidad que puede pronunciarse al respecto.

El Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana ejerce en el Ecuador²⁰⁶ la competencia en el otorgamiento, negativa y revocatoria de visas²⁰⁷ a través de sus Coordinaciones Zonales²⁰⁸ conforme lo dispuesto en el segundo inciso del artículo 25 del Reglamento a la Ley Orgánica de Movilidad Humana y conforme los servicios que le exigen sean prestados en el Estatuto por Procesos del Ministerio.²⁰⁹

²⁰³ Ecuador, Decreto Ejecutivo 111, *Reglamento a la Ley Orgánica de Movilidad Humana*, Registro Oficial 55, Suplemento, 10 de agosto de 2017.

²⁰⁴ Santofimio, *Tratado de derecho administrativo*, 147.

²⁰⁵ Parada, *Derecho administrativo I*, 123-24.

²⁰⁶ En el extranjero las misiones diplomáticas y las Oficinas Consulares son las competentes para conocer las solicitudes de visa. Así lo indica el artículo 25 del Reglamento a la Ley Orgánica de Movilidad Humana.

²⁰⁷ La derogada Ley de Extranjería, contemplaba en su artículo 5 que la Dirección General de Extranjería del Ministerio de Gobierno, Cultos, Policía y Municipalidades (Hoy Ministerio del Interior) sería la encargada de “(...) la aplicación y ejecución de las normas y procedimientos relativos a extranjería, especialmente al otorgamiento de visas de inmigrantes dentro y fuera del país (...)” y, que el “(...) manejo y otorgamiento de visas de no inmigrantes [estaría] a cargo del Ministerio de Relaciones Exteriores”, hoy conocido como Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana.

El 05 de abril del 2012, vía Decreto Ejecutivo No. 1124, publicado en el Registro Oficial No. 686 del 19 de abril del mismo año, el presidente de la República, ordenó “transferir al Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio e Integración, las competencias que le otorga la Ley de Extranjería a la Dirección General de Extranjería del Ministerio del Interior” y dispuso que: “todas las competencias, atribuciones, funciones, representaciones y delegaciones constantes en leyes, reglamentos y demás normas que hasta [eran] ejercidas por la Dirección General de Extranjería del Ministerio del Interior pas[en] a ser ejercidas por el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio e Integración.”

Así se cumplía la competencia hasta que el Reglamento a la Ley Orgánica de Movilidad Humana ratificara las atribuciones del Ministerio de Relaciones Exteriores.

²⁰⁸ Las Coordinaciones Zonales son entes desconcentrados del Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, creados al amparo del principio de desconcentración establecido en el artículo 227 de la Constitución de la República del Ecuador.

²⁰⁹ Ecuador, Acuerdo Ministerial N° 40, *Estatuto por procesos del Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana*, Registro Oficial 1033, Edición especial, 23 de mayo de 2017.

Que dicha cartera de Estado sea la entidad competente en el tema de visas pero que esta facultad la ejecute a través de sus Coordinaciones Zonales, no es una contradicción, sino más bien, el claro ejemplo de un ejercicio competencial desconcentrado en razón del grado o la jerarquía, el cual consiste en el depósito de atribuciones en órganos inferiores, pero siempre dentro del mismo ente estatal²¹⁰, pues las Coordinaciones no son personas jurídicas distintas al Ministerio.

Sobre la competencia en razón del territorio y del tiempo, la primera “(...) involucra un acercamiento al ámbito espacial dentro del cual el órgano administrativo puede ejercer las funciones que le corresponden”²¹¹, mientras que la segunda, hace referencia “(...) al período de duración [...] o el plazo (...)”²¹²

La competencia en razón del territorio y del tiempo son asumidas por las Coordinaciones Zonales, pero no supeditan su accionar en el estricto sentido de la palabra; el proceso de desconcentración dispuesto por la entidad rectora, les faculta actuar indistintamente dependiendo de las solicitudes que reciban o los supuestos de hecho que conozcan. Cualquier Coordinación puede conceder, negar o revocar visas a los extranjeros, no existiendo limitación en su accionar competencial bajo los aspectos señalados.

La Constitución, la doctrina y las normas, al referirse a la competencia, utilizan términos como: *atribución, poder, potestad, facultad, función, responsabilidades, etc*, los cuales a criterio de Efraín Pérez “(...) nuestra legislación ha empleado indistintamente [...] en forma equivalente, de manera inapropiada”²¹³; sin embargo, yendo al concepto de cada una de estas palabras, se puede decir que todas nutren el concepto de competencia, y todas tienen una relación entre sí.

Si se dice que la competencia es una atribución, esta consiste en “cada una de las facultades o poderes que corresponden a cada parte de una organización pública o privada según las normas que las ordenen”²¹⁴; el *poder de actuación* está englobado bajo el término *potestad*, el cual gravita en el “dominio, poder, jurisdicción o facultad que se tiene sobre algo”²¹⁵ y “(...) en consecuencia, [es] un ‘poder de actuación’ que ejercitándose de acuerdo con el ordenamiento jurídico puede generar situaciones

²¹⁰ Gordillo, *Tratado de derecho administrativo*, tomo I, IX-21.

²¹¹ Santofimio, *Tratado de derecho administrativo*, 147.

²¹² Diccionario Enciclopedia Jurídica Online, “competencia en razón del tiempo”, accedido 4 de septiembre de 2017, <http://diccionario.leyderecho.org/competencia-en-razon-del-tiempo/>

²¹³ Efraín Pérez, *Derecho Administrativo*, 1ª edición, tomo I, (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2009), 130.

²¹⁴ DLE, “atribución”, accedido 3 de septiembre de 2017, <http://dle.rae.es/?id=4KdHYGj>

²¹⁵ *Ibid.*, “potestad”, accedido 3 de septiembre de 2017, <http://dle.rae.es/?id=Trz0bwV>

jurídicas que obligan a los sujetos.”²¹⁶ En el caso de estudio, al Ministerio y a los ciudadanos extranjeros.

La potestad amalgama derechos y obligaciones; el derecho que tienen las personas extranjeras a solicitar una condición migratoria está relacionado con la obligación que tiene el Ministerio de pronunciarse sobre tal solicitud, ya sea otorgándoles o negándoles una visa o residencia (son sinónimos), pues como se dijo, es este el documento que autoriza a los extranjeros a permanecer en el Ecuador de manera regular.²¹⁷

Un apartado merece el criterio de Miguel Marienhoff, pues para él el *poder* es uno solo y como tal pertenece al Estado en su conjunto, en tanto que la potestad vendría a ser una de las formas de manifestación de dicho poder. Por tal motivo:

No debe confundirse "poder" con "potestad". Aquél es lo genérico, esta lo específico. El "poder" es atributo del Estado *-lato sensu-*, en tanto que la "potestad", en lo que respecta a su ejercicio, puede ser prerrogativa inherente a una función, verbigracia de la función correspondiente a la Administración Pública. Las "potestades" constituyen un reflejo cualificado del "poder" general del Estado, pero no pueden confundirse con este "poder"²¹⁸

Aprobada la tesis de Marienhoff, aparece el término *función* que viene a ser utilizado para referirse a la medida de *poder* ejercida solo través de potestades específicas, pues al conformarse el *poder* por varias funciones, estas solo pueden ejercer una determinada actuación.

Otro sector de la doctrina como en el de Fernando Garrido Falla encuentra adecuado el uso del término *función* no como medida o distribución del poder estatal sino más bien, “cuando las potestades se ejercitan, no en beneficio de un interés propio, o al menos exclusivamente propio sino en beneficio de intereses ajenos o de carácter objetivo, (...).”²¹⁹

Con respecto al término *facultad*, la opinión más dominante que a criterio de Garrido la define, radica en la posibilidad que se tiene de actuar²²⁰, siendo el único concepto que podría distar de la *competencia* pues mientras esta es irrenunciable²²¹, la facultad puede o no ser ejercida. Es por eso que el artículo 226 no se refiere a ellos

²¹⁶ Juan Carlos Cassagne, *Derecho Administrativo*, tomo II, (Lima: Palestra Editores SAC, 2010), 147.

²¹⁷ Ecuador, *Ley Orgánica de Movilidad Humana*, art. 53 n° 2.

²¹⁸ Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, 261-62.

²¹⁹ Fernando Garrido Falla, Alberto Palomar Olmeda y Hermينو Losada González, *Tratado de derecho Administrativo*, 14ª edición, volumen I, (Madrid: Tecnos, 2005), 532.

²²⁰ *Ibíd.*, 535.

²²¹ Dromi, *Acto administrativo*, 61.

como sinónimos, pero volviendo a las raíces, la facultad también es concebida como un “poder o derecho a hacer algo”²²² y, en consecuencia, valgan todos los términos que se han descrito para referirse a la competencia porque no existe uno solo que no haga alusión a los demás.

2. El principio de legalidad

Marcado igualmente por la Norma Suprema en el artículo 226, no existe facultad o competencia alguna que pueda ser ejercida sin observar lo que previamente esté determinado en la Constitución o la ley. Toda decisión y actuación de un ente estatal, debe estar amparada en un precepto normativo, el cual le permita actuar frente a una realidad determinada.

El principio de legalidad “(...) es una de las consagraciones políticas del Estado de Derecho y, al mismo tiempo, la más importante de las columnas sobre que se asienta el total edificio del Derecho administrativo”²²³, por eso las decisiones de la Administración obligatoriamente han de tomarlo en cuenta.

El Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana antes de pronunciarse frente a una solicitud de residencia o una revocatoria de visa, debe forzosamente decidir según lo establecido en las normas, pues el principio de legalidad no es otra cosa que el sometimiento de la Administración a lo que la ley establezca en su sentido más amplio.²²⁴

El fundamento del principio de legalidad en el pensamiento de Jorge Luis Borges, se formula:

(...) sobre la base de que ningún órgano del Estado puede adoptar una decisión individual que no sea conforme a una disposición por vía general anteriormente dictada, esto es, que una decisión individual no puede ser jamás adoptada sino dentro de los límites determinados por una ley material anterior, es así un principio esencialmente protector del individuo.²²⁵

El principio de legalidad busca limitar los excesos del poder, otorgando facultades de actuación que apoderan o habilitan a la Administración para su acción,

²²² DLE, “facultad”, accedido 3 de septiembre de 2017, <http://dle.rae.es/?id=HTxyZDZ>

²²³ Garrido, Palomar y Losada, *Tratado de derecho Administrativo*, 198-99.

²²⁴ Rafael Entrena Cuesta, *Curso de derecho Administrativo*, 13ª edición, tomo I/1, (Madrid: Tecnos, 1999), 141.

²²⁵ Jorge Luis Borges Frías, y Grethel Arias Gayoso, *Discrecionalidad y legalidad*, (Córdoba: El Cid Editor, 2009), 3-4.

pero definiendo cuidadosamente sus límites²²⁶. Constituye bipartitamente una limitación y una garantía “(...) destinada a la protección de los derechos de los ciudadanos, que en tanto destinatarios del ejercicio de funciones públicas, precisan de certeza y racionalidad en el accionar de la Administración, mismo que debe estar subordinado de modo incondicional e irrestricto al ordenamiento jurídico.”²²⁷

El principio de legalidad, ha evolucionado en tal sentido, que, aunque su nombre parece remitirse directamente a la ley²²⁸, su denominación va quedando corta frente a todo lo que engloba. Por esta razón se lo debe entender en su sentido más amplio. Varios tratadistas como Marco Morales Tobar y Jaime Orlando Santofimio Gamboa prefieren aludirlo bajo el nombre de *principio de juridicidad* o *bloque de legalidad*, pues actualmente debe ser visto con mayor amplitud “(...) puesto que el administrador público y la función administrativa no solo que han de estar a lo dispuesto en la normativa jurídica vigente, sino a la juridicidad de sus actos, esto es han de tener presente al derecho en su conjunto (...).”²²⁹

La ampliación del alcance del principio es entendida por Jaime Santofimio, de acuerdo a lo que a continuación se transcribe:

(...) tratándose de cualquier aproximación al análisis de la legalidad en nuestros ordenamientos, se debe entender, siempre y en todo lugar, que estamos no sólo ante el respeto y acatamiento de la ley en sentido estricto, sino de la totalidad del sistema normativo a cuya cabeza, según nuestra costumbre institucional, se encuentra la Constitución Política. Por lo anterior, no es extraño hablar en nuestro medio del principio de sometimiento al bloque de legalidad.”²³⁰

Cualquier denominación de los tratadistas que se han mencionado es aceptada para referirse al *principio de legalidad*, siempre y cuando se entienda, como bien lo indica Jaime Vidal Perdomo, que la “(...) última palabra que lo define se toma no en el sentido específico del acto del parlamento o del Congreso [de la Asamblea en el caso

²²⁶ Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo I, Notas de Agustín Gordillo*, 1ª edición, (Buenos Aires: Civitas Ediciones, 2006), 449.

²²⁷ Sebastián Espinosa Velasco, “El alcance del principio de legalidad en el sistema administrativo ecuatoriano a la luz de la Constitución del 2008”, (tesis maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2010), 52, <http://hdl.handle.net/10644/2273>

²²⁸ Efraín Pérez distingue el principio de legalidad en sentido amplio y en sentido estricto. En estricto *sensu* “(...) se refiere a la llamada reserva de ley, según la cual existen materias específicas, determinadas en la Constitución, que pueden regularse solamente por ley formal.” y a las cuales se ha hecho referencia en el Primer Capítulo de este trabajo.

En el sentido amplio —que es lo que se quiere puntualizar—. El autor indica que “norma temas adicionales a aquellos señalados en la reserva de ley, sobre materias especiales, contempladas en normas generales de la Constitución”. Véase: Efraín Pérez, *Derecho Administrativo*, 1ª edición (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2009), 121.

²²⁹ Marco Morales Tobar, *Derecho Procesal Administrativo*, (Loja: Editorial de la UTPL, 2010), 17.

²³⁰ Santofimio, *Tratado de Derecho Administrativo*, 40.

ecuatoriano], sino del acto jurídico cuyo cumplimiento se impone a la autoridad administrativa, cualquiera que sea su autor”²³¹ pero de acuerdo al orden jerárquico de aplicación de las normas, porque aunque es obvio que la Norma Suprema debe imperar, el más claro ejemplo de lo que busca el principio se da al momento de aplicar la norma de mayor jerarquía.

Si se entendería el principio de legalidad solo como el acatamiento de lo que manda la ley, por nueve años el Ecuador habría legitimado cualquier acción que menoscabe el derecho a migrar, considerando que las derogadas Ley de Extranjería y Ley de Migración en lo absoluto protegían este derecho. No obstante, ciertas disposiciones legales contenidas en estos cuerpos normativos dejaron de aplicarse; tal es el caso del artículo 10 de la Ley de Migración que permitía excluir a los ciudadanos extranjeros por cuestiones meramente administrativas.

Para Fernando Garrido Falla, el principio estudiado mantiene dos posturas:

1ª la Administración no tiene por misión aplicar la ley, pues lo único que exige el Estado de Derecho es que la respete, es decir, que actúe dentro de ella: 2ª las atribuciones y facultades administrativas tienen su apoyo inmediato en la ley, siendo imposible todo tipo de actuación que no haya sido previamente encomendada a la Administración pública por el legislador.²³²

La actividad ejercida por el Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana se circunscribe más en la segunda postura. Su función a más de respetar lo establecido en la ley, es ejercer una atribución que se exterioriza mediante una decisión, la cual se concreta en actos jurídicos, no jurídicos y también en hechos cuya validez depende de que el órgano haya actuado dentro de sus atribuciones legales²³³. Por esta razón, competencia y legalidad se amalgaman, van de la mano, no pueden ir separadas, toda acción administrativa se presenta como un ejercicio de poder atribuido por la ley y por ella delimitado. Sin atribución legal la Administración no puede actuar.²³⁴

Bajo la legalidad y competencia, surge el acto administrativo como una de las formas de exteriorizar la actividad de la administración y particularmente su voluntad, “el acto administrativo nace como una expresión necesaria de una potestad que es lo que conecta el acto a la legalidad y lo funcionaliza de una manera peculiar en el seno de

²³¹ Jaime Vidal Perdomo, *Derecho Administrativo*, 11ª edición, (Santa Fe de Bogotá: Temis, 1997), 331.

²³² Garrido, Palomar y Losada, *Tratado de derecho Administrativo*, 200-1.

²³³ Miguel Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, 4ª edición, tomo I, (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990), 569.

²³⁴ Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, 8ª edición, Tomo I, (Madrid: Civitas, 1997), 423.

la misma.”²³⁵ El acto administrativo es para Eduardo García de Enterría “(...) la declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo realizada por la Administración en ejercicio de una potestad. Se trata, en primer término, de una declaración intelectual, (...).”²³⁶

Solo a través de un acto administrativo el Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana puede pronunciarse sobre si concede, niega o revoca una visa. Por tanto, únicamente el acto administrativo produce efectos jurídicos de manera directa, lo cual consiste en “crear derechos u obligaciones para ambas partes: la Administración y el administrado”²³⁷, el Ministerio y el ciudadano extranjero.

Al afirmar que cualquier decisión de la Administración debe estar amparada y subordinada al derecho, “(...) también resulta cierto y lógico afirmar que tal subordinación al orden normativo puede variar el grado o intensidad de su influencia, de ahí que a partir de tal distinción gradual [se pueda] encontrar una actividad administrativa reglada, en oposición a una actividad administrativa discrecional”²³⁸, dándose el caso de que las dos coexisten en la Ley Orgánica de Movilidad Humana.

3. Facultad reglada

Se dice que un ente administrativo actúa bajo facultades regladas “(...) cuando una norma jurídica predetermina en forma concreta una conducta determinada que el administrador debe seguir, o sea cuando el orden jurídico establece de antemano qué es específicamente lo que el órgano debe hacer en un caso concreto.”²³⁹

Un ejemplo de facultad reglada es el artículo 43 de la Ley Orgánica de Movilidad Humana cuando menciona que los extranjeros tienen derecho a migrar de acuerdo a la normativa interna del país y a los instrumentos internacionales. Se deduce entonces, que si cumplen con los requisitos y condiciones legales para acceder a una residencia²⁴⁰, la decisión a tomar es clara: el Ministerio debe otorgar el permiso

²³⁵ *Ibíd.*, 539.

²³⁶ *Ibíd.*, 526.

²³⁷ Dromi, *Acto administrativo*, 46.

²³⁸ Alberto Pérez Dayán, *Teoría general del acto administrativo*, 1ª edición, (México D.F.: Porrúa, 2003), 28.

²³⁹ Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo I, VIII-16.

²⁴⁰ Los requisitos para cada caso particular se hallan establecidos en los artículos del 61 al 64; y, en el 85 y 86 de la Ley Orgánica de Movilidad Humana.

solicitado, en consecuencia, la visa correspondiente y todos los demás derechos consecuentes.

Que se deban cumplir con requisitos y condiciones para acceder a una residencia, ratifica que los supuestos de hecho están reglados y que cuando se evacua con todos ellos “(...) se conoce de antemano la resolución que recaerá, puesto que bastará subsumir el supuesto de hecho en la norma aplicable. En cambio, cuando la actividad administrativa es discrecional no cabe efectuar esta previsión.”²⁴¹

Existiendo requisitos y condiciones para acceder a una residencia, la actuación de la Administración estrechamente vinculada a la *ley*, debe observar sus disposiciones²⁴² pues no tendría sentido normar y establecer requisitos si estos no van a ser considerados, por tanto, la función de la Administración bajo facultades regladas se reduce “(...) a la constatación (*accertamento*, en el expresivo concepto italiano) del supuesto de hecho legalmente definido de manera completa y a aplicar en presencia del mismo, lo que la propia ley ha determinado también agotadoramente.”²⁴³

Para Gordillo, la actividad de la Administración está reglada, cuando “(...) el orden jurídico dispone ante tal o cual situación de hecho [el deber de] tomar tal o cual decisión; [y por lo tanto] el administrador no tiene elección posible: su conducta le está dictada con antelación por la regla del derecho.”²⁴⁴

Este es el caso de las condiciones que deben existir para que la autoridad rectora en movilidad humana pueda terminar, cancelar, o *revocar una visa como sanción administrativa*²⁴⁵, pues los supuestos de hecho al estar definidos, no permiten que se tome otra decisión que la establecida; la Ley indica los casos en los que procede y,

(...) el administrador no tiene otro camino que obedecer a la ley y prescindir de su apreciación personal sobre el mérito del acto. Su conducta, en consecuencia, está predeterminada por una regla de derecho; no tiene él libertad de elegir entre más de una decisión: Su actitud sólo puede ser una, aunque esa una sea en realidad inconveniente.²⁴⁶

La Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador, en armonía con la doctrina indicada, también llamó a la facultad reglada como

²⁴¹ Entrena Cuesta, *Curso de derecho administrativo*, 147.

²⁴² Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, 63, <http://escuelasuperior.com.ar/instituto/wp-content/uploads/2015/07/Tratado-de-Derecho-Administrativo-Miguel-Marienhoff-Tomo-I.pdf>

²⁴³ García de Enterría y Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, 435.

²⁴⁴ Gordillo, *Tratado de derecho administrativo*, VIII-16.

²⁴⁵ Se insiste que solo como sanción administrativa, esta facultad se encuentra reglada.

²⁴⁶ Agustín Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo V, IADA-VI-2, www.gordillo.com/pdf_tomo5/01/01-capitulo6.pdf

potestad vinculada u obligatoria, a la cual la define, como: “(...) aquella que la ley otorga y exige imperativamente al órgano administrativo, y cuyo cumplimiento es una obligación ineludible. Entonces, una actuación es reglada cuando la ley o el reglamento lo prevé expresamente y determina, de manera rigurosa su contenido y forma.”²⁴⁷

El fundamento de la facultad reglada para Dromi, radica en que la ley sustituye el criterio del órgano administrativo, evitando la apreciación personal del administrador sobre el mérito del acto y estableciendo de antemano qué es lo más conveniente al interés público²⁴⁸; la ley “(...) de manera agotadora y clara [fija] el camino que debe tomar el administrador frente a determinada situación de hecho, es decir [...] se trata de un caso de remisión al texto legal”²⁴⁹ según el pensamiento de María del Carmen Jácome.

La Ley Orgánica de Movilidad Humana contiene disposiciones regladas como también las tuvo la Ley de Extranjería en casi idénticas condiciones, pero lo que se destaca, es que pese a la existencia de tales facultades²⁵⁰, ninguna de estas normas han permitido se tenga absoluta certeza de cómo debe actuar la Administración migratoria, y aunque, “(...) la discrecionalidad es la excepción a la actividad administrativa”²⁵¹, las facultades regladas en cuanto a los requisitos para acceder a las visas de residencia, no han logrado posicionarse como los únicos supuestos para el reconocimiento del derecho a migrar; y si se menciona a estas dos normas, es porque ambas han actuado bajo el amparo del principio constitucional de la libre movilidad humana y del derecho a migrar, sin mayores diferencias.

4. Facultad discrecional

La palabra discrecional es un adjetivo que proviene de *discreción* y cuya primera definición según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, significa que algo “(...) se hace libre y prudencialmente.”²⁵²

²⁴⁷ Ecuador Corte Suprema de Justicia Sala de lo Contencioso Administrativo, “Sentencia”, en *Caso No: 226-2004*, 14 de febrero de 2007.

²⁴⁸ Roberto Dromi, *Derecho Administrativo Económico*, (Buenos Aires: Astrea, 1985), 465.

²⁴⁹ María del Carmen, Jácome, “El control judicial de la actividad discrecional de la administración pública en el Ecuador” (tesis maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2015), 19, <http://hdl.handle.net/10644/4262>

²⁵⁰ Vale recalcar que se está haciendo referencia a las facultadas que permiten la negativa y revocatoria de visas netamente.

²⁵¹ Patricio Secaira Durango, *Curso Breve de Derecho Administrativo*, (Quito, Editorial Universitaria, 2004), 195.

²⁵² DLE, “discrecional”, accedido 3 de junio de 2017, <http://dle.rae.es/?id=DsxCEW8>

La expresión discrecional, acto discrecional o de pura administración “(...) comenzó a ser utilizada a principios del siglo XIX en Francia. Significaba una libre actuación de la Administración no sujeta a regla alguna”²⁵³ lo cual provocó que “la autoridad ejerci[era] su función sin oposición [...] y sin responsabilidad frente a los individuos (...)”²⁵⁴

La libertad de actuación, marcó el rumbo, y definió de este modo a “(...) la facultad o poder discrecional [como] el conjunto de facultades que la autoridad ejerce sin que ninguna regla positiva de derecho le trace el camino que debe seguir en cada caso (...)”²⁵⁵ Por eso se concebía como una *capacidad* para actuar libre de toda regulación donde “(...) originariamente la Administración podía hacer todo aquello que la ley no prohibía (...)”²⁵⁶, siendo esta la base del Estado absoluto que dio lugar a sendos abusos de poder.

En sus inicios, “(...) la discrecionalidad se caracterizaba por la ausencia de normas que estableciera la conducta administrativa debida. Lo discrecional, por tanto, operaba en los espacios libres fuera del contexto jurídico reglado y, consecuentemente, no se subordinaba a la ley, reglamento ni dispositivo administrativo alguno.”²⁵⁷ La doctrina antigua del derecho administrativo llegaría a la conclusión de que la facultad discrecional viene a aparecer “(...) siempre que faltase una regulación legal determinada, o dicho en otras palabras, donde no se aplicaba el principio de legalidad.”²⁵⁸

Hoy en día, tal conclusión es inadmisibles. No puede existir ninguna competencia ni ninguna facultad desentendida del principio de legalidad. Así lo acepta la doctrina moderna y así lo manda también la legislación ecuatoriana en el tantas veces citado artículo 226 de la Constitución.

Para Agustín Gordillo, si bien la *libertad* marca el camino de la facultad discrecional, no se debe obviar la necesaria remisión al principio de legalidad; para él, “las facultades del órgano [son] discrecionales cuando el orden jurídico le otorg[a] [a la

²⁵³ Juan Sesin Domingo, *Administración pública. Actividad reglada, discrecional y técnica. Nuevos mecanismos de control judicial*, 2ª edición, (Buenos Aires: Depalma, 2004), 83.

²⁵⁴ Miriam Mabel Ivanega, *Elementos del Derecho Administrativo*, Serie Derecho Administrativo n° 4, (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008), 30.

²⁵⁵ Rafael Bielsa, *Derecho Administrativo*, (Buenos Aires: La Ley, 1966), 152.

²⁵⁶ Sesin Domingo, “*Administración pública*”, 59.

²⁵⁷ *Ibid.*

²⁵⁸ María del Carmen, Jácome, “El control judicial de la actividad discrecional de la administración pública en el Ecuador”, (tesis maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2015), 13, <http://hdl.handle.net/10644/4262>

Administración] cierta libertad para elegir entre uno y otro curso de acción, para hacer una u otra cosa, o hacerla de una u otra manera”²⁵⁹, destacando de este modo la necesaria remisión al ordenamiento jurídico. Por tanto, Efraín Pérez considera que “el ejercicio de la potestad discrecional en ningún caso se identifica con una actividad libre de la administración”²⁶⁰, en el sentido estricto de la palabra.

Para Juan Sesín Domingo:

(...) discrecionalidad deriva del latín *discernere*, que significa “distinguir”, “separar mentalmente”. De ahí proviene *cerno* y *certus*, que implican la actividad de quien selecciona conociendo, es decir, de quien sabe lo que elige. Por ello, en sentido jurídico-sustantivo se la ha considerado como una libertad de acción o elección de conductas posibles dentro de un orden jurídico dado. La criticada expresión “poder discrecional” alude a una libertad “libre”, esto es, desprovista de límites, a diferencia de la noción actual, que la considera como derivación ineludible del Estado de Derecho y de su estructura jurídica.²⁶¹

Bajo la nueva doctrina, la discrecionalidad no implica libertad absoluta, su requisito para ejercerla es la existencia de una disposición legal que la estimule: “(...) sólo del orden jurídico vigente puede derivar. De allí que no deviene de su silencio o vacío legislativo sino del análisis prolijo de los preceptos normativos y principios que conforman el bloque de juridicidad.”²⁶²

María del Carmen Jácome expone que “la discrecionalidad no es una libertad frente a la norma sino una remisión de la ley al caso concreto. Por tanto, se puede afirmar, que no hay discrecionalidad al margen de la ley, sino, al contrario, esta aparece por obra de la ley y en la medida que esta señala.”²⁶³

Lo citado por estos autores se plasmaba en la derogada norma de Extranjería, donde la permisión para ejercer una facultad discrecional se encontraba en la misma ley y no fuera de ella.²⁶⁴ La facultad discrecional del Estado ecuatoriano para negar o revocar visas, no emergía por ausencia de la ley, sino más bien, por una clara disposición normativa del segundo inciso del artículo 5, el cual facultaba a la Administración a decidir sobre las solicitudes de visa y donde el cumplimiento de los

²⁵⁹ Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, VIII-16.

²⁶⁰ Pérez, *Derecho Administrativo*, 460.

²⁶¹ Sesin Domingo, “*Administración pública*”, 95.

²⁶² *Ibíd.*, 135.

²⁶³ Jácome, “El control judicial de la actividad discrecional de la administración pública en el Ecuador”. 18.

²⁶⁴ Laureano Rodó López, “La discrecionalidad de la Administración en la doctrina extranjera”, *Estudios de la vida local* n.º 31, (1974): 16.

requisitos legales y reglamentarios por parte de los extranjeros, no eran una garantía para que este documento les sea entregado, o no les sea revocado.

Está claro que la discrecionalidad debe derivar expresamente de la ley²⁶⁵ pero en lo que no hay claridad es en el por qué la Ley Orgánica de Movilidad Humana la sigue manteniendo cuando “existe una vinculación negativa entre esta y los derechos subjetivos; en otros términos, no debería haber tal facultad si existe un derecho preestablecido a favor del particular”²⁶⁶ pues en esos casos, convendría ejercer solo facultades regladas, que como tal, dan mayor seguridad al momento de que la Administración forma su criterio.

En palabras de Sesín Domingo:

Quando una normativa administrativa regula la conducta de la Administración en beneficio de un administrado, se dice que la cuestión es reglada porque consagra un derecho subjetivo administrativo que debe ser respetado. Al tener que adecuarse el accionar estatal en forma obligatoria a lo que expresa la norma, la discrecionalidad queda absolutamente excluida.²⁶⁷

Siendo el derecho constitucional a migrar un derecho que debe ser desarrollado por la legislación secundaria, y que la forma más adecuada de garantizarlo sería solo a través del uso de facultades regladas, no se explica por qué la Ley Orgánica de Movilidad Humana permitió continuar con ciertas prácticas tan criticadas de la derogada Ley de Extranjería, donde en efecto, el ejercicio de la discrecionalidad marca un asunto pendiente de resolver entre la legislación migratoria, la Constitución y su principio de libre movilidad humana.

Más aún, resulta contradictorio buscar el desarrollo del derecho a migrar²⁶⁸ y del principio de libre tránsito de las personas, pero al mismo tiempo volver a recoger las disposiciones legales emanadas por regímenes dictatoriales.²⁶⁹ Razón por la cual, no termina de convencer una norma post Constitución que prácticamente deja intactas disposiciones de los años setenta del siglo XX.

La Ley actual, no menciona expresamente que el Estado continúe con una potestad *discrecional* al momento de decidir sobre los permisos de estadía de los ciudadanos extranjeros, e incluso en ninguna parte de su texto aparece si quiera dicha palabra, pero esto no significa que la misma haya quedado proscrita. Para saberlo, basta

²⁶⁵ Sesin Domingo, “*Administración pública*”, 61.

²⁶⁶ *Ibíd.*, 86-7.

²⁶⁷ *Ibíd.*, 87.

²⁶⁸ Ecuador, *Ley Orgánica de Movilidad Humana*, art. 4 n° 1.

²⁶⁹ *Ibíd.*, exposición de motivos.

leer el artículo 67, que al igual que la Ley de Extranjería en su artículo 5, deja en claro que, como un ejercicio soberano del Estado, la autoridad de movilidad humana tiene la potestad de conceder o negar una visa, así como cancelarla o revocarla²⁷⁰. El Reglamento a la Ley Orgánica de Movilidad Humana lo vuelve a mencionar en el último inciso del artículo 20.

Para Ramón Parada “(...) se revela la existencia de una potestad reglada cuando la norma expresa la vinculación de la potestad administrativa, su carácter reglado, utilizando el terminó *deberá*, o configurando esa vinculación mediante el reconocimiento de un derecho del administrado.”²⁷¹ Pero por el contrario, los artículos 61, 64, 85 y 86 de la vigente ley migratoria, si bien reglan los requisitos para obtener una residencia, en la parte final de sus disposiciones, facultan a la autoridad rectora a negar la solicitud²⁷², lo cual, en concordancia con el artículo 67 y 20 del Reglamento, no dejan duda de que la Administración continúa con determinada libertad de decisión y que la potestad a la que se refiere el artículo 67, aunque no lo *diga*, es una potestad discrecional.

En definitiva, la discrecionalidad en el otorgamiento y revocatoria de visas se implanta porque “(...) creada la competencia material de acción por el texto de la ley, se deja al agente público la libertad de escoger, en vista de las circunstancias (...)”²⁷³; y a pesar de que la Ley actual no lo refiera en la forma que si lo hacia la legislación de los años setenta, el cumplimiento de los requisitos para acceder a cada una de las residencias no ata del todo a la Administración, cuando esta puede entrar a valorar otros elementos que a la larga pesen más al momento de decidir si se otorga o no una visa o si se la revoca.

Sobre los requisitos para la solicitar una visa, no obstante de estar reglados, tres de ellos dan lugar a libres apreciaciones por parte de los funcionarios que conocen de las solicitudes y como tal, permiten el uso de facultades discrecionales. Estos requisitos, que se repiten en los artículos 61, 64, 85 y 86 de la Ley Orgánica de Movilidad Humana y que corresponden a las exigencias para acceder a una residencia temporal y permanente son:

²⁷⁰ Lo relativo a la motivación, la cual debe anteceder a cualquier decisión será explicado en el capítulo siguiente.

²⁷¹ Parada, *Derecho administrativo I*, 101.

²⁷² Nada tiene que ver con el incumplimiento de alguno de los requisitos, porque es obvio, si estos no se cumplen, no puede conceder la residencia.

²⁷³ Pérez Dayán, *Teoría general del acto administrativo*, 29.

- Certificado de antecedentes penales del país de origen o en los que hubiese residido durante los últimos cinco años.
- No ser considerado como una amenaza o riesgo para la seguridad interna según la información que dispone el Estado Ecuatoriano.
- Acreditar medios de vida lícitos que permitan la subsistencia de la persona solicitante y de su núcleo familiar.

Vale acotar, que ninguno de aquellos eran requeridos bajo la legislación de los setenta y aunque el primero de ellos fue impuesto por el ahora extinto Consejo Consultivo de Política Migratoria en el año 2011, para la obtención de las visas de *inmigrante*²⁷⁴, esto se lo hizo sin ninguna competencia y bajo una mala interpretación legal, siendo un acto ilegítimo en virtud de que la Constitución claramente dispone en el segundo inciso del numeral tres del artículo 11, que “para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley.”

Dicho principio, la Ley Orgánica de Movilidad Humana ha permitido que sea violentado cuando en el último inciso de los artículos 85 y 86 al normar los requisitos para las residencias temporales y permanentes de las personas de los países suramericanos pertenecientes a la UNASUR, de la forma más contradictoria dispone:

La autoridad correspondiente podrá verificar la autenticidad de la documentación presentada. En casos excepcionales determinados por la autoridad competente, se podrá investigar más sobre el peticionario por razones de orden público y no podrá solicitar al peticionario otro requisito o documento adicional a los señalados [...] salvo que tenga el propósito de aclarar, complementar o subsanar deficiencias de los numerales anteriores. En caso de negar la solicitud esta deberá ser motivada.

La disposición es contradictoria porque indica que no se podrá solicitar al peticionario de una visa otro requisito o documento adicional a los señalados, lo cual es correcto porque se ajusta al numeral 3 del artículo 11 constitucional que prohíbe que se exijan requisitos o condiciones que no estén establecidos en Constitución o la ley para el ejercicio de los derechos, pero a su vez, permite se atente contra el principio con una salvedad incierta. Parecería entonces que la misma disposición legal reconoce que

²⁷⁴ Ecuador, Consejo Consultivo de Política Migratoria, Resolución n.º 1, Registro Oficial 504, Suplemento, 2 de agosto del 2011, derogada por la *Ley Orgánica de Movilidad Humana* el 06 de febrero del 2017.

algunos de los requisitos para acceder a una visa son *deficientes* y por eso deben ser subsanados con otros.

Con la venia de La ley, el Reglamento viola también el principio de no requerir otros requisitos o condiciones, al permitir que en casos particulares, como circunstancia previa a la emisión de una visa, se realice una entrevista al extranjero²⁷⁵, o se le solicite injustamente más documentos. Así lo prevé el quinto inciso del artículo 25:

Cuando por razones debidamente motivadas, de la revisión realizada a la documentación que contiene la solicitud para obtener una categoría migratoria, se evidencia la necesidad de contar con mayores elementos o con la actualización de documentos, se requerirá al interesado para que, en un plazo de diez (10) días, subsane la falta o acompañe los documentos requeridos, con indicación de que, si así no lo hiciera, se le tendrá por desistido de su petición (...)²⁷⁶

Los nuevos requisitos para acceder a las visas, y los otros documentos que en un hipotético caso se podrán solicitar, dejan una ventana mucho más grande a la subjetividad de los funcionarios que conocen de las solicitudes.

Primero porque la ley no indica cómo actuar en casos de que el extranjero tenga antecedentes penales, y porque el Reglamento solo se limita a decir que en caso de existir, estos deberán ser valorados²⁷⁷, lo cual de por sí es subjetivo; segundo, porque no se determinan los factores que deben ser tomados en cuenta para que el extranjero sea catalogado como una amenaza o riesgo; tercero, porque ni la Ley ni el Reglamento de Movilidad Humana determinan cómo se llega a establecer los medios de vida que permitan la subsistencia de los extranjeros y sus familias; y cuarto, porque solicitar otra documentación que no exija la ley, así esta lo permita, a más de ser inconstitucional, da libre albedrío a los funcionarios encargados de revisar las solicitudes.

De mantenerse la duda de que la Ley Orgánica de Movilidad Humana guarda en su seno facultades discrecionales frente al derecho a migrar, es menester examinar los aspectos que detectan la presencia de esta atribución:

- a) el análisis del orden jurídico vigente que en el marco de una interpretación contextual autorice una modalidad discrecional;
- b) el uso de la locución normativa “podrá” u otras expresiones análogas cuando consientan una libertad de actuación;
- c) la naturaleza intrínseca de la problemática a dilucidar.²⁷⁸

²⁷⁵ Ecuador, *Ley Orgánica de Movilidad Humana*, art. 27.

²⁷⁶ Este artículo, en casi idénticas condiciones constaba en el artículo 22 del Reglamento a la Ley de Extranjería.

²⁷⁷ Ecuador, *Reglamento a la Ley Orgánica de Movilidad Humana*, art. 29, n.º 2.

²⁷⁸ Sesin Domingo, “*Administración pública*”, 155.

Respecto a la condición a), al decir que el Estado tiene la potestad para conceder, negar, terminar, cancelar y revocar una visa y que esta potestad está inmersa dentro de la soberanía del Estado, pone sin más la presencia de una atribución discrecional; b) decir que la residencia puede ser negada o revocada, es sin duda una analogía que consiente la libertad de actuación por parte del Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana; y c) la problemática a dilucidar es garantizar los derechos de las personas en movilidad humana, pero no se indican los medios para llegar a este objetivo.

4.1 Fundamento de la discrecionalidad

Pese a que la crítica ha sido directa a la facultad discrecional en el acápite anterior, esta postura se debe a la carencia de evolución normativa en la Ley de movilidad humana y no contra la discrecionalidad en sí misma.

Gabriel de Vega Pinzón analiza el fundamento de la discrecionalidad y lo asume como un proceso intelectual previo a una actuación en la que se debe “ponderar circunstancias de modo, tiempo y lugar para que, de esa manera, se pueda tomar luego una determinación consciente en uno u otro sentido, pero siempre ajustada al raciocinio previo sobre cada caso concreto del acontecer humano.”²⁷⁹

Para explicar esta facultad, la compara justamente con las actuaciones humanas que deben ser tomadas en situaciones de complejidad e incertidumbre tanto frente a acontecimientos sociales como naturales, que por sí mismo conllevan a actuaciones libres que no pueden ser premeditadas. Entonces, aquella libertad en el actuar se convierte en la “(...) la nota más característica de la discrecionalidad, porque discreción es ponderación en el juicio, equilibrio de la razón, valoración de los hechos y circunstancias, capacidad analítica en la apreciación de los fenómenos. (...)”²⁸⁰

Siendo necesaria la discrecionalidad en las actividades humanas, se asume también entonces como indispensable en la actividad del Estado, otorgándole su lugar dentro del accionar administrativo²⁸¹ y a pesar de las dudas en su aplicación frente a lo reglado, su fundamento se sintetiza en dos argumentos que tienen relación con la

²⁷⁹ Gabriel de Vega Pinzón, “La discrecionalidad administrativa”, en *Temas de derecho administrativo contemporáneo*, edit. Jaime Vidal Perdomo, Viviana Díaz Perilla, Gloria Amparo Rodríguez, (Bogotá: Centro Editorial Universitario del Rosario, 2005), 146

²⁸⁰ *Ibíd.*, 147

²⁸¹ *Ibíd.*, 148

naturaleza de aquello sobre lo que se decide y en la posición de la Administración Pública como ejecutora de sus fines y garante del interés público:

Según el primer argumento, la discrecionalidad sería algo necesario, impuesto por la naturaleza de las cosas como única forma de resolver cuestiones especialmente importantes o difíciles; además, porque no todas las decisiones pueden estar integralmente determinadas por el derecho o si lo están no aparecen suficientemente claras y explícitas.

En cuanto al segundo argumento que justifica la discrecionalidad, viene a estar configurado por el papel que desempeña la administración pública en el orden constitucional como ejecutora de los fines del Estado. Dicho papel lleva consigo, indefectiblemente la necesidad de apreciar circunstancias singulares, lo mismo que estimar la oportunidad concreta del ejercicio del poder público.²⁸²

Frente a estos fundamentos, algunos sectores en pos de la *certeza jurídica*, tal vez hubiesen preferido que la ley determine con precisión los casos en que un extranjero es inelegible para acceder a una visa, al igual que las circunstancias en las que procede su revocación; pero a pesar de que estas valoraciones deben pasar por una valoración discrecional, se considera como un acierto de la Ley Orgánica de Movilidad Humana no determinarlos, porque esto podría haber generado estereotipos, discriminación, prejuicios y una imagen equivocada del *migrante ideal*; pero principalmente es un acierto, “(...) porque el legislador no puede conocer de antemano todos los motivos de oportunidad y conveniencia que pueden influir en una decisión administrativa, por lo que necesariamente ha de renunciar a determinarlos (...).”²⁸³

A criterio de María del Carmen Jácome, la “(...) existencia de potestades discrecionales otorgadas a la administración pública son indispensables para la buena marcha de la administración, toda vez que le permite apreciar cual opción es la que más conviene al interés público”²⁸⁴, siendo las razones de oportunidad y conveniencia no las que determinan las instituciones y peor aún por sus funcionarios, sino más bien, aquellas que garanticen el pleno goce de los derechos de todas las personas sin que ninguno se vea amenazado.

Velar por el interés general, “(...) constituye la sustancia de la discrecionalidad”²⁸⁵, la cual para velar los intereses tutelados²⁸⁶ debe observar las

²⁸² Gabriel de Vega Pinzón, “La discrecionalidad administrativa”, en *Temas de derecho administrativo contemporáneo*, edit. Jaime Vidal Perdomo, Viviana Díaz Perilla, Gloria Amparo Rodríguez, (Bogotá: Centro Editorial Universitario del Rosario, 2005) 173-4

²⁸³ Garrido, Palomar y Losada, *Tratado de derecho Administrativo*, 105.

²⁸⁴ Jácome, “El control judicial de la actividad discrecional de la administración pública en el Ecuador”, 24.

²⁸⁵ Sesin Domingo, “Administración pública”, 79.

²⁸⁶ *Ibíd.*, 113.

expresiones que pueden condicionar la oportunidad o conveniencia de los actos administrativos que dicte la autoridad rectora de movilidad humana.

En palabras sencillas, al no existir situaciones expresas que obliguen a la toma de una decisión, no hay certidumbre de lo que resolverá la Administración, pues tampoco hay certeza de lo que se le puede presentar para resolver y eso es lo discrecional.

Según Germán Fernández Farreres, “un sector de la doctrina española determina que la apreciación del interés público es lo que explica el fenómeno discrecional y no la libertad de elección del órgano administrativo que solo puede emitir la solución justa”²⁸⁷, pero para Juan Carlos Cassagne, esta teoría desemboca en la eliminación del núcleo de la discrecionalidad porque el concepto de interés público es ambiguo e impreciso y la reducción solo a este criterio conduce a reconocer la existencia de soluciones que solo tienen una apariencia de justicia.²⁸⁸

Cassagne al mismo tiempo manifiesta que muchas veces ese interés público es apreciado subjetivamente²⁸⁹, lo que en efecto es una realidad incuestionable, pero la libertad de apreciación no tiene por qué contraponerse con el interés general, ya que, si se observa todo el marco normativo, cualquier decisión discrecional que tome la administración será justa, si se acepta la tesis de Hobbes donde señala que “(...) no existe otro criterio de lo justo y de lo injusto que el de la ley positiva (...)”²⁹⁰, pero el peligro que se corre es que normas infra constitucionales no respeten los preceptos más altos del ordenamiento jurídico y solo tengan esa apariencia de justicia.

El fundamento de la discrecionalidad se resume entonces en la incertidumbre de los hechos que se le pueden presentar a la Administración, los cuales son imposibles sean anticipados por el legislador; y, en la valoración y protección del interés público, se configura como uno de los fines que debe cumplir el Estado.

4.2 Criterios discrecionales utilizados para negar y revocar visas

La información que se presenta a continuación fue recopilada a través de entrevistas realizadas entre los meses de junio, julio y noviembre del 2017, y enero del 2018, a 8 abogados que trabajan como funcionarios de la Coordinación Zonal 9, del

²⁸⁷ Germán Fernández Farreres, *La subvención, concepto y régimen jurídico*, (Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1983), 642.

²⁸⁸ Juan Carlos Cassagne, *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, 1ª edición, (Buenos Aires: Marcial Pons, 2009), 190-91.

²⁸⁹ *Ibíd.*, 191.

²⁹⁰ Bobbio, “Teoría General del derecho”, 44.

Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana y que pertenecen indistintamente a las Unidades de Migración y Extranjería. Con este fin se recabó documentos judiciales que son de acceso público.

La Coordinación Zonal 9, ubicada en la ciudad de Quito, es la Coordinación que más solicitudes de visa recibe en comparación con otras dependencias que funcionan en Guayaquil, Cuenca o Machala.

Se calcula que el número solicitudes que recoge, supera el promedio de 80 por día²⁹¹ y entre otros trámites resuelve: transferencia de visas, prorrogas, certificaciones, cancelaciones, revocatorias y demás relacionados.

Al existir gran demanda por parte de los extranjeros que llegan al país y especialmente a la ciudad de Quito, la Coordinación mantiene dos Unidades: la Unidad de Migración encargada de lo que tiene que ver con las residencias temporales y la Unidad de Extranjería encargada de lo propio en cuanto a las residencias permanentes. Las dos están supeditadas a una sola autoridad que es el Coordinador Zonal y este a su vez a la Dirección de Visados y Naturalizaciones, que, como órganos jerárquicamente superiores, según el Estatuto del Ministerio, son las encargadas de establecer los lineamientos para el otorgamiento o revocatoria de visas, normativas internas, instructivos y guías.

Los procedimientos administrativos que maneja la Coordinación para resolver las solicitudes y revocatorias de visa no se encontraban normados en la Ley de Extranjería ni tampoco se lo encuentran ahora en Ley Orgánica de Movilidad Humana a pesar de que uno sus considerandos estipulan la necesidad de instituirlos, y que el numeral 3, del artículo 4, indica que una de las finalidades de la Ley es establecerlos.

El procedimiento administrativo, entendido como “(...) el conjunto de trámites y formalidades que debe observar la administración al desarrollar su actividad”²⁹² es vital para la producción de actos administrativos²⁹³ y se trata de una cadena donde cada eslabón con un vínculo común e individualidad propia, ayudan a la consecución de un fin.²⁹⁴

²⁹¹ Datos proporcionados en el segundo semestre del 2017 por funcionarios que trabajan en el Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana.

²⁹² Enrique Sayagués Laso, *Tratado de Derecho Administrativo*, 3ª edición, tomo I, (Montevideo: Barreiro y Ramos, 1963), 461-62.

²⁹³ Eduardo García de Enterría, *Curso de Derecho Administrativo*, tomo II, (Madrid, Civitas, 2005), 452.

²⁹⁴ *Ibíd.*, 459.

Para Nicolás Granja Galindo, el procedimiento administrativo constituye un “(...) sistema de actos imprescindibles para expedir un acto administrativo; (...)”²⁹⁵ y para Catalina Escuin “(...) consiste en una sucesión concatenada de trámites en la que interviene una pluralidad de sujetos.”²⁹⁶

Al no haber existido un procedimiento en la Ley de Extranjería ni tampoco en la actualidad en la Ley Orgánica de Movilidad Humana que devenga en la negativa de una visa, la voluntad del Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana y más concretamente de sus Coordinaciones Zonales y entre estas la No 9, ha obedecido netamente a lineamientos internos y a la observancia del procedimiento administrativo común consagrado en el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva.²⁹⁷ Para el caso de las revocatorias, no existe ni siquiera un lineamiento cuando esta se produce por causas discrecionales.²⁹⁸

Si bien “no todo trámite administrativo configura un procedimiento propiamente dicho, ni tampoco la expedición de un acto administrativo está precedida necesariamente de un procedimiento”²⁹⁹, el Tribunal Supremo Español, estableció la importancia de su existencia al “(...) servir de garantía de los derechos individuales y de garantía de orden de la Administración y de justicia y acierto en sus resoluciones.”³⁰⁰

Como garantía de los derechos individuales, porque tiene que observar las condiciones del debido proceso; y como garantía de acierto en las resoluciones administrativas porque la configuración de la voluntad se legitima mayormente si esta precede de otros razonamientos y no de uno solo.

Bajo esta previsión, el Reglamento a la Ley Orgánica de Movilidad Humana es el instrumento que en algo intenta suplir el descuido del legislador al establecer en los artículos 25, 29 y 63, cómo debe desarrollarse el “conocimiento, gestión y terminación del trámite de solicitud de categoría migratoria”, las “consideraciones generales” para la obtención de visas de residente, y el “procedimiento para [el] otorgamiento de la

²⁹⁵ Nicolás Granja Galindo, *Fundamentos de derecho administrativo*, 5ª edición, (Quito: Editorial Jurídica del Ecuador, 2006), 374.

²⁹⁶ Catalina Escuin Palop, *Curso de Derecho Administrativo*, 3ª edición, (Valencia: Tirant lo Blanch, 2005), 224.

²⁹⁷ Ecuador, *Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva*, libro II.

²⁹⁸ Por el contrario, cuando la revocatoria de una visa se debe a faltas administrativas el artículo 24 del Reglamento a la Ley Orgánica de Movilidad Humana si define un procedimiento para estos casos.

²⁹⁹ Vidal Perdomo, *Derecho Administrativo*, 301.

³⁰⁰ España, Tribunal Supremo Español, “Sentencia”, 14 de abril de 1971, citado en Eduardo García de Enterría, *Curso de Derecho Administrativo*, tomo II, (Madrid, Civitas, 2005), 454.

condición migratoria”, pero en sí, no configuran en estricto sentido un procedimiento al no determinar cómo ha de formarse la voluntad de la Administración.

Los artículos 25, 29 y 63, se limitan a indicar lo que ya consta en la Ley: dónde el extranjero puede presentar su solicitud, quién debe resolver sobre la misma, como debe presentar los documentos, pero contra toda lógica –como ya se mencionó– permiten incluso se soliciten otros requisitos y se cumplan otras condiciones que no constan ni en la Constitución ni en la Ley. Por esta razón, el Reglamento no innovó en absoluto las prácticas que ya se venían realizando al menos 11 años atrás.

Los pasos que *de facto* se utilizan para resolver sobre las peticiones de visa, se inician –como es evidente– con la solicitud por parte del ciudadano extranjero en ejercicio de su derecho constitucional a dirigir peticiones a las autoridades, consagrado en el numeral 23 del artículo 66, y el artículo 44 de la Ley Orgánica de Movilidad Humana el cual establece que “las personas extranjeras tendrán derecho a solicitar una condición migratoria de conformidad a lo establecido en [la] Ley y su Reglamento”. Una vez ingresada la solicitud, esta recae sobre un analista jurídico el cual se encarga de la revisión completa de los expedientes; esto es, la revisión de la carpeta donde constan los documentos del extranjero. Su función es verificar el cumplimiento de los requisitos legales y recomendar al Coordinador Zonal a través de un dictamen o informe si debe concederla o negarla, pues a la final, quien decide es este último.

Para conocer los criterios discrecionales que motivan negar o revocar una visa, se recabó los razonamientos de los analistas jurídicos que trabajan en las unidades de migración y de extranjería. Los funcionarios consultados en promedio superan el año y medio en sus funciones, algunos incluso llevan más de tres años trabajando como analistas; lo que significa que con conocimiento han aplicado la derogada Ley de Extranjería y la Ley Orgánica de Movilidad Humana junto con sus respectivos Reglamentos.

Para conocer por qué se niegan o revocan las visas, no fue suficiente preguntar *¿qué criterios discrecionales utilizan?*, hacerlo hubiese dejado varios vacíos y más interrogantes, por eso, se trató –en la medida de lo posible– escarbar en la subjetividad de los funcionarios, la objetividad de los derechos, lo mandatorio de la norma y sobre todo la realidad del accionar administrativo.

En las conversaciones entabladas con los abogados³⁰¹ se buscó conocer sus puntos de vista respecto a una parte de la realidad migratoria, y en qué medida a su criterio esta ha sido desarrollada en la Ley Orgánica de Movilidad Humana. A más de conocer sus años de servicio y las actividades que realizan, se consultó que entendían por *derecho a migrar*. Ninguno de ellos se acercó siquiera a la definición dada por el artículo 43 de la Ley, y en parte mejor, porque el derecho a migrar entendido como algo que se ejerce solo de acuerdo a la normativa interna y a los instrumentos internacionales, en nada aporta si los legisladores testarudamente siguen expidiendo leyes que repiten lo mismo desde hace casi 50 años.

La definición de derecho a migrar dada por los abogados, supera en creces lo que consta en la Ley y a pesar de que se mantienen las concepciones de soberanía y reciprocidad, para algunos profesionales es entendido como “el derecho que tienen todas las personas de trasladarse o buscar otro sitio para convivir con su familia”³⁰², otros lo conciben como “el derecho a buscar una nueva calidad de vida, buscar un estatus económico y buscar una mejor vida para la familia”³⁰³; lo entienden como una reunificación familiar porque saben que la persona extranjera no viene sola, al menos trae tres o cuatro de sus miembros.³⁰⁴

Otros lo conciben como un derecho que “todos los tenemos y todos los practicamos, su fin es buscar un trabajo, un nuevo estatus social, superarse en forma educativa, superarse en definitiva.”³⁰⁵ También es entendido “como un derecho humano que [...] se encuentra basado en la facultad discrecional de los Estados donde hace falta mayor reciprocidad hacia el Ecuador.”³⁰⁶

De estas dos últimas definiciones, cabe fugazmente sugerir que el Reglamento a la Ley Orgánica de Movilidad Humana, restringe de forma infundada el acceso a las visas de trabajo, en vista de que solo reconoce al trabajo bajo relación de dependencia y desconoce la libertad de trabajo recogido en el numeral 17 del artículo 66 de la Constitución, y en la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, que ve al *trabajador por cuenta*

³⁰¹ Considerando la reciente expedición de la Ley Orgánica de Movilidad Humana en febrero del 2017 y su Reglamento en agosto del 2017, fueron necesario realizar varias entrevistas en diferentes tiempos. Las primeras se suscitaron en ese mismo año entre junio y julio y las segundas entre noviembre del 2017 y enero del 2018.

³⁰² Anónimo 1, entrevistado por el autor, junio de 2017.

³⁰³ Anónimo 2, entrevistado por el autor, junio de 2017.

³⁰⁴ Anónimo 3, entrevistado por el autor, julio de 2017.

³⁰⁵ Anónimo 4, entrevistado por el autor, julio de 2017.

³⁰⁶ Anónimo 5, entrevistado por el autor, noviembre de 2017.

propia como aquel que realiza “(...) una actividad remunerada sin tener un contrato de trabajo y [que obtiene] su subsistencia [...] trabajando normalmente solo o junto con sus familiares (...).”³⁰⁷ Además, el derecho a migrar en el Ecuador no versa sobre un asunto de reciprocidad. Guste o no, está consagrado como un derecho de todas las personas.

Continuando con la investigación, se consultó cuál era para los abogados la diferencia entre las facultades regladas y las facultades discrecionales. En este punto, haciendo una abstracción, coinciden en que las facultades regladas “(...) son las que se encuentran en la ley [...] constituyen los procedimientos a aplicar de conformidad con lo estipulado en la norma jurídica.”³⁰⁸ Sobre las facultades discrecionales indicaron que estas “(...) son los motivos que [ellos] *verían* para no conceder a una persona la visa”³⁰⁹ y constituyen “una libre valoración”³¹⁰ que en definitiva es una “libertad de actuación basada en la soberanía que tienen los estados.”³¹¹

Los abogados también coinciden en que la libertad de actuación o libre valoración se la puede encontrar en dos momentos: 1) al momento de plasmar su apreciación en los dictámenes o informes y 2) al momento en que el Coordinador Zonal basado o no en los mismos toma una decisión.³¹² Por tanto el momento discrecional se ubica en la fase de conformación del acto administrativo previo a su emisión debiendo valorar los aspectos reglados y otros elementos constitutivos para así dar lugar a un acto jurídicamente válido y oportuno.³¹³

Sobre el primer momento, se debe indicar que los dictámenes o informes constituyen actos de simple administración y consisten según el artículo 70 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva y el artículo 120 del Código Orgánico Administrativo, toda declaración unilateral de voluntad efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma indirecta, lo que significa que no generan derechos y obligaciones, pero sirven como sustento para que estos se produzcan.

Su objetivo, al amparo de las normas señaladas son facilitar elementos de opinión o juicio para la formación de la voluntad administrativa³¹⁴ previos a la emisión

³⁰⁷ ONU Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, 18 de diciembre de 1990, art. 2, h).

³⁰⁸ Anónimo 8, entrevistado por el autor, enero de 2018.

³⁰⁹ Anónimo 1, junio de 2017.

³¹⁰ Anónimo 7, entrevistado por el autor, enero de 2018.

³¹¹ Anónimo 6, entrevistado por el autor, noviembre de 2017.

³¹² Anónimo 1, junio de 2017.

³¹³ Sesin Domingo, “*Administración pública*”, 150.

³¹⁴ Ecuador, *Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva*, art. 122.

de dicha voluntad³¹⁵, pero lo que se olvidan tanto los abogados como las autoridades del Ministerio es que estos solo pueden ser emitidos por disposición expresa del ordenamiento jurídico, como parte del procedimiento³¹⁶, cuando ello sea obligatorio y bajo expresa habilitación del ordenamiento jurídico, o salvo los casos en los que exista un fundamento o conveniencia en solicitarlos.³¹⁷

La elaboración de dictámenes o informes para que el Coordinador Zonal forme su voluntad, ha sido una práctica recurrente en las Unidades de Migración y Extranjería, que más se debe a la costumbre que a un verdadero fundamento. Su pertinencia solo estaría basada en la necesidad de valorar jurídicamente en qué medida una decisión negativa puede afectar el derecho a migrar de los extranjeros, pero esto no sucede a ciencia cierta o no al menos en todos los casos.

Los actos de simple administración que producen los abogados, al no estar contenidos en ninguna norma, no son obligatorios dentro del procedimiento y por esta razón se genera discrepancias entre el criterio de los abogados y del Coordinador Zonal, teniendo presente que él no está en la obligación de considerarlos para cualquier decisión que tome. Así lo indicó uno de los profesionales de la Unidad de Extranjería, al revelar que la decisión discrecional en sí misma “depende de las autoridades superiores, donde los funcionarios de menor jerarquía se someten a sus autoridades.”³¹⁸

Otro profesional consideró que no es que los abogados se someten a sus autoridades, si no que su apreciación al no coincidir con la del Coordinador Zonal, no tiene ningún peso; pudiendo prescindir de sus informes sin mayor reparo. Para explicarlo mejor, ponía este ejemplo:

Para mi es discrecional cuando yo desde mi punto de vista creería que no se debe otorgar a alguien una visa, pero puede haber autoridades o puede haber funcionarios de cargos más altos que para ellos no signifique lo mismo y a la final la terminen otorgando o, por el contrario, que yo estime que la visa deba ser otorgada y el Coordinador, no lo considere oportuno.³¹⁹

El segundo momento discrecional, se circunscribe en el Coordinador Zonal, su apreciación puede o no basarse en aspectos jurídicos; es decir, puede o no acogerse al criterio de los abogados. Para conocer más detalles sobre este momento, los analistas jurídicos que están cerca del Coordinador dejaron en claro que los criterios de este “(...)

³¹⁵ *Ibíd.*, art. 71.

³¹⁶ Ecuador, Ecuador, *Código Orgánico Administrativo*, art. 122.

³¹⁷ Ecuador, *Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva*, art. 149.

³¹⁸ Anónimo 2, junio de 2017.

³¹⁹ Anónimo 1, junio de 2017.

no siempre se fundamentan o exteriorizan³²⁰; es decir, a diferencia de los abogados, el Coordinador no deja por escrito su postura o las condiciones que lo motivan a tomar una decisión, simplemente, no aprueba los informes de los abogados y mediante la inscripción de un sello en el expediente del extranjero niega la solicitud y posteriormente solicita que esta decisión sea comunicada, generalmente a través de un correo electrónico y sin mayores detalles.

Con tales consideraciones, los profesionales del derecho consultados, y en el tema que atañe, coinciden en que la Ley Orgánica de Movilidad Humana en ciertos estamentos y preceptos es *fidel copia de la original*³²¹ –refiriéndose a la Ley de Extranjería–, otros encuentran ligeros cambios y para los menos optimistas todo sigue siendo igual³²²; por eso, la discrecionalidad que tanto ellos como el Coordinador Zonal utilizan para negar y revocar las visas, no ha variado.

Bajo estos criterios, de la forma más unánime y categórica, los abogados que participan en el estudio de las solicitudes de visa, concuerdan que los criterios discrecionales más recurrentes utilizados por la Coordinación Zonal 9 del Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana para negarlas, se dan: 1) al momento de la valoración de los antecedentes penales; 2) al momento de valorar la acreditación de medios de vida que permitan la subsistencia del solicitante y de ser el caso de su familia; y, 3) al valorar los resultados de las entrevistas realizadas a los extranjeros, sobre todo en los casos en que su solicitud de residencia se sustenta en mantener un matrimonio o unión de hecho con una persona ecuatoriana o con un extranjero con visa de residente.³²³

El primer criterio discrecional es uno de los más evocados y el que más peso puede tener al en el análisis de las solicitudes. Su valoración no es homogénea dentro de la Coordinación Zonal porque tampoco los casos que se les presenta son idénticos, su evaluación se basa en la clase de delitos que pudieron haber cometido los extranjeros y la gravedad de sus faltas. Ante ello, para los analistas no basta solo la presentación del certificado pues necesitan conocer más detalles de la persona, incluso han llegado a solicitar todo el expediente penal para poder formar un criterio del solicitante, así como también información a INTERPOL.

³²⁰ Anónimo 7, enero de 2018.

³²¹ Anónimo 1, junio de 2017.

³²² Anónimo 8, enero de 2018.

³²³ El derecho a una residencia temporal o permanente en estos casos, está establecido en los artículos 60 y 63 de la Ley Orgánica de Movilidad Humana.

Antes de la expedición del Reglamento a la Ley Orgánica de Movilidad, la valoración de los antecedentes penales se daba solo al presentar el certificado pero ahora por mandato de este, es necesaria la realización de una entrevista; sin embargo considerando la expedición del Reglamento recién en agosto del 2017, tal criterio ha de ser manejado de manera independiente.

Rememorando el nacimiento de este requisito, se mencionó que surge de manera inconstitucional e ilegal, mediante Resolución del Consejo Consultivo de Política Migratoria en el año 2011, y debía ser solicitado solo en el caso de que el extranjero busque obtener una visa de inmigrante o residencia permanente –utilizando los términos actuales–. Hoy en día su presentación es obligatoria para obtener tanto una residencia permanente como temporal y aunque su existencia ya no es inconstitucional pues consta como requisito en una norma con rango de ley, su exigencia ha dejado abierto el debate respecto a la discriminación de la que pueden ser objeto ex presidiarios.

Sobre la acreditación de medios de vida, los abogados no tienen una base para valorarlo, al menos no desde el punto de vista financiero. ¿Cuánto verdaderamente necesita una persona para poder vivir en el Ecuador? ¿Se valora el salario que permita una subsistencia llena de comodidades o solo qué permita a la persona cumplir con sus necesidades más básicas? ¿Qué pasa si el extranjero ha migrado justamente porque sus condiciones económicas no son las mejores? ¿No se le está permitido al extranjero tener problemas económicos?³²⁴

Todas estas preguntas no pudieron ser contestadas. En algún momento se pensó que el Reglamento a Ley Orgánica de Movilidad Humana ayudaría en su valoración, pero a la final como consta en el numeral 4 del artículo 29, el Reglamento no cumplió con la función de desarrollar la Ley, sino más bien derivó a que la autoridad de movilidad humana expida un protocolo para tales efectos, según disposición del numeral 4 de su artículo 29, el cual hasta junio del 2018 no ha sido emitido; y en tal virtud, la subjetividad de la Administración es airosa.

³²⁴ España no tiene consagrado en su legislación del *derecho a migrar*, su migración es selectiva. En mayo del 2017, el Ministerio de la Presidencia de España dispuso que cualquier extranjero que busque su entrada a ese país, deberá acreditar 10% del salario mínimo interprofesional como monto diario, el cual actualmente llega a 73,50 euros, (<http://www.boe.es/boe/dias/2007/05/11/pdfs/A20390-20391.pdf>) que equivaldrían a 90 dolares aproximadamente. Habrá que ver como el Ecuador interrelaciona el requisito que demanda al extranjero demostrar medios de vida para su subsistencia, con la libre movilidad humana, sin que lo vuelva discriminatorio.

El tercer criterio discrecional que recurrentemente usa la Administración para negar las solicitudes de visa, son las apreciaciones subjetivas con las que se nutren los analistas al momento de entrevistar a los extranjeros.

Que el migrante sea entrevistado previo a que su solicitud sea aprobada o rechazada es una práctica que se viene realizando antes de la Ley Orgánica de Movilidad Humana a pesar de que recién se hace constar como condición de manera expresa en el artículo 27 de su Reglamento. El artículo dispone que: “de considerarlo necesario, la autoridad emisora de la visa podrá convocar a la persona solicitante de categoría migratoria a una entrevista con el fin de verificar la información presentada o solicitar información vinculada al trámite.”

La entrevista no se ha vuelto una condición ni un requisito para todos los trámites ni para todas las categorías migratorias, pero al tratarse de personas cuyos certificados penales muestran antecedentes, su realización se vuelve exigible. En el artículo 29 del Reglamento a la Ley, el numeral 2, dispone que en estos casos corresponde evaluar los motivos, y para ello “(...) la autoridad convocará a la persona extranjera a una entrevista en la que deberá justificar documentadamente, las razones por las que registra antecedentes penales. Concluida [...], se realizará un informe que contendrá la decisión de la autoridad de otorgar o negar la visa (...).”

Cuando las solicitudes de residencia se basan en amparo, es decir el hecho generador para acceder a una visa es mantener un matrimonio o unión de hecho con un ecuatoriano o con el titular de una categoría migratoria, la realización de la entrevista también se ha vuelto casi que exigible al tratarse de parejas que recién se han unido y que no tienen hijos.

La entrevista busca en estos casos constatar mediante un interrogatorio si la relación de pareja es verdadera o solo está sirviendo para regularizar la estadía del inmigrante en el país.

Sea que el extranjero ostente antecedentes penales, o que se dude sobre la *veracidad* de su relación de pareja o sobre cualquier otra situación que conlleve al inmigrante a ser entrevistado, los funcionarios encargados de valorar las entrevistas no precisan la forma de cómo a través de este ejercicio logran verificar la información presentada, considerando que no existen protocolos para tal fin ni bancos de preguntas previamente elaborados, quedando todo en un libre albedrío.

Al señalar los tres momentos discrecionales, los analistas de las Unidades de Migración y Extranjera son conscientes que sus posturas y el criterio que se forman

respecto a las solicitudes de visa de los extranjeros son subjetivos, dentro de los aspectos que ellos sugirieron toman en cuenta, se encuentran:

Cuadro N° 2

Crterios y aspectos discrecionales

CRITERIOS DISCRECIONALES UTILIZADO PARA NEGAR LA SOLICITUD DE VISA	ASPECTOS VALORADOS
Valoración de antecedentes penales del extranjero.	<ol style="list-style-type: none"> 1. Tipo de delito cometido. 2. Comparación de delito cometido con el Código Penal ecuatoriano.
Valoración de medios de vida del extranjero.	<ol style="list-style-type: none"> 1. Si los recursos económicos los genera en el Ecuador o el extranjero. 2. Si ostenta o no un trabajo estable. 3. Si es trabajador independiente o en relación de dependencia. 4. Remuneración mensual. 5. Número de cargas familiares.
Valoración de los resultados de las entrevistas en caso de matrimonio o unión de hecho.	<ol style="list-style-type: none"> 1. Si tienen o no tienen hijos. 2. Años de relación. 3. Concordancia en las respuestas entre el solicitante de la visa y su pareja.

Fuente: Entrevistas realizadas a los analistas jurídicos de las Unidades de Migración y Extranjería de la Coordinación Zonal 9, del Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana

Elaboración: propia

Los aspectos indicados, tampoco son homogéneos entre los analistas, pues se reveló que pueden existir distintos puntos de vista donde dos casos aparentemente iguales sean resueltos de manera distinta dependiendo del abogado que este analizando el caso o de la decisión final que tome el Coordinador Zonal.

Los abogados también están conscientes que estas prácticas pueden atentar contra el derecho de las personas a migrar, pero señalan que no son recurrentes en el día a día de la Administración. Uno de ellos junto con el encargado de administrar el Sistema de Gestión para Servicio Exterior (ESIGEX), en donde se registran las solicitudes y las visas que se emiten a los extranjeros, señaló que de “300 solicitudes de visas que se puede recibir en una semana, el mayor porcentaje de estas son aprobadas, unas cuantas se niegan porque el extranjero no cumple con los requisitos más básicos y que excepcionalmente una puede ser negada luego de una valoración discrecional.”

Ante lo expuesto, cuando se trata de rechazar las solicitudes de visa, parece cumplirse la regla de que lo discrecional es la excepción a la actividad administrativa y esto aparentemente también se confirma en el hecho de que ninguno de los analistas manifiesta haber realizado informes o participado en la revocatoria de una visa revestidos de tal facultad, pero un caso producido con una ciudadana franco-brasileña, merece ser analizado.

El 14 de agosto del 2015, la versión digital del diario ecuatoriano *El Comercio*, recogía como titular que la periodista francesa Manuela Picq está detenida en migración en Quito³²⁵, producto de su participación en las protestas en contra del régimen del entonces presidente Rafael Correa, donde aparentemente ella habría agredido a personal de la Policía Nacional.

El mismo del 14 de agosto, su visa de intercambio cultural fue revocada por el Coordinador Zonal 9 del Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, quien con Oficio No. 23. UM-CZ9-MREMH³²⁶, dirigido al Ministerio del Interior-Migración, informó: “A través de este medio cumpla en informar que, en la Unidad de Migración se registra con fecha 14 de agosto del 2015, la cancelación³²⁷ de la visa 12-VIII perteneciente a la usuaria: **LAVINAS PICQ MANUELA** de nacionalidad **Brasileña (...)**.” De tal comunicación la ciudadana extranjera nunca fue notificada, enterándose del contenido del oficio a través de redes sociales.³²⁸

Producto de este accionar, Manuela entabló una acción de protección³²⁹ en contra del Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana buscando se deje sin efecto la revocatoria de su visa y donde las partes involucradas se refieren a la discrecionalidad que el Estado ecuatoriano utilizó para tales efectos.

Sobre la acción judicial entablada, los alegatos y su desenlace final, se debe advertir que el análisis en este punto de la investigación se circunscribe netamente en la

³²⁵ Diego Bravo, “La periodista francesa Manuela Picq está detenida en Migración en Quito”, *El Comercio*, versión digital, 14 de agosto de 2015, <http://www.elcomercio.com/actualidad/manuelapicq-periodista-migracion-quito-detenida.html>

³²⁶ Anexo 1.

³²⁷ El término correcto empleado por la Ley de Extranjería era *revocatoria*.

³²⁸ Agencia Andes, “Confirman cancelación de visa a Manuela Picq, compañera sentimental de Carlos Pérez Guartambel”, *ecuadorinmediato.com*, 14 de agosto de 2015, http://www.ecuadorinmediato.com/index.php?module=Noticias&func=news_user_view&id=2818786622

³²⁹ La acción de protección en el Ecuador es una garantía jurisdiccional que tiene por objeto el amparo de los derechos reconocidos por la Constitución. Su definición y alcance están recogidos en el artículo 88 de la misma Constitución. Su objeto, requisitos, procedencia e improcedencia constan en los artículos 39, 40 y 41 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, la cual fue publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 52, del 22 de octubre del 2009.

facultad discrecional³³⁰, es decir, se valora los argumentos solo desde este aspecto, dejando para el final la valoración de sí el acto administrativo que anuló su visa fue legítimo o atentatorio a algún derecho de Manuela.³³¹

En el Acta de Audiencia de Acción de Protección Judicial³³², dada en Quito, el 20 de agosto del 2015, Picq y su defensa alegaron que la *cancelación* de la visa se realizó sin un debido proceso, que la Resolución emitida por el Coordinador Zonal 9, carece de motivación, y que nunca le fue notificada, lo cual impidió que ejerza su derecho a la defensa y por tanto más que un acto discrecional es un acto arbitrario.

Ante estos argumentos, el Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, junto con la Procuraduría General del Estado³³³ los replicaron arguyendo:

(...) el Ecuador es un estado de derecho, el principio de legalidad está compuesta de la facultad discrecional y la facultad reglamentaria, no se puede reglamentar la discrecionalidad del estado, el art. 5 ley de extranjería establece que en lo relacionado a la cancelación de visas queda a discreción del estado, principio de soberanía del estado [...] la decisión de revocatoria de visa, es proveniente de la aplicación irrestricta de la ley, en base a la facultad soberana y discrecional que la Función Ejecutiva ostenta, consecuentemente dicha aplicación no puede ni debe ser interpretada como violación de derechos constitucionales. (sic)³³⁴

De manera adicional, al amparo del artículo 5 de la Ley de Extranjería, señalaron: (...) la discrecionalidad no es arbitrariedad es aplicación del principio de legalidad, permanece la facultad discrecional que es lo que opera motivo por el cual se ha revocado la visa de Manuela. (sic)³³⁵

La jueza encargada de resolver el caso, en la Sentencia de Acción de Protección del 24 de agosto del 2015, sobre la acción discrecional en la revocatoria de visa, argumentó:

El artículo 83 numeral 1 [de la Constitución] dispone como deberes y responsabilidades [...] “ACATAR Y CUMPLIR LA CONSTITUCIÓN, LA LEY Y LAS DECISIONES LEGITIMAS DE AUTORIDAD COMPETENTE”. Es decir, los Estados soberanos, entre ellos el Ecuador, establecen su política migratoria y emiten las leyes correspondientes, en el caso la Ley de Extranjería de la cual se determina que la

³³⁰ No obstante, se aconseja el estudio del proceso para valorar los argumentos con los que la jueza decidió que la acción de protección no era procedente, que no hubo violación a ningún derecho de Manuela y que en consecuencia la anulación de su visa era legítima.

³³¹ Tal valoración consta en el último capítulo de este trabajo

³³² Ecuador Unidad Judicial Tercera de la Familia Mujer, Niñez y Adolescencia, Acta de audiencia de acción de protección judicial, en *Causa No: 2015-12020-C.C.*, Quito 20 de agosto de 2015.

³³³ Por mandato del artículo 237 de la Constitución del Ecuador, a la Procuraduría General del Estado le corresponde, entre otras, la representación judicial del Estado y sus instituciones.

³³⁴ Ecuador Unidad Judicial Tercera de la Familia Mujer, Niñez y Adolescencia, Acta de audiencia de acción de protección judicial, en *Causa No: 2015-12020-C.C.*

³³⁵ *Ibíd.*

revocatoria de una visa, cualesquiera fuera esta, es efectivamente una potestad Estatal sin que esto implique una discriminación (...).

(...) de los hechos alegados por la accionante no se desprende violación de los derechos constitucionales al debido proceso, a la seguridad jurídica y a la igualdad, de lo que se determina adicionalmente que la alegación del acto impugnado no es ilegítimo ni ilegal es improcedente en virtud de que se habría actuado en aplicación de los preceptos legales y por ende de la seguridad jurídica por parte de las entidades accionadas.³³⁶

La defensa del Estado, cuya tesis fue aceptada en sentencia, no consideró que la discrecionalidad no puede operar por sí misma pues no existe discrecionalidad pura.³³⁷ Actuar de manera discrecional no significa decidir a libre albedrío, peor todavía invocarla sin ningún otro supuesto de hecho.

La Coordinación Zonal 9, en el caso de Picq desnaturalizó la discrecionalidad volviéndola la razón de ser de su actuación. La medida tomada en su nombre debía considerar una cuestión real, valorar esa cuestión, ponerla en contexto con el ordenamiento jurídico y recién ahí exteriorizarla, por tanto, aquí no existe ningún fundamento discrecional pues no se ha observado la situación de hecho ante la que se dictará el acto, o cual es el acto que se dictará ante una situación de hecho³³⁸ no hay motivo expreso para tal decisión en otras palabras.

Decir que un acto es discrecional por indicar que se aplicó un artículo donde se permite tal facultad, no lo vuelve discrecional. En este caso *no hay criterio discrecional* como si sucede en las negativas de visa. Al no existir este criterio, el acto de su revocatoria más bien se circunscribe en un acto arbitrario ya que no existe motivo alguno para la toma de tal decisión; y más allá que en sentencia no se lo consideró como tal, la diferencia entre discrecionalidad y arbitrariedad dista mucho, lo cual se analizará en el último capítulo de esta investigación.

No obstante que en la negativa de visas como en la revocatoria, la discrecionalidad puede operar excepcionalmente, el problema no radica en que esta opere o no, sino que pueda ser mal aplicada y en consecuencia vulnere los derechos de los extranjeros, y sobre todo su derecho constitucional a migrar.

La Ley Orgánica de Movilidad Humana ante casos como el de Manuela, nada

³³⁶ Ecuador Unidad Judicial Tercera de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, “Sentencia”, en *proceso No: 17203-2015-12020*, Quito 24 de agosto del 2015.

³³⁷ Juan Carlos Benalcázar Guerrón, *Derecho Procesal Administrativo Ecuatoriano: Jurisprudencia, dogmática y doctrina*, (Quito: Abya-Yala, 2007). 66.

³³⁸ Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo V, IADA-VI-2, www.gordillo.com/pdf_tomo5/01/01-capitulo6.pdf.

nuevo expone. Aunque para algunos entendidos³³⁹, su caso marco un antes y un después lo que originó que la Ley de la materia ahora si recoja que en todos los actos donde se decida sobre el otorgamiento de visas o sobre su revocatoria deben ser motivados, pero este argumento solo confirmaría que tanto discrecionalidad como el principio de legalidad nunca le fueron aplicados.

Antes de pasar la página al capítulo final, resulta pertinente recapitular que las facultades administrativas surgen a través de mandatos expresos de las normas jurídicas y de manera primigenia de la Constitución y la ley, las cuales permiten a una autoridad estatal tomar una postura y decidir respecto a un hecho determinado.

Esa capacidad de decisión conocida como competencia, si bien se deriva directamente de las dos normas arriba mencionadas, no puede desconocer u obviar todo el escenario normativo ni tampoco asumir a primera vista su coherencia con la Norma Suprema. Esto significa que el principio de legalidad o juridicidad solo puede ser ejercido de manera correcta si existe armonía en las normas de menor jerarquía frente a la Constitución y de no existir tal supuesto se deberá asumir el reto que conlleva la aplicación directa de los derechos y de los principios constitucionales.

Gran parte de las facultades regladas de la Ley Orgánica de Movilidad Humana, en lo que concierne a los permisos de residencia, son arrastradas hacia la discrecionalidad porque en fecho el aparato legislativo si bien ha puesto condiciones para que los extranjeros puedan acceder a los permisos de residencia no puede anticiparse a las situaciones que eberá resolver la autoridad administrativa pero esta última deberá tomar muy en cuenta cual es fundamento para el ejercicio de dicha facultad, lo cual se entra a valorar a continuación

³³⁹ Anónimo 3, julio de 2017.

Capítulo tercero

Criterios para garantizar el derecho a migrar

Observando las bases doctrinales del primer capítulo sumado a la realidad administrativa expuesta en el segundo, en este punto se aprecia, si los criterios discrecionales utilizados por la Administración para negar o revocar las visas de los ciudadanos extranjeros guardan armonía con los preceptos que la jurisprudencia y la doctrina reiteradamente han expuesto sobre la protección del derecho a migrar, llegando a establecer los criterios que deben incurrir para precautelar este derecho frente a la discrecionalidad.

1. Aplicación de principios constitucionales y desarrollo normativo

La Constitución como Norma Suprema debe prevalecer sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico, su primer lugar dentro del orden jerárquico de aplicación normativa es un mandato básico a cumplir, sin embargo, la aplicación de sus principios, y a veces incluso de sus disposiciones, se vuelve utopía en un Estado constitucional de derechos y justicia como el ecuatoriano, donde los órganos legislativos, administrativos y los propios jueces se han acostumbrado y limitado solo a la aplicación de la ley.

El paradigma de la aplicación inmediata y directa de los derechos reconocidos en la Constitución por parte de los servidores públicos administrativos y judiciales, no ha logrado posicionarse en temas de movilidad humana, esto se demuestra en la aplicación casi irrestricta que tuvo la derogada Ley de Extranjería, que a pesar de ser una norma no adaptada al derecho a migrar, su aplicación fue casi total, desconociendo el principio de que todos los derechos son justiciables y que la falta de normativa no es pretexto para justificar su violación o desconocimiento.

Con la expedición de la Ley Orgánica de Movilidad Humana parecía que el derecho a migrar por fin tendría un adecuado desarrollo normativo que permita su protección, interponiendo deberes a los poderes públicos y facilitando su amparo ante

los órganos jurisdiccionales³⁴⁰; no obstante, el desarrollo normativo está anclando también al desarrollo de los principios y si estos no son observados, no existe como tal.

La actual ley migratoria era la llamada a desarrollar varios principios en pro de la libre movilidad humana, especialmente el de igualdad y no discriminación³⁴¹; no obstante, esta se limitó a definirlos y no precisó los medios para su efectivo cumplimiento; y si bien, estas definiciones pueden ser consideradas ya un avance, los criterios que utiliza no terminan de aterrizar en supuestos de hecho que obliguen a la Administración a tomar medidas encaminadas a su consecución.

La libre movilidad humana como principio definido en la Ley se muestra como el reconocimiento político jurídico del ejercicio de la ciudadanía universal, consiste en reconocer la potestad del ser humano para movilizarse por todo el planeta junto a sus derechos humanos, independientemente de su condición migratoria.³⁴² Tal reconocimiento, implica el amparo del Estado a la movilización de cualquier persona, familia o grupo humano, con la intención de circular y permanecer en el lugar de destino de manera temporal o definitiva.³⁴³

De esta definición, una vez revisada la Ley Orgánica de Movilidad Humana, se puede concluir que la misma no establece el nexo causal necesario para permitir su cumplimiento y por ende la protección del derecho a migrar de los extranjeros.

Incluso, si se analiza el Capítulo III que se refiere a las personas extranjeras en el Ecuador, se pueden encontrar ciertas contradicciones como las descubiertas por el Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares de la ONU, el cual, luego de examinar el informe periódico del Ecuador, el 11 de septiembre del 2017, en su sesión 371^a, mostró serias preocupaciones en torno a la libre movilidad, llegando inclusive a recomendar al Ecuador el inicio de un proceso participativo con miras a reformar la Ley Orgánica de Movilidad Humana, así como su Reglamento de acuerdo a los parámetros constitucionales y los instrumentos internacionales de derechos humanos.³⁴⁴ Las preocupaciones del Comité fueron respecto a lo siguiente:

³⁴⁰ Peces, “Las declaraciones de derechos y su efectividad respecto de los inmigrantes”, 281.

³⁴¹ Ecuador, *Ley Orgánica de Movilidad Humana*, art. 2.

³⁴² *Ibíd.*

³⁴³ *Ibíd.*

³⁴⁴ ONU Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familias, “*Observaciones finales sobre el tercer informe periódico del Ecuador*”, 5 de octubre de 2017, http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CMW%2fC%2fECU%2fCO%2f3&Lang=en

(...) a pesar del reconocimiento específico que ha hecho la Constitución [del Ecuador] de la igualdad de derechos y obligaciones entre personas ecuatorianas y de otra nacionalidad (art. 9), y del principio de no discriminación por origen nacional, condición migratoria y pasado judicial (art. 11, párr. 2), la Ley Orgánica de Movilidad Humana incluye un tratamiento hacia la población de otro origen nacional que no está acorde a estos principios y que genera trato discriminatorio. El Comité está preocupado por:

a) El hecho de que se define como persona extranjera exclusivamente a quien “se encuentra en el territorio en condición migratoria de visitante temporal o residente” (art. 42), lo cual puede llevar a interpretaciones restrictivas en el ejercicio de derechos;

b) La Ley (art. 3, párr. 1) parecería limitar el término “condición migratoria” solo a quienes se encuentran en situación regular, de tal manera que restringe el principio constitucional de no discriminación por condición migratoria, excluyendo a quienes se encuentran en situación migratoria irregular; [...].³⁴⁵

De lo expuesto se confirma que más allá de reconocer a la migración como un derecho, solo la aplicación efectiva de los principios de igualdad y no discriminación, sumado a un adecuado desarrollo normativo, habría ayudado a que la ley migratoria establezca medios eficaces para impedir la discriminación hacia las personas extranjeras, evitando se las encasille en categorías, volviendo la mirada a una migración selectiva como la de los setenta donde no todas las personas encajan. Se podría haber impedido también que el Estado ecuatoriano llegue a solicitar el *abandono voluntario del extranjero del país*³⁴⁶ cuando este no ha podido encasillarse en ninguna de las categorías que establece la Ley.

De observarse estos principios, tampoco se hubiese consentido que tanto Ley como Reglamento soliciten para acceder a una visa *la acreditación de medios de vida que permitan la subsistencia del extranjero y su familia*³⁴⁷, lo cual sin duda puede tornarse discriminatorio considerando que la mayoría de las personas que se atreven a migrar lo hacen porque en sus países las condiciones financieras para subsistir no son las mejores, conllevándolas a la búsqueda de mejores oportunidades y condiciones de vida³⁴⁸, por lo que, cumplir con este requisito se puede tornar complicado; y si a esto se suma la incertidumbre que tiene la Administración al momento de valorarlo, la libre movilidad puede verse mermada.³⁴⁹

³⁴⁵ ONU Comité de Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familias, “*Observaciones finales sobre el tercer informe periódico del Ecuador*”, 5 de octubre de 2017, párr. 18, http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CMW%2fC%2fECU%2fCO%2f3&Lang=en

³⁴⁶ Ecuador, *Reglamento a la Ley Orgánica de Movilidad Humana*, art. 15.

³⁴⁷ *Ibid.*, arts.: 61 y 64 n.º 5.

³⁴⁸ Castillo, “Migración y derechos humanos”, 189.

³⁴⁹ A pesar de no ser un tema de este estudio, es relevante poner como ejemplo el caso de los solicitantes de refugio que huyen de sus países por el peligro que corre su integridad y la de sus familias, donde en la

El principio de igualdad sumado con el de no discriminación, deben traducirse en la igualdad de derechos, deberes y oportunidades, procurando la menor diferencia posible entre ecuatorianos y extranjeros.

En lo que concierne a la igualdad de derechos, la Ley de movilidad humana indica en su Sección I, solo diez a favor de los foráneos, casi transcribiendo los que constan en la Constitución, situación permitida si el objetivo hubiese sido enfatizar en ellos pero innecesaria si se entendería que tanto nacionales como no nacionales gozan y están obligados a cumplir los mismos preceptos normativos.

Con excepción de algunos derechos políticos, los derechos en el Ecuador no distinguen entre nacionales y no nacionales pero la Ley de movilidad humana continúa permitiendo se den algunas diferencias. Por ejemplo, la Ley obliga a los extranjeros a obtener un seguro de salud³⁵⁰, a pesar de que la atención en salud está garantizada en los establecimientos estatales de manera universal y gratuita; y aunque este derecho se entiende está extendido a los extranjeros, es clara la discriminación cuando existe la amenaza de que si el seguro no es obtenido, el extranjero puede perder su estadía regular en el país.³⁵¹

El derecho a la igualdad debe ser visto desde sus dimensiones: formal, y material³⁵². La igualdad en su extensión formal según la Corte Constitucional del Ecuador radica en el hecho de que las normas jurídicas deben ser aplicadas a todas las personas sin distinción de ninguna clase; es decir, tanto privilegios como cargas (deberes) deben ser repartidos entre los sujetos de derechos constitucionales;³⁵³ mientras que la igualdad material se refiere a un análisis de la persona en busca de una igualdad real y va dirigida hacia aquellas que se hallan en situación de desigualdad³⁵⁴ evitando su discriminación.

Pese a los conceptos de igualdad dados por la Corte Constitucional entre 2014 y 2015, la Ley Orgánica de Movilidad Humana expedida en el 2017, limita a los

gran mayoría de casos no perciben ningún recurso para subsistir y de negárseles la condición de refugiado, no podrían acceder a cualquier otra visa pues no tendrían ninguna forma de acreditar medios de vida para su subsistencia.

³⁵⁰ Ecuador, *Ley Orgánica de Movilidad Humana*, art. 53.

³⁵¹ Ecuador, *Reglamento a la Ley Orgánica de Movilidad Humana*, art. 30.

³⁵² Ecuador, *Constitución de la República*, art. 66 n° 4.

³⁵³ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia No. 010-14-SEP-CC”, en *Caso No: 1250-11-EP*, 15 de enero de 2014, http://portal.corteconstitucional.gob.ec/Raiz/2014/010-14-SEP-CC/REL_SENTENCIA_010-14-SEP-CC.pdf

³⁵⁴ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia No. 050-15-SIN-CC”, en *Caso No. 0035-11-IN*, 30 de septiembre de 2015, <https://www.corteconstitucional.gob.ec/sentencias/relatoria/relatoria/fichas/050-15-SIN-CC.pdf>

inmigrantes a desarrollar solo ciertas actividades para justificar su estadía en el país, postulado que no es consecuente con el derecho al libre desarrollo de la personalidad pues desconoce al ser humano en sus múltiples facetas. Exigir tales circunstancias tampoco se adapta con el derecho a la igualdad de oportunidades; más bien, hace una segregación con respecto a los ecuatorianos, lo que lo vuelve discriminatorio³⁵⁵, anulando por completo otro de los derechos de libertad como es el de la libertad de trabajo.³⁵⁶

Aplicar los principios constitucionales y demás disposiciones, constituye la piedra angular de un Estado que busca el pleno ejercicio de los derechos. Solo de esta manera se puede lograr su desarrollo, que como único objetivo debe buscar garantizarlos y lograr su goce de manera efectiva, en concordancia con el interés general.

Una Ley Orgánica como la de Movilidad Humana no puede tener solo por objeto regular el ejercicio de los derechos olvidándose de su verdadera evolución, pues recoger lo expuesto por normas del siglo pasado sin tomar en cuenta los principios constitucionales, en lo absoluto se puede considerar un avance normativo.

Si se observaran a conciencia los principios, sus disposiciones y el derecho en su conjunto, no habría necesidad de diferenciar entre nacionales y no nacionales, logrando así el fin de la condición de extranjero. La Constitución ecuatoriana es muy generosa y conducente en lograr este objetivo, pero las normas de menor jerarquía se empeñan a mantener diferencias sin ninguna justificación razonable.

Que el derecho a migrar y sus principios no hayan sido desarrollados, puede tener una explicación, que desde la generalidad, se debe principalmente a los prejuicios que se tiene frente a lo extraño.

Por más que la migración este consagrada como un derecho, sigue siendo difícil legislar y actuar de manera coherente si se continúa percibiendo a los extranjeros como “los intrusos que invaden el espacio de los nacionales.”³⁵⁷ Los inmigrantes comienzan a ocupar plazas laborales, desarrollar su vida de manera cotidiana y su presencia no pasa

³⁵⁵ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia No. 037-13-SCN-CC”, en *Caso No: 0007-11-CN*, 11 de junio de 2013, <https://www.corteconstitucional.gob.ec/sentencias/relatoria/relatoria/fichas/037-13-SCN-CC.pdf>

³⁵⁶ Que los extranjeros deban cumplir con determinados requisitos para el ejercicio profesional o para el ejercicio de determinado arte u oficio tales como la homologación de títulos o la certificación de competencias, se consideran requisitos legítimos no atentatorios a la libertad de trabajo.

³⁵⁷ Judith Salgado, “Discriminación, racismo y xenofobia”, *Revista aportes andinos*, No. 7, (2003): 5, http://www.flacsoandes.edu.ec/web/imagesFTP/6549.Discriminacion_racismo_y_xenofobia_Judith_Salgado.pdf

inadvertida, volviéndose en ciertos casos molesta y relacionandolos “a determinadas problemáticas como la delincuencia, la inseguridad, la ilegalidad, la falta de integración a la cultura `nacional`, a la reducción de fuentes de trabajo para la ciudadanía local, etc.”³⁵⁸

El país de la *libre movilidad humana* no es ajeno a esta realidad que es mundial, aunque resulte “triste por decir lo menos que en los inicios del tercer milenio todavía [se siga] hablando de discriminación, racismo y xenofobia”³⁵⁹, esto puede llegar incluso a la estigmatización de la presencia de extranjeros, con actitudes que van desde el *simple* rechazo hasta la hostilidad o el odio hacia ellos.³⁶⁰

Estas situaciones se vuelven más notorias cuando los foraneos se ven envueltos en delitos como los acaecidos en la frontera norte con grupos desidentes de la guerrilla de las FARC que secuestraron y mataron a tres periodistas ecuatorianos; o el sucedido el 3 de mayo del 2018, en la ciudad de Ambato, donde un ciudadano aparentemente venezolano asesinó a sangre fría a un taxista.³⁶¹

Aquel suceso generó no solo el *repudio* hacia el crimen sino también hacia los extranjeros, en especial hacia los venezolanos, considerando la nacionalidad del agresor.

Una semana después del triste evento, el 9 de mayo del 2018, diario La Hora cubría en su página web la marcha ciudadana que se dio como muestra de solidaridad hacia el fallecido. El titular señalaba: “Marcha [...] rechazó a extranjeros en Ambato.”³⁶²

En el desarrollo de esta información, el portal narra los hechos y los pedidos desde la ciudadanía, de esta forma:

- (...) miles de taxistas y ciudadanos salieron [...] a las calles para exigir a las autoridades que se aplique la máxima sanción penal al responsable, que se controle a las personas extranjeras y que se refuerce la seguridad ciudadana.
- La concentración estuvo prevista en la avenida Cevallos y Unidad Nacional, en este punto se congregaron personas de diferentes sectores quienes vistiendo prendas blancas y portando pancartas empezaron a caminar sin dejar de gritar a viva voz “queremos justicia” y “fuera extranjeros”.

³⁵⁸ Fredy Rivera Vélez, “Migrantes y racismo en América Latina: dimensiones ocultas de realidades complejas”, 04 de junio de 2001, <https://www.cepal.org/mujer/publicaciones/sinsigla/xml/8/6828/migrantes.PDF>

³⁵⁹ *Ibíd.*

³⁶⁰ *Ibíd.*

³⁶¹ Wilson Pinto, “Taxista muere tras ser atacado por sujeto en Ambato”, *El Universo*, versión digital, 03 de mayo de 2018, <https://www.eluniverso.com/noticias/2018/05/03/nota/6743141/taxista-muere-tras-ser-atacado-sujeto-ambato>

³⁶² La Hora, “Marcha de solidaridad rechazó a extranjeros en Ambato”, *Diario La Hora*, versión digital, 09 de mayo del 2018, <https://lahora.com.ec/loja/noticia/1102155390/marcha-de-solidaridad-rechazo-a-extranjeros-en-ambato>

- Todo esto se daba en el despacho de la Gobernación, mientras en los exteriores los manifestantes no dejaban de repetir consignas para que los extranjeros, especialmente venezolanos, sean expulsados del país tras calificarlos como delincuentes.³⁶³

Tales manifestaciones trascendieron y escalaron hacia la esfera de lo legislativo, dando lugar a que assembleístas por Tungurahua como Ana Galarza propongan el endurecimiento de las políticas migratorias³⁶⁴; o el pedido realizado ante el Pleno de la Asamblea Nacional por la assembleísta Lira Villalba del 10 de mayo del 2018, quien solicitó se declare prioritario el tratamiento de reformar la Ley de Movilidad Humana, sobre el ingreso de ciudadanos extranjeros al país.³⁶⁵

Aquellas posturas motivaron el pronunciamiento por parte de la Defensora del Pueblo del Ecuador³⁶⁶ Gina Benavides, quien en un comunicado publicado en la página web de la institución el 12 de mayo del 2018, se pronunció de la siguiente manera:

La Defensoría del Pueblo del Ecuador, como la Institución Nacional de Derechos Humanos encargada de la protección y promoción de los derechos de las personas habitantes del país, ante diversas manifestaciones que han pretendido relacionar actos delictivos o violentos con personas en situación de movilidad, tales como la propuesta de la Assembleísta Ana Galarza que exige el endurecimiento de las políticas migratorias como solución a estas problemáticas, y los distintos pronunciamientos que, a raíz de la situación en frontera norte, han alimentado una concepción de seguridad que restringe el pleno ejercicio de derechos de personas de otro origen nacional, señala lo siguiente:

Los actos lamentables ocurridos en la ciudad de Ambato o en la frontera norte del Ecuador requieren respuestas integrales tanto desde la prevención, así como desde la actuación de los órganos de justicia responsables de investigar y sancionar este tipo de delitos. Cuestión que se debe realizar en apego irrestricto a los derechos humanos, y bajo ninguna consideración mediante la implementación de políticas o acciones que atenten contra las personas en función de su identidad nacional o condición migratoria, tal como lo sucedido la noche del 10 de mayo [...] en la ciudad de Quito con un operativo realizado por la Policía de Migración que tuvo como consecuencia la privación de libertad temporal de aproximadamente 180 personas de otro origen nacional.

Vincular la presencia de personas de otras nacionalidades con el incremento de la inseguridad resulta a todas luces discriminatorio y xenófobo y contradice el artículo 11 numeral 2 de la Constitución de la República que establece como principio fundamental la igualdad y proscribida la discriminación, en particular, cuando se fundamenta en el lugar de nacimiento o la condición migratoria de las personas y su pasado judicial.

³⁶³ *Ibíd.*

³⁶⁴ Diego Puento, “Defensora del Pueblo califica de xenófobo vincular la presencia de extranjeros con la inseguridad”, *El Comercio*, versión digital, 14 de mayo del 2018, <http://www.elcomercio.com/actualidad/defensoradelpueblo-xenofobia-extranjeros-inseguridad-ecuador.html>

³⁶⁵ Fragmento recogido de la cuenta de twitter @liradelapaz, perteneciente a la assembleísta Lira Villalba cuyo tweet fue enviado el 10 de mayo del 2018, <https://twitter.com/liradelapaz/status/994652763081625601>

³⁶⁶ La Defensoría del Pueblo es una institución creada por la Constitución cuyas funciones se centran en la protección y tutela de los derechos sus habitantes. Sus atribuciones se hallan establecidas en el artículo 215 de la Constitución.

También contradice el artículo 9 de la Constitución de la República que determina que las personas extranjeras que se encuentren en el territorio ecuatoriano gozarán de los mismos derechos que las personas ecuatorianas.

Adicionalmente, el Ecuador estaría incumpliendo instrumentos internacionales de importancia como la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares e incluso recomendaciones específicas que el órgano internacional encargado de su vigilancia hizo al Estado ecuatoriano. Este comité en 2017 señaló: “El Comité recomienda al Estado parte, adopte todas las medidas necesarias, incluidas reformas legislativas, para asegurar a todos los trabajadores migratorios y sus familiares —tanto documentados como indocumentados— que se hallen dentro de su territorio o sometidos a su jurisdicción, el goce, sin discriminación, de los derechos reconocidos por la Convención”.

Finalmente, debemos recordar que el vínculo entre políticas de seguridad con movilidad humana no puede enmarcarse en una concepción que sobreponga un criterio sesgado de seguridad por encima del ejercicio de derechos. Nuestra Constitución ha sido clara al apartarse de la noción clásica de seguridad, para dar paso a una concepción de seguridad humana que bajo ningún precepto se fundamenta en la limitación de derechos a un grupo social. De manera específica el artículo 393 determina que:

“El Estado garantizará la seguridad humana a través de políticas y acciones integradas, para asegurar la convivencia pacífica de las personas, promover una cultura de paz y prevenir las formas de violencia y discriminación y la comisión de infracciones y delitos.”

Con lo dicho, la Defensoría del Pueblo del Ecuador exhorta a las autoridades del Estado y a la Asamblea Nacional en particular para que en el ejercicio de sus atribuciones evite la adopción de medidas que puedan promover discriminación y xenofobia, y por el contrario se generen políticas acordes a estándares internacionales y constitucionales de derechos humanos. Igualmente, exhorta a todas las autoridades del Estado encargadas de la seguridad en frontera norte, lo hagan en apego a las normas y estándares de derechos humanos que promueven el respeto de la población de la zona y que cualquier intervención no se fundamente en criterios discriminatorios. También, hace un llamado a toda autoridad para que no relacione actos delictivos que deben ser procesados por las autoridades competentes con la presencia de personas de diverso origen nacional en el país. Finalmente, solicita a las autoridades que se abstengan de realizar operativos migratorios que tengan como finalidad la detención de personas de otro origen nacional en función de su condición migratoria u origen nacional.³⁶⁷

Lo *dicho* por Gina corresponde al universo ideal y a la correcta concepción de la libre movilidad humana encaminada al desarrollo de la norma constitucional. Notese que el fundamento de su criterio versa exactamente sobre aquella, demostrando que lo primero que debe observarse son los principios. Por otro lado, el pronunciamiento de la Defensora del Pueblo concuerda con el pensar de José María Seara Ruiz, quien considera que hay que separar seguridad e inmigración ya que los migrantes “no puede[n] convertirse en el chivo expiatorio de una inseguridad que tiene múltiples

³⁶⁷ Gina Benavides, “Pronunciamiento de la Defensoría del Pueblo del Ecuador frente a medidas que atentan contra los derechos humanos de personas en movilidad”, *Defensoría del Pueblo del Ecuador*, 12 de mayo del 2018, <http://www.dpe.gob.ec/pronunciamiento-de-la-defensoria-del-pueblo-del-ecuador-frente-a-medidas-que-atentan-contra-los-derechos-humanos-de-personas-en-movilidad/>

causas. Sería totalmente injusto estigmatizar/criminalizar a todos los inmigrantes por las acciones delictivas de alguno de ellos”³⁶⁸, es su criterio. Además, argumenta que:

No existe una relación de causa y efecto entre el fenómeno migratorio y el aumento de los delitos, pero si la vinculación entre el crecimiento de la criminalidad y la existencia de un segmento de inmigrantes irregulares que actúan al margen de la Ley. No obstante, la relación entre incremento de la delincuencia e inmigración debe apoyarse en hechos contrastados y factores causales identificados, y no en meras percepciones subjetivas.³⁶⁹

Este extracto, se podría interpretar en el hecho de que siempre van existir grupos humanos que actúen por fuera de la ley pero también se lo puede asumir como la tendencia de extranjeros que sobrepasan las fronteras sin cumplir con los procedimientos en los puntos de control migratorio oficiales. La criminalidad entonces podría relacionarse con estos grupos que de *entrada* violentan el marco normativo ingresando al país de manera irregular. Un ejemplo podría ser el mismo caso del ciudadano venezolano que asesinó al taxista, el cual no contaba con el respectivo registro de entrada al Ecuador³⁷⁰ lo que dificultó incluso su identificación.

La irregularidad entonces puede verse estigmatizada, pero al menos, si el Ecuador se presenta ante el mundo como un país de puertas abiertas, lo menos que debe exigir es el cumplimiento de los registros migratorios, donde la constancia de entrada y salida debe ser indispensable.

Para cerrar este punto cabe anotar, que la aplicación de los principios constitucionales en pro de la libre movilidad y su necesario desarrollo normativo se contrasta ante una realidad innegable, que de por sí, tiende al rechazo de los extranjeros, ya sea por el simple hecho de ser extraños o por cuestiones puntuales que provocan un *desprecio* a su permanencia.

2. Límites a la facultad discrecional

Limitar las potestades discrecionales parecería ser contradictorio tomando en cuenta que la característica principal de esta facultad radica en la libertad de acción y elección; sin embargo, cuando esa libertad corre el riesgo de seguir siendo concebida de una manera absoluta o no es enteramente entendida, es meritorio establecer sus límites en procura del respeto al derecho a migrar.

³⁶⁸ José María Seara Ruiz, *La inmigración un fenómeno universal*, (Madrid: Dykinson, 2010), 34.

³⁶⁹ *Ibíd.*, 33.

³⁷⁰ La Hora, “Marcha de solidaridad rechazó a extranjeros en Ambato”.

La facultad discrecional sumada al concepto de soberanía que intensamente es resaltado en la Ley, debe dejar de ser vista como una potestad totalmente libre no sujeta a ninguna regla; es decir, libre de cualquier regulación.

Según la doctrina, los elementos que limitan a la Administración a actuar con entera libertad al momento de tomar decisiones son: la conexión con la norma o cumplimiento del ordenamiento legal, el fin perseguido por la ley que regula o desarrolla determinada materia y los criterios del debido proceso.³⁷¹

A estas razones, también deberá sumarse el interés general, como único criterio legítimo para interponer restricciones a los derechos. Temas que serán desarrollados a continuación.

2.1 Cumplimiento del ordenamiento legal

El cumplimiento del ordenamiento legal, se considera el principal límite a las facultades discrecionales porque obliga a la Administración a actuar según lo establecido en las normas.

Su fundamento como límite, radica en el deber de observar el conjunto normativo con el objeto de dilucidar las antinomias e incluso los descuidos del legislador, cuando este, sin observar el derecho en su conjunto, legisla a través de disposiciones regresivas a los derechos y/o contrarias a la Constitución.

Su importancia se basa en el proceso que conlleva “(...) examinar la primacía del ordenamiento en el marco de la jerarquía normativa y las materias más o menos intensamente vinculadas, para saber en qué ámbitos se mueve normalmente la discrecionalidad y cuál es su capacidad de crecimiento o restricción.”³⁷²

Este limitante ajusta los actos administrativos a la juridicidad, es decir, por más libertad de actuación que permita la ley, esta no puede ser directamente aplicada sin antes realizar un proceso racional de ecuación³⁷³ entre normas superiores e inferiores que denoten el verdadero alcance de esa libertad.

En distintas palabras, puede ser un riesgo para los derechos de los administrados que la Función Administrativa aplique solo la *ley de la materia* asumiendo su

³⁷¹ Marco Morales Tobar, *Manual de derecho procesal administrativo*, 1ª edición, (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2011), 39.

³⁷² Sesin Domingo, “*Administración pública*”, 47.

³⁷³ Morales, *Manual de derecho procesal administrativo*, 37.

coherencia con las demás normas del ordenamiento jurídico sin realizar previamente un proceso comparativo e intelectual que lo confirme.

Tal proceso confirmatorio, ha de ser observado por la autoridad rectora de movilidad humana en todo su accionar y principalmente al momento de decidir sobre las solicitudes de visa o su revocatoria, lo que quiere decir que sus actuaciones deben “(...) colocarse en un punto inferior de la escala vertical del ordenamiento, no pudiendo en ningún momento ser proferido[s] sin la expresa autorización normativa, ni mucho menos contradiciendo los marcos superiores del ordenamiento jurídico positivo.”³⁷⁴

Las normas intensamente vinculadas con el derecho a migrar que forzosamente deben pasar por un proceso intelectual de comparación, en procura de encontrar la conexión normativa en las disposiciones de la Ley Orgánica de Movilidad Humana; y, como consecuencia, dilucidar el verdadero alcance de la facultad discrecional de su autoridad rectora, vendrían a ser: 1) la Constitución, 2) el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva / el Código Orgánico Administrativo y, 3) el Reglamento para el control de la discrecionalidad.

La observancia de la Constitución, limita la discrecionalidad al esclarecer si la legislación secundaria guarda o no relación con sus mandatos. Obliga a encajar las decisiones de la autoridad migratoria a sus disposiciones, de cuyo raciocinio se puede proscribir cualquier actuación discrecional que no observe los principios que rigen el ejercicio de los derechos y las garantías del debido proceso. Si la decisión que tome la Administración se adapta con lo establecido en la Constitución, por más libre que esta se crea, será una decisión discrecional legítima, caso contrario a más de ser inconstitucional y no tener eficacia jurídica puede entrar en la esfera de la arbitrariedad.

La sujeción al procedimiento administrativo señalado en el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva y en el Código Orgánico Administrativo³⁷⁵, sirve y servirá también para poner límites a la discrecionalidad, considerando que sus disposiciones establecen: el procedimiento previo a la conformación de la voluntad de cualquier entidad administrativa, los casos en que sus actuaciones se considerarán nulas, la obligatoriedad de respetar los preceptos constitucionales y la exigencia de motivar siempre sus decisiones. El Código asimismo

³⁷⁴ Santofimio, *Tratado de Derecho Administrativo*, 42.

³⁷⁵ El Código Orgánico Administrativo reemplazará el Libro II del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva a partir del 07 de julio del 2018.

ratifica que la potestad discrecional se utilizará solo conforme a Derecho³⁷⁶ reafirmando el necesario cumplimiento del ordenamiento legal para limitar dicha facultad.

El Reglamento para el control de la discrecionalidad³⁷⁷ no necesita mayor explicación. Se trata de un Decreto Ejecutivo expedido por el Presidente de la República en el año 2002, aplicable para todo acto administrativo de la función ejecutiva, lo que significa que regula también las declaraciones de voluntad del Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana y de sus Coordinaciones Zonales.³⁷⁸

Su expedición se produjo en razón de las atribuciones del primer mandatario establecidas en ese tiempo por el artículo 171, numeral 9, de la Constitución, que en la actualidad corresponderían al artículo 147 numeral 5, y que le facultan dirigir la administración pública, así como expedir los decretos necesarios para su organización, regulación y control.

Según la jerarquía normativa, el Reglamento está muy por debajo de las leyes orgánicas como la de movilidad humana y el Código Orgánico Administrativo, pero su cumplimiento no deja de ser obligatorio al encontrarse en armonía con el actual ordenamiento legal y por ser una norma que como ninguna otra, explica de manera expresa cómo debe ser controlada la discrecionalidad.³⁷⁹ En sus considerandos, detalla con claridad sus límites *argumentando* lo siguiente:

(...) la potestad discrecional se encuentra limitada por las normas procedimentales y por los principios inspiradores del ordenamiento pues la potestad discrecional, que puede y debe ejercerse válidamente en defensa del interés público, si fue otorgada por la norma, ha de llevarse a la práctica en el marco de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico, garantizando que la decisión pueda ser calificada, aparte de racional como razonable. [...] [...] por lo que si bien la elección discrecional se basa en criterios extrajurídicos de decisión, a ella concurren elementos predeterminados por el derecho, que son básicamente delimitados por la propia potestad atribuida al órgano; (...).³⁸⁰

La potestad discrecional a la luz del Decreto se justifica en la presunción de racionalidad en los hechos y la multiplicidad de aspectos a tener en cuenta en su decisión. Su finalidad es impedir que la potestad grave en la arbitrariedad o sea

³⁷⁶ Ecuador, Ecuador, *Código Orgánico Administrativo*, art. 14.

³⁷⁷ Los abogados entrevistados en esta investigación desconocían la existencia de este Reglamento.

³⁷⁸ Ecuador, *Constitución de la República*, art. 141.

³⁷⁹ La Constitución, El Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva y el Código Orgánico Administrativo, recogen en su articulado postulados similares al Reglamento, pero no bajo el término *control a la discrecionalidad*.

³⁸⁰ Ecuador, Decreto Ejecutivo 3179, *Reglamento para el control de la discrecionalidad*, Registro Oficial 868, 18 de octubre de 2002, considerandos.

utilizada como desviación de poder. Busca que cualquier decisión amparada en esta potestad se fundamente en una situación fáctica, probada, valorada a través de informes previos y dentro de la racionalidad del fin perseguido por la norma.³⁸¹ El control a la discrecionalidad lo reduce al control de los hechos determinantes, la obligatoria motivación de todos los actos administrativos, la interdicción de la arbitrariedad, el cumplimiento del fin normativo, el debido proceso, el acatamiento a los conceptos jurídicos indeterminados³⁸² y a la proporcionalidad³⁸³ y razonabilidad en las decisiones.

El cumplimiento del ordenamiento legal como criterio para garantizar el derecho de las personas a migrar y como límite de las facultades discrecionales parecería generar una contradicción. Por un lado se establece como supuesto para garantizarlo la aplicación y desarrollo normativo de los principios y por otro, el cumplimiento de la normativa que ya existe. Esta aparente dicotomía, no es como tal, responde a las nuevas situaciones generadas en un Estado constitucional de derechos donde se deben propender a garantías más eficaces pero sin dejar de observar las existentes

Lo expuesto significa que si bien el derecho a la libre movilidad humana no ha sido desarrollado, existen otras normas del ordenamiento jurídico que tienden a la protección de los derechos de manera genérica y como tal deben ser observadas.

2.2 Elementos reglados del acto administrativo, fin perseguido e interés general

En el capítulo anterior se señaló que el Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana solo a través de un *acto administrativo* puede exteriorizar su decisión respecto a si niega o revoca una visa.

La finalidad del acto es producir un efecto jurídico, el cual, al obedecer la intención pre establecida en el ordenamiento legal, orienta la dirección de la voluntad administrativa.³⁸⁴

³⁸¹ *Ibíd.*, art. 2.

³⁸² Juan Carlos Cassagne, acogiendo una de las tesis de Eduardo García de Enterría, indica que en Alemania, “(...) el principal intento teórico por reducir la discrecionalidad se centró en la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados. Véase: Juan Carlos Cassagne, *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, 181, para un acercamiento a los conceptos jurídicos indeterminados se puede revisar:

³⁸³ Según el artículo 11, del Reglamento para el control de la discrecionalidad, la proporcionalidad de los actos administrativos involucra que estos deben ser adecuados a la finalidad perseguida por el ordenamiento jurídico.

³⁸⁴ Pérez Dayán, *Teoría general del acto administrativo*, 122.

Según la doctrina, para que un acto de la administración sea considerado como valido debe cumplir al menos con los siguientes elementos o requisitos: 1) la competencia del órgano que lo dicta; 2) el contenido del acto; 3) la voluntad de la Administración; 4) la forma en que se lo da a conocer; 5) la motivación y la 6) finalidad.

Conforme se ha indicado, la competencia está dada siempre por una norma que habilita a la Administración a actuar o tomar decisiones. El contenido se refiere a la materia de la que trata; la voluntad a la decisión en sí misma; la forma en que se lo da a conocer se refiere a la necesaria notificación del acto para que surta efectos³⁸⁵, mientras que la motivación y la finalidad convergen para explicar el porqué de *tal o cual* decisión.

Los elementos enunciados, no han encontrado lugares comunes en su enumeración ni en la terminología utilizada³⁸⁶, ejemplo de aquello se distingue entre el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva y el Código Orgánico Administrativo, en sus artículos 121 y 99, respectivamente. Sin embargo, autores como Fernández de Velasco, Cassagne, García de Enterría y Garrido Falla, concuerdan que uno de los elementos esenciales de todo acto administrativo es el *fin*,³⁸⁷ y al tratarse de potestades discrecionales, su relevancia es mayor, considerando que la discrecionalidad puede ser libre en todo menos en la elección de los fines que persigue.³⁸⁸

Para Fernando Garrido Falla, el elemento *fin* del acto administrativo es la respuesta a la pregunta «para qué» misma que se dirige al cumplimiento de una finalidad objetivamente determinada.³⁸⁹ Concordantemente, para Juan Carlos Cassagne, el elemento finalidad configura un requisito esencial del acto administrativo que se relaciona con su aspecto funcional, representado en el fin concreto que se persigue.³⁹⁰

Fin o finalidad, no consta de manera expresa como un elemento del acto administrativo en la legislación ecuatoriana. Pese a eso, tanto el Estatuto como el

³⁸⁵ Los artículos 126 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva y 101 del Código Orgánico Administrativo, establecen que un acto administrativo surtirá efectos luego de su debida notificación al interesado.

³⁸⁶ José Antonio García Trevijano Fos, *Los Actos Administrativos*, 2ª edición, (Madrid: Civitas S.A., 1991) 113.

³⁸⁷ *Ibíd.*, 113-16.

³⁸⁸ M.S Giannini, *Diritto amministrativo I*, (Milán, 1970), 447 y s, citado en Rafael Entrena Cuesta, *Curso de derecho Administrativo*, 13ª edición, tomo I/1, (Madrid: Tecnos S.A, 1999), 147.

³⁸⁹ Garrido, Palomar y Losada, *Tratado de derecho Administrativo*, 569.

³⁸⁹ Cassagne, *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, 614.

³⁹⁰ Cassagne, *Derecho Administrativo*, 215.

Código Orgánico Administrativo lo consideran un aspecto fundamental a observar en la actividad jurídica del Estado, lo que sin lugar a dudas lo convierte en un requisito, esté o no implícitamente señalado.

El Estatuto, en el numeral 2 del artículo 121, contempla que “el contenido de los actos se ajustará a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico y será determinado y adecuado *a los fines de aquellos*.” El Código Orgánico Administrativo denota la importancia del *fin* al definir a la competencia como la medida en que la Constitución y la ley habilitan a un órgano *para obrar y cumplir sus fines*³⁹¹, e incluso, en el artículo 105, establece que cuando un acto *viola los fines* para los que el ordenamiento jurídico ha otorgado la competencia al órgano o entidad, este será considerado como nulo.

María del Carmen Jácome, cita el extracto de una sentencia de la Sala Contencioso Administrativa de la ex Corte Suprema de Justicia, cuyos argumentos –con la ayuda de la doctrina– explican que la discrecionalidad no tiene cabida en todos los elementos del acto administrativo, que la *finalidad* siempre ha de estar reglada y en tal virtud se constituye como un freno al libre albedrío de la Administración. Esta sentencia, a criterio de María del Carmen marcó un hito en el desarrollo administrativo ecuatoriano³⁹², exponiendo lo siguiente:

La discrecionalidad no puede referirse a la totalidad de los elementos de un acto, a un acto en bloque, la discrecionalidad, por el contrario, ha de referirse siempre a alguno o a algunos de los elementos del acto. Así concebidos esta clase de actos, es evidente que ellos, han de ser originados únicamente en la Ley, que es su única fuente de origen, y como enseña la doctrina, al darle origen la Ley determina a lo menos cuatro elementos reglados en toda potestad discrecional, los cuales son: “La existencia misma de la potestad, su extensión (que nunca podrá ser absoluta, [...]), la competencia para actuarla, que se refiere a un ente y –dentro de este– a un órgano determinado y no a cualquiera, y, por último, el fin, porque todo poder es conferido por la Ley como instrumento para la obtención de una finalidad específica, la cual estará normalmente implícita y se referirá a un sector concreto de las necesidades generales, pero que en cualquier caso tendrá que ser necesariamente una finalidad pública”. (Citas retiradas).³⁹³

Lo expuesto por la Corte, confirma algunos supuestos que hasta aquí han sido referidos sobre los límites de la facultad discrecional y donde el criterio del *fin*, sin lugar a dudas sirve para calificar esta clase de actuaciones de correctas o incorrectas desde el punto de vista jurídico³⁹⁴, convirtiéndose en un limitante externo de este tipo de

³⁹¹ Ecuador, *Código Orgánico Administrativo*, art. 65.

³⁹² Jácome, “El control judicial de la actividad discrecional de la administración pública en el Ecuador”, 23.

³⁹³ Corte Suprema de Justicia Sala de lo Contencioso Administrativo, “Sentencia”, en *Caso No: 399-2001*, 31 de mayo de 2002.

³⁹⁴ Garrido, Palomar y Losada, *Tratado de derecho Administrativo*, 2004.

facultades.³⁹⁵

La Ley Orgánica de Movilidad Humana recoge 11 finalidades en su artículo 4, dentro de las que se debe destacar la de: “determinar las competencias [...] de las instituciones del gobierno central y de los gobiernos autónomos descentralizados [...]”.³⁹⁶ En el artículo 163, se cumple el propósito y se establece como una de las competencias de la entidad rectora, proteger y garantizar el cumplimiento de los derechos de las personas en movilidad humana³⁹⁷ que a la vez se convierte en el elemento teleológico por excelencia a tener en cuenta en todo su accionar.

Bajo esta óptica, la responsabilidad otorgada es enorme y no se agota solo en la aplicación de la ley, considerando que para proteger y garantizar los derechos, se debe observar todo el ordenamiento jurídico y valga siempre la redundancia, la Constitución en primer lugar.

La finalidad perseguida se traduce en respetar y hacer respetar todos los derechos garantizados en la Constitución³⁹⁸, observando que todo acto mantenga conformidad con sus disposiciones o no tendrá eficacia jurídica. En palabras simples, la autoridad rectora de la libre movilidad humana puede incluso desconocer las disposiciones de la ley cuando estas no guarden armonía con la Norma Suprema y en definitiva, cualquier criterio discrecional alejado de este fin no podrá considerarse como válido.

Dentro de los criterios discrecionales que la Administración utiliza para negar las solicitudes de visa, discriminar a un extranjero por su situación económica no es coherente con la finalidad que ha sido expuesta; y, en lo que respecta a los antecedentes penales, en caso de que el extranjero los posea, estos deberán ser valorados con miras a precautelar el interés público que también anida en el fenómeno de lo discrecional e implica el reconocimiento de una potestad para valorar subjetivamente tal interés.³⁹⁹

A criterio de Alberto Pérez, “cualquiera que sea la finalidad perseguida por la voluntad administrativa, esta siempre debe estar vinculada a la consecución y satisfacción de un interés público, por mínimo que este sea.”⁴⁰⁰

Recapitulando lo expuesto en los capítulos anteriores, velar por ese interés es la sustancia de la discrecionalidad, la cual en un Estado constitucional de derechos y

³⁹⁵ Julio Prat, *De la desviación de poder*, (Montevideo, 1977), 149, citado en María del Carmen Jácome “El control judicial de la actividad discrecional de la administración pública en el Ecuador”, 78.

³⁹⁶ Ecuador, *Ley Orgánica de Movilidad Humana*, art. 4.

³⁹⁷ *Ibíd.*, art. 163.

³⁹⁸ Esto significa que no se limita solo a la protección del derecho a migrar de los extranjeros sino a todo el catálogo de derechos existente.

³⁹⁹ Cassagne, *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, 191.

⁴⁰⁰ Pérez Dayán, *Teoría general del acto administrativo*, 122.

justicia debe tener como único propósito cuidar los intereses tutelados tanto de ecuatorianos como extranjeros.

Limitar el derecho a migrar solo puede fundamentarse en la prevalencia del interés general, pero esa valoración siendo subjetiva, al tratarse de antecedentes penales debe evitar caer en la discriminación hacia el extranjero. Su estimación debería estar a cargo de personas que conozcan de temas de seguridad o que puedan advertir un perfil peligroso del solicitante de la visa; caso contrario se corre el riesgo de actuar airoosamente discrecional bajo valoraciones nada más subjetivas.

2.3 El debido proceso

El debido proceso debe ser entendido como una regulación jurídica que “(...) limita los poderes del Estado y establece las garantías de protección a los derechos de los administrados, de modo que ninguna de las actuaciones de las autoridades públicas dependa de su propio arbitrio, sino que se encuentren sujetas a los procedimientos señalados en la ley.”⁴⁰¹ Debe entenderse también como una impronta de todo el sistema jurídico del país donde nada ni nadie pueda sustraerse de sus propósitos.⁴⁰²

Como limitante del poder estatal, se convierte a su vez en el freno de las actuaciones discrecionales, y aunque en un inicio su aplicación se ajustaba solo a los procesos judiciales, particularmente en la rama penal, hoy en día tiene que ser observado en todas las instancias procesales, incluidas las administrativas⁴⁰³; considerando que el artículo 76 de la Constitución manda a que “*en todo* proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso”, convirtiéndose en una “(...) línea transversal en la función evaluadora de cualquier instancia de poder público.”⁴⁰⁴

La primera garantía del debido proceso en la legislación ecuatoriana es asegurar

⁴⁰¹ Colombia Corte Constitucional, *Sentencia T-061/02*, 4 de febrero de 2002, <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/T-061-02.htm>

⁴⁰² Luís Cueva Carrión, *El debido proceso*, (Quito: Impreseñal, 2001), 61.

⁴⁰³ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-9/87, solicitada por el Gobierno de la República Oriental del Uruguay sobre *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, 6 de octubre de 1987, párr. 27, www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_09_esp.doc

⁴⁰⁴ Elizabeth Salmón, Cristina Blanco, *El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, (Lima: IDEHPUCP, 2012), 84, http://idehpucp.pucp.edu.pe/images/publicaciones/derecho_al_debido_proceso_en_jurisprudencia_de_corte_interamericana_ddhh.pdf

el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes⁴⁰⁵, postulado que para la Corte Constitucional del Ecuador, busca:

(...) establecer un límite a la actuación discrecional de las autoridades públicas, límite que se encuentra dado por las normas y los derechos [...] a ser aplicadas y garantizados dentro de un proceso administrativo o judicial en el que se ventila una controversia, en virtud de la cual se demanda una resolución que tutele de manera adecuada los derechos de las partes en litigio, evitando en todo momento la indefensión.⁴⁰⁶

En el caso de Manuela Picq, referido en el capítulo anterior, dentro de la acción de protección se alegó que su visa fue revocada violentando el derecho constitucional al debido proceso y de manera particular su derecho a la defensa, considerando que no se le notificó la decisión en su contra, que no tuvo tiempo de ser escuchada ni defenderse, que no se le dio a conocer el procedimiento entablado ni las razones de dicha medida, lo que impidió que pueda rebatirla en sede administrativa.⁴⁰⁷

Frente a estos argumentos, el Estado, defendió la medida tomada por la Coordinación Zonal 9 y rebatió los alegatos de Manuela señalando que “(...) no existe un debido proceso ya que se refiere exactamente a una facultad discrecional (sic).”⁴⁰⁸

A pesar de esas declaraciones, el artículo 76 de la Constitución, no distingue la aplicación del debido proceso a una actividad reglada o discrecional. Por tanto, sus garantías deben ser observadas en lo que fuere aplicable al ámbito administrativo⁴⁰⁹ siempre que se decida revocar o negar una visa, sin diferenciar la facultad ejercida.

A más de velar por el cumplimiento normativo y los derechos de los administrados, las garantías que de una u otra manera limitan el ejercicio de las facultades discrecionales son las que aseguran el derecho a la defensa de los ciudadanos ante la Administración, permitiendo la participación de aquellas personas cuyos derechos u obligaciones van a quedar afectados.⁴¹⁰

Esta clase de garantías se hallan contenidas en el numeral 7 del artículo 76 de la Constitución y establecen que “nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en

⁴⁰⁵ Ecuador, *Constitución de la República*, art. 76, n.º 1.

⁴⁰⁶ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia No.081-14-SEP-CC”, en *Caso No: 1031-11-EP*, 08 de mayo de 2014, http://portal.corteconstitucional.gob.ec/Raiz/2014/081-14-SEP-CC/REL_SENTENCIA_081-14-SEP-CC.pdf

⁴⁰⁷ Extracto de los argumentos presentados por Manuela Picq y que constan en el Acta de audiencia de acción de protección judicial, en *Causa No: 2015-12020-C.C.*, Quito 20 de agosto de 2015.

⁴⁰⁸ Ecuador Unidad Judicial Tercera de la Familia Mujer, Niñez y Adolescencia, Acta de audiencia de acción de protección judicial, en *Causa No: 2015-12020-C.C.*

⁴⁰⁹ Existen garantías en el artículo 76 de la Constitución del Ecuador, propias de los procesos judiciales, no aplicables al ámbito administrativo como, por ejemplo: ser asistido por un abogado en los procedimientos judiciales o ser juzgado por un juez independiente.

⁴¹⁰ Eduardo García de Enterría, *Curso de Derecho Administrativo*, tomo II, 455.

ninguna etapa o grado del procedimiento”⁴¹¹, lo que significa que antes de cualquier resolución sobre la visa de un extranjero, lo primero que debe dársele a conocer son las pre-intenciones del organismo estatal respecto a su estatus migratorio para que sepa primigeniamente ante qué debe defenderse.

Como consecuencia de esta garantía se derivan otras como: “contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de la defensa”⁴¹², “ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones”⁴¹³ y presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos que le asistan, así como replicar los argumentos de otras partes, presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra⁴¹⁴. Estas tres garantías limitan la discrecionalidad de forma directa porque obligan a la autoridad de movilidad humana a considerar las posturas y argumentos de los inmigrantes antes de cualquier decisión.

En lo que concierne a los procedimientos⁴¹⁵ se establece que estos han de ser públicos y que se permite el acceso a todos los documentos y actuaciones del proceso⁴¹⁶, garantía que está estrechamente vinculada con el principio de transparencia que debe primar en la actividad administrativa de todas las instituciones del Estado⁴¹⁷ y que implica la negación a “(...) la posibilidad de actuaciones o decisiones por fuera del conocimiento general, o que produzcan efectos jurídicos de manera sorpresiva.”⁴¹⁸ En otras legislaciones también es conocido como el principio de publicidad.

Otro grupo de garantías del derecho a la defensa, aplicables a los temas migratorios, establecen el derecho a ser asistido gratuitamente por una traductora o traductor o intérprete, si no se comprende o habla el idioma en el que se sustancia el procedimiento⁴¹⁹, “recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos”⁴²⁰ y la más importante de todas, la obligatoria motivación

⁴¹¹ Ecuador, *Constitución de la República*, art. 76, n° 7, a).

⁴¹² *Ibíd.*, b).

⁴¹³ *Ibíd.*, c).

⁴¹⁴ *Ibíd.*, h).

⁴¹⁵ En el capítulo anterior se indicó que la Ley Orgánica de Movilidad Humana no establece un procedimiento para resolver sobre las solicitudes de visa o sobre su revocatoria por lo que estos procesos deben ajustarse al procedimiento administrativo establecido en el Código Orgánico Administrativo y en el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, hasta que este último sea reemplazado por las disposiciones del primero.

⁴¹⁶ Ecuador, *Constitución de la República*, art. 76, n° 7, d).

⁴¹⁷ *Ibíd.*, art. 226.

⁴¹⁸ Santofimio, *Tratado de derecho administrativo*, 78.

⁴¹⁹ Ecuador, *Constitución de la República*, art. 76, n° 7, f).

⁴²⁰ *Ibíd.*, m).

de las resoluciones administrativas⁴²¹ que por su trascendencia merece un apartado.

Tan importante y enraizada en el mundo es la garantía del debido proceso que incluso los países de Europa que se encuentran dentro del espacio *Schengen*, sin que ninguno de ellos haya reconocido en sus normas internas la inmigración como un derecho, permiten y garantizan a los solicitantes de visas, el derecho a recurrir a las solicitudes de ingreso o residencia cuando éstas hayan sido denegadas, permitiendo que se interpongan recursos contra el Estado miembro que haya adoptado la decisión final sobre la solicitud, de conformidad con el derecho nacional de cada uno de ellos.⁴²²

En el caso español, su normativa de extranjería establece en el numeral 6, referente al procedimiento en materia de visados que la negativa de una visa se le “(...) notificará al solicitante de forma que le garantice la información sobre su contenido las normas que en Derecho la fundamenten, el recurso que contra ella proceda, el órgano ante el que hubiera de presentarse y el plazo para interponerlo”⁴²³, con lo cual se da fe que el debido proceso debe ser aplicado para garantizar o limitar cualquier derecho.

Las garantías que se han señalado, al parecer fueron recogidas por la Constitución del precedente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, según el cual, se han de observar las siguientes garantías mínimas en los procesos de expulsión de personas extranjeras:

- i) ser informado expresa y formalmente de los cargos en su contra y de los motivos de la expulsión o deportación. Esta notificación debe incluir información sobre sus derechos, tales como:
 - a. la posibilidad de exponer sus razones y oponerse a los cargos en su contra;
 - b. la posibilidad de solicitar y recibir asistencia consular, asesoría legal y, de ser el caso, traducción o interpretación;
- ii) en caso de decisión desfavorable, debe tener derecho a someter su caso a revisión ante la autoridad competente y presentarse ante ella para tal fin; y
- iii) la eventual expulsión solo podrá efectuarse tras una decisión fundamentada conforme a la ley y debidamente notificada.⁴²⁴

Bajo todo este paraguas garantista, cuestionar el derecho al debido proceso porque supuestamente no es aplicable a las actuaciones discrecionales, es una verdadera

⁴²¹ *Ibíd.*, l).

⁴²² Parlamento Europeo y del Consejo, *Código de visados*, Diario Oficial de la Unión Europea, 15 de septiembre de 2009, art. 32 n° 3, <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:243:0001:0058:ES:PDF>

⁴²³ España, *Código de Extranjería*, Agenda Estatal Boletín Oficial del Estado, 28 de junio de 2017, Disposición adicional décima, n° 6, www.boe.es/legislacion/codigos/abrir_pdf.php?fich=070_Codigo_de_Extranjeria.pdf

⁴²⁴ Corte IDH, “Sentencia de 24 de octubre de 2012 (Fondo, reparaciones y costas)”, en *Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana*, 24 de octubre de 2012, párr. 175, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_251_esp.pdf

aberración jurídica, admisible solo en los tiempos donde el poder del Estado era ejercido sin limitación alguna. La aplicación del debido proceso en el caso de las personas migrantes, cuya situación de vulnerabilidad ha sido reconocido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, lo convierte en un derecho que debe garantizarse a todo individuo independientemente de su estatus migratorio⁴²⁵, tal cual se indica en la Opinión Consultiva sobre la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados.⁴²⁶

Por tanto, y más allá de que la acción de protección interpuesta por Manuela no fue considerada como un mecanismo adecuado para dejar sin efecto el acto administrativo que revocó su visa, preocupa de sobremanera que ante la evidente inaplicación de las garantías antes señaladas, la jueza encargada de conocer la causa haya establecido que el acto de revocatoria se realizó de acuerdo al debido proceso⁴²⁷ lo que incluso fue ratificado por la Corte Provincial de Justicia en segunda instancia⁴²⁸, dejando un pésimo precedente sobre la aplicación del debido proceso en las actuaciones discrecionales del Estado respecto a las visas de los extranjeros.

3. La motivación de todos los actos administrativos

Si bien la motivación se encuentra dentro del debido proceso, dada su especial relevancia en materia administrativa, es importante analizar de manera independiente sus aristas, como se hará a continuación. Motivar significa “dar o explicar la razón que se ha tenido para hacer algo.”⁴²⁹ En el contexto de un Estado democrático y constitucional de derechos, quiere decir que las administraciones públicas siempre que tomen alguna decisión a través de un acto administrativo (resolución), deben explicar el *porqué* de sus actuaciones y darse a entender frente a los ciudadanos.⁴³⁰ En la temática, significa que la autoridad de la movilidad humana al pronunciarse sobre la condición migratoria de un extranjero, debe darle a conocer las razones de su decisión.

⁴²⁵ Salmón y Blanco, “*El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la CIDH*”, 91-2.

⁴²⁶ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos sobre *La condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, 17 de septiembre de 2003, párr. 121, <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2003/2351.pdf?view=1>

⁴²⁷ Ecuador Unidad Judicial Tercera de la Familia Mujer, Niñez y Adolescencia, “Sentencia”, en *proceso No: 17203-2015-12020*, Quito 24 de agosto del 2015.

⁴²⁸ Ecuador Corte Provincial de Justicia Sala Penal, “Sentencia”, en *proceso No: 17203-2015-12020*, Quito 1 de octubre de 2015.

⁴²⁹ DLE, “motivar”, accedido 20 de enero del 2018, <http://dle.rae.es/?id=PwDQ7LY>

⁴³⁰ Manuel Atienza, “Argumentación Jurídica y Estado Constitucional” en *Anales de Jurisprudencia* 261, (2003): 354, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/anjuris/cont/261/pr/pr9.pdf>

Motivar un acto administrativo “(...) obliga a fijar, en primer término, los hechos de cuya consideración se parte y a incluir tales hechos en el supuesto de una norma jurídica; y, en segundo lugar, a razonar cómo tal norma [...] impone la resolución que se adopta en la parte dispositiva del acto.”⁴³¹

Para Rubén Flores “el motivo es un presupuesto de hecho que impone a la Administración a actuar de determinada manera ante su estímulo. Es decir, producido un hecho, deberá observarse si corresponde una solución específica, por así imponerlo un principio o una norma jurídica, o si existe discrecionalidad.”⁴³²

La motivación no solo supone reconocer el presupuesto de hecho, adaptarlo a lo que establece el ordenamiento jurídico y tomar una decisión. Su propósito es raciocinar los hechos con las normas para explicar las razones de la decisión tomada.

Para la jurisprudencia, “implica la explicación ordenada de las razones que llevan a la autoridad [...] para adoptar determinada decisión [convirtiéndose en] la mayor garantía de la juridicidad de la actuación pública en un Estado Constitucional de Derechos como el ecuatoriano”⁴³³; mientras que para la doctrina, se constituye en un elemento indispensable del acto administrativo⁴³⁴; y, por ende, un limitante a las potestades discrecionales porque constriñe la libertad de los órganos estatales, obligándoles a exponer cuál o cuáles fueron los impulsos en las medidas adoptadas frente a los administrados.

La Constitución ecuatoriana reconoce la necesaria motivación de todas las resoluciones de los poderes públicos y la eleva como una garantía del debido proceso y del derecho a la defensa. Para evitar interpretaciones o que se mal entienda su alcance, en el texto constitucional se establece que “no habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho”⁴³⁵, dejando en claro que no basta solo invocar o transcribir una norma en el documento de resolución, cuando lo indispensable es que la autoridad administrativa deduzca y explique cómo una regla o

⁴³¹ Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, 12ª edición, tomo I, (Bogotá: Temis S. A., 2008), 546.

⁴³² Rubén Flores Dapkevicus, *Manual de Derecho Público*, edit. Julio Cesar Faira, tomo II, (Montevideo: IB de F, 2007), 139.

⁴³³ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia N.0 020-13-SEP-CC”, en *Caso No: 0563-12-EP*, 30 de mayo de 2013, <https://www.corteconstitucional.gob.ec/sentencias/relatoria/relatoria/fichas/020-13-SEP-CC.pdf>

⁴³⁴ Jean Rivero, *Droit administratif*, (Paris: Dalloz, 1980), 102, citado en Rubén Flores Dapkevicus, *Manual de Derecho Público*, edit. Julio Cesar Faira, tomo II, (Montevideo: IB de F, 2007), 139.

⁴³⁵ Ecuador, *Constitución de la República*, art. 76, n° 7, 1).

un principio jurídico se adapta a los elementos facticos.

El artículo 76 de la Norma Suprema deja por sentado la exigencia de su aplicación en todo proceso. La Corte Constitucional del Ecuador, al analizar esta garantía se pronuncia de la siguiente manera:

“(…) la motivación [es] un elemento integrante de toda resolución administrativa por la que todo acto de potestad debe cumplir esta condición que no se limita a la sola invocación abstracta de normas, sino a la lógica o coherente vinculación entre las normas y el hecho o los hechos que son pertinentes a tales normas. Por tanto, la motivación no solo es elemento formal, en tanto requisito obligatorio de toda manifestación administrativa, sino elemento sustancial y de contenido expreso que da cuenta del mérito y la oportunidad de la resolución que se adopta que, por lo tanto, permite el conocimiento del administrado no solo de las razones jurídicas atinentes a las competencias de la autoridad, sino también de aquellas que en orden al interés público, a su conveniencia son propias de ser adoptadas. De acuerdo al mandato constitucional, la administración en todas sus manifestaciones debe expresar de modo sustantivo la razón y razones concretas de la facultad legal, abstracta de la autoridad contenida en la ley y los reglamentos. Por la motivación se garantiza el conocimiento del administrado de la actuación de la administración y por ella se faculta la tutela y control de las actuaciones administrativas.⁴³⁶

Siendo la motivación una garantía del derecho a la defensa, su objetivo es que el administrado conozca el sustento de las decisiones de la Administración y pueda defenderse ante estas, objetándolas o recurriéndolas si así fuere el caso. En palabras de Rafael Entrena Cuesta “(…) la motivación se establece y exige con una finalidad garantista: se trata de suministrar a los destinatarios de los actos administrativos los medios necesarios para la mejor defensa de sus derechos e intereses (…).”⁴³⁷ Tal es su trascendencia que los actos administrativos e incluso los fallos judiciales que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos, llegando al punto de sancionar a los funcionarios encargados de su expedición que no observen este requisito en sus resoluciones.⁴³⁸

Motivar las resoluciones de todos los poderes públicos no es una garantía innovadora producto de la actual Constitución, al menos en la de 1998⁴³⁹ –para no ir muy lejos– ya era reconocida como una garantía del debido proceso en equivalentes condiciones que las de ahora; y aunque no se hacía constar su advertencia de nulidad, en el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva en el artículo

⁴³⁶ Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia No. 004-13-SEP-CC”, en *Caso No: 0032-11-EP*, 21 de marzo de 2013, http://portal.corteconstitucional.gob.ec/Raiz/2013/004-13-SEP-CC/REL_SENTENCIA_004-13-SEP-CC.pdf

⁴³⁷ Entrena Cuesta, *Curso de derecho Administrativo*, 195.

⁴³⁸ Ecuador, *Constitución de la República*, art. 76, n° 7, 1).

⁴³⁹ Ecuador, *Constitución de 1998*, Registro Oficial 1, 11 de agosto de 1998, art. 24, n° 13, derogada por la Constitución del 2008.

122, se determinó que “la falta de motivación entendida esta como la enunciación de las normas y de los hechos particulares, así como la relación coherente entre estas y aquellos produce la nulidad absoluta del acto administrativo o resolución.”

En la misma línea, el Reglamento para el control de la discrecionalidad, estableció en su artículo 4, lo que a continuación se transcribe:

Siempre que la administración dicte actos administrativos es requisito indispensable que motive su decisión, en los términos de la Constitución y este reglamento. La motivación no es un requisito de carácter meramente formal, sino que lo es de fondo e indispensable, porque solo a través de los motivos pueden los interesados conocer las razones que justifican el acto, porque son necesarios para que pueda controlarse la actividad de la administración, y porque sólo expresándolos puede el interesado dirigir contra el acto las alegaciones y pruebas que correspondan según lo que resulte de dicha motivación que, si se omite, puede generar la arbitrariedad e indefensión prohibidas por la Constitución. [...] ⁴⁴⁰

Al amparo del Estatuto y del Reglamento para el control de la discrecionalidad, se demuestra que antes del régimen constitucional vigente ya era mandatorio se motiven las decisiones de los órganos estatales por más *soberanas* o *discrecionales* que fueren sus actuaciones, por lo tanto, que la Ley Orgánica de Movilidad Humana haya plasmado en su articulado que en caso de denegar las solicitudes de residencia estas deberán ser motivadas y que la potestad estatal para cancelar o revocar la visa de un extranjero se lo debe ejercer de la misma manera, no es algo llamativo en el entorno jurídico sino más bien la confirmación de que el paradigma de la *legalidad* sigue limitándose solo a la aplicación de la ley, muchas veces sin observar los mandatos constitucionales y por eso la necesaria aclaración.

En las decisiones administrativas dictadas bajo el ejercicio de facultades discrecionales, la motivación se constituye como el único elemento donde ella puede anidar, pero bajo sus preceptos, nace limitada, constituyéndose como su necesaria justificación y a la vez como el instrumento para controlarla pues es ahí donde se “(...) encierra los verdaderos justificativos que tiene la Administración en su obrar, de tal suerte que la actividad administrativa esencialmente en su actuar discrecional [debe guardar] total pertinencia entre las cuestiones de orden fáctico y los principios jurídicos que sirvieron de base para tomar tal o cual decisión”⁴⁴¹.

⁴⁴⁰ Ecuador, *Reglamento para el control de la discrecionalidad*, art. 4.

⁴⁴¹ Morales, *Manual de derecho procesal administrativo*, 36.

Si bien la Constitución y las demás normas⁴⁴² que hasta aquí han sido citadas son claras en cuanto a la motivación, la máxima autoridad constitucional del Ecuador explica en uno de sus fallos cuándo una resolución se considera debidamente motivada; y, aunque este dictamen versa sobre un asunto judicial, también es aplicable a las actuaciones administrativas porque se refiere a cómo los hechos deben ser valorados junto a la normativa para llegar a conclusiones razonables lógicas y comprensibles. La Corte Constitucional manifiesta:

Para que determinada resolución se halle correctamente motivada es necesario que la autoridad que tome la decisión exponga las razones que el Derecho le ofrece para adoptarla. Dicha exposición debe hacérsela de manera razonable, lógica y comprensible, así como mostrar cómo los enunciados normativos se adecuan a los deseos de solucionar los conflictos presentados. Una decisión razonable es aquella fundada en los principios constitucionales. La decisión lógica, por su lado, implica coherencia entre las premisas y la conclusión, así como entre esta y la decisión. Una decisión comprensible, por último, debe gozar de claridad en el lenguaje, con miras a su fiscalización por parte del gran auditorio social, más allá de las partes en conflicto.⁴⁴³

Ante lo expuesto, es obligatorio analizar si los criterios y aspectos discrecionales referidos por los analistas jurídicos de la Coordinación Zonal 9, para negar las solicitudes de visas, son armónicos con los argumentos de la Corte.

Conforme consta en el segundo capítulo, el primer criterio discrecional obedece a la valoración de los antecedentes penales del extranjero cuyos aspectos a tomar en cuenta son: el tipo de delito cometido y su comparación con el Código Penal ecuatoriano.

De estos aspectos, se puede decir que su propósito es conocer la gravedad de la infracción penal, pues no es lo mismo que una persona haya sido juzgada por un delito de tránsito, un impago de alimentos, o una estafa menor que por un asesinato o violación. Por otra parte, dependiendo de las legislaciones, los delitos son sancionados de manera distinta, ya sea a través de penas pecuniarias o la restricción de la libertad. Los sistemas penitenciarios también difieren de país en país; por ejemplo, en algunos Estados de Norteamérica, el sistema penal toma énfasis en el castigo y no en la rehabilitación e inserción social de los condenados como sucede en Ecuador⁴⁴⁴ o Argentina; o en el caso de Canadá, donde “el servicio penitenciario promueve la acción

⁴⁴² El artículo 100 del Código Orgánico Administrativo también determina lo que se debe observar para motivar un acto administrativo.

⁴⁴³ Corte Constitucional del Ecuador Para el Periodo de Transición, “Sentencia No. 227-12-SEP-CC”, en *Caso No: 1212-11-EP*, 21 de junio de 2012, http://portal.corteconstitucional.gob.ec/Raiz/2012/227-12-SEP-CC/REL_SENTENCIA_227-12-SEP-CC.pdf

⁴⁴⁴ Ecuador, *Constitución de la República*, art. 201.

de liberar progresivamente a los privados de libertad, asegurándose que no sean una amenaza para nadie y ayudándoles a adaptarse a la vida más allá de prisión.”⁴⁴⁵

De presentar los extranjeros antecedentes, no resultaría razonable negar sus solicitudes de visa con la sola valoración del tipo penal cometido y su comparación con la legislación punitiva ecuatoriana, cuando la Constitución establece en el numeral 2, del artículo 11, que nadie podrá ser discriminado por su pasado judicial. Tampoco sería lógico llegar a esta decisión si se acoge como premisa mayor que el único limitante del derecho a migrar es la prevalencia del interés general sobre el particular y no se demuestra inequívocamente cómo al otorgarle la visa a una persona ex presidiaria se atenta con el interés público de las personas.

En armonía con lo indicado, Juan Sesin Domingo⁴⁴⁶ cita una sentencia del Consejo de Estado Francés, la cual señala que “la discrecionalidad se refiere siempre a estimaciones fundadas en el interés público y es, por tanto, un carácter que se relaciona al tema de la motivación de los actos administrativos”⁴⁴⁷ y si no se demuestra contundentemente cómo ese interés puede verse afectado, la decisión de negar una visa no resultaría comprensible.

No obstante, se insiste que la valoración de los antecedentes penales, debería ir enfocada a temas de seguridad y ser realizado por personas conocedoras del tema que logren indicar sin prejuicios cuándo una persona con antecedentes puede ser catalogada como peligrosa.

Guardando coherencia con el análisis del primer criterio discrecional, negarle la visa a un extranjero valorando sus medios de vida tampoco sería una decisión razonable en vista que el mismo artículo 11, numeral 2 del texto constitucional, *establece* que no está permitido discriminar a las personas por su situación socio-económica; y, utilizando la misma premisa del interés general, no sería una decisión lógica ni comprensible en virtud de que estimar la procedencia y cantidad de los recursos económicos de los extranjeros y sus familias son consideraciones claramente discriminatorias que reflejan sin lugar a dudas que la inmigración selectiva en el Ecuador sigue en vigencia.

Sobre la valoración de los resultados de las entrevistas a parejas que mantienen matrimonios o uniones de hecho, este criterio se circunscribe netamente a las visas de

⁴⁴⁵ OEA, *Sistemas Penitenciarios y Carcelarios: Políticas, programas y lecciones aprendidas Selección por país*, http://www.oas.org/dsp/espanol/cpo_observatorio_politicas_carcelarias.asp#Canada

⁴⁴⁶ Sesin Domingo, “*Administración pública*”, 94-5.

⁴⁴⁷ Francia Consejo de Estado Francés, “Dictamen del 7/7/1950”, en *Expediente No: 6128*.

amparo, donde en ciertas ocasiones pueden existir dudas de la real existencia de la relación; y si bien un hijo podría dar fe de esta, también se pueden dar casos donde sea utilizada solo con el fin de regularizar la situación migratoria de la persona extranjera. Los otros aspectos que se toman en cuenta son los años de conocerse y la concordancia en las respuestas en torno a la relación entre quien solicita la visa y quien lo ampara.

De hallar elementos convincentes sobre una inexistente relación de pareja, impedir que un extranjero acceda a una visa utilizando un fin ajeno al que el Código Civil ecuatoriano establece respecto al matrimonio o unión de hecho, vendría a ser una decisión razonable amparada en los artículos 9 y 83 de la Constitución que respectivamente indican que los extranjeros que se encuentren en territorio nacional, a más de tener los mismos derechos que los ecuatorianos, están obligados a cumplir también los mismos deberes y dentro de estos, a acatar y cumplir con lo determinado en la Constitución y la ley, razón por la cual, no se puede permitir que un inmigrante acceda a una residencia basándose en un engaño; pues esto, al contravenir con el ordenamiento jurídico atenta contra el interés general, lo que convertiría la decisión de negativa en una decisión lógica y expresada con términos claros, comprensible.

Ahondando en la valoración de este criterio, los analistas encargados de la tramitación de las visas deberán prestar atención y alertar a las autoridades competentes tomando en cuenta que esta clase de engaños podrían esconder también el cometimiento de algún delito. Por dar solo dos ejemplos, se podría estar frente a una promesa de matrimonio o unión de hecho servil, o ante trata de personas. Delitos tipificados en los artículos 91, numeral 4 y 106 del Código Orgánico Integral Penal.⁴⁴⁸

En resumidas cuentas, se debe tener presente que “(...) la facultad de elección en que básicamente radica la discrecionalidad opera siempre dentro de la Constitución y de los principios que la nutren [...] cuya esencia radica en no transgredir la prohibición de arbitrariedad o irrazonabilidad”⁴⁴⁹, guardando cuidado de motivar toda decisión para que en su momento el inmigrante que funge de administrado entienda las razones que llevaron a la Administración a negar su solicitud de visa y pueda defenderse o rebatir la misma cuando el derecho le asista.

⁴⁴⁸ Ecuador, Código Orgánico Integral Penal, Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014.

⁴⁴⁹ Cassagne, *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, 191.

4. **Discrecionalidad y arbitrariedad**

Para que la autoridad rectora de la libre movilidad humana cumpla con los fines que le establecen la Constitución y la ley, debe tener presente las diferencias entre actuar bajo potestades discrecionales y actuar arbitrariamente. La línea que divide estas dos formas de ejercicio administrativo es muy delgada y si no se comprende los límites entre si, fácilmente pueden confundirse.

La discrecionalidad en sus inicios era sinónimo de arbitrariedad, definida como una actuación completamente libre, desapegada de toda norma. Hoy en día, arbitrariedad es sinónimo de injusticia, contraria a la razón o a las leyes⁴⁵⁰; en cambio, la discrecionalidad implica un margen de libertad en las decisiones, pero siempre en apego a la legalidad.

Juan Carlos Cassagne, sostiene que el significado de la palabra *arbitrariedad* corresponde al de acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado solo por la voluntad o capricho; de lo cual resulta evidente que arbitrariedad no puede confundirse con discrecionalidad⁴⁵¹ cuando la aparición de esta última debe tener la sola intención de proteger el interés público.

En el pensamiento de David Blanquer, la arbitrariedad opera cuando la Administración “(...) actúa de forma despótica o tiránica y hay un abuso de poder. También hay arbitrariedad cuando la decisión es absurda, ilógica o caprichosa; cuando el acto se dicta por pura y desnuda intuición, y no hay un fundamento objetivo, racional y razonable que legitime y justifique la decisión adoptada.”⁴⁵²

En contraposición a la arbitrariedad:

La potestad discrecional, [...] tendrá que observar, en guarda del principio de juridicidad, principios y valores de orden superior, como es el bien común, la honestidad, la protección a los bienes jurídicos, el beneficio general. Actuar con discrecionalidad, no implica obrar subjetivamente o solo por la mera voluntad del servidor público, peor entraña libertad ilimitada o irresponsabilidad de actuación por parte de la Administración.⁴⁵³

La valoración subjetiva en el ejercicio de las facultades discrecionales está limitada por la Constitución y demás normas del ordenamiento jurídico, de ahí que

⁴⁵⁰ Costa Rica, Corte Suprema de Justicia Sala Constitucional, “Resolución No: 2007-11155”, en *Expediente No: 05-6979-0007-CO*, 1 de agosto de 2007.

⁴⁵¹ Cassagne, *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, 196.

⁴⁵² David Blanquer, *Derecho Administrativo*, (Valencia: Tirant lo Blanch, 2010), 1308.

⁴⁵³ Morales, *Manual de derecho procesal administrativo*, 35.

algunos autores sostengan que en la discrecionalidad no hay subjetividad porque las normas delimitan cualquier acción, mientras otros consideran que esta se encuentra en la estimación del interés general.

A manera de consenso, se puede establecer que en las actuaciones discrecionales de la Administración sí existen criterios subjetivos, caso contrario se estaría frente a una actividad completamente reglada; no obstante, entre dos o más alternativas a adoptar, la balanza deberá inclinarse ante aquella que trascienda el interés particular pero sobre todo que observe la finalidad de las competencias otorgadas en el ordenamiento jurídico. Requisito “(...) imprescindible para que pueda hablarse de discrecionalidad, y no de arbitrariedad (...).”⁴⁵⁴ La doctrina moderna del derecho administrativo confluye con este criterio al sostener que las “(...) facultades discrecional y reglada pueden coexistir en el acto administrativo y son consideradas como cualidades del mismo (...)”⁴⁵⁵, por tanto, la subjetividad aparece pero en mínimas proporciones.

Cuando la subjetividad y la libertad de elección que caracterizan a la potestad discrecional son entendidas fuera de sus límites, existe el riesgo de caer en actuaciones arbitrarias pero ese riesgo no solo es propio de este tipo de facultades, también se lo encuentra en las regladas. Su presencia en el segundo caso es evidente al contravenir con lo expresamente señalado en la normativa; en cambio, cuando la facultad es discrecional solo podrá evidenciarse luego de una valoración sucinta. He ahí el mayor riesgo.

Sea que la arbitrariedad se encuentre a la sombra de una actividad reglada o discrecional, la obligación de motivar los actos administrativos se constituye como el único medio para evitarla.⁴⁵⁶

Si la arbitrariedad se muestra como toda forma de actuación ajena a los límites de la legalidad, como ilógica, sin fundamento, irracional y sin justificación, “la motivación es el antídoto [...] o un medio para su interdicción, en la medida que, a pesar de los márgenes de libertad y elección que tengan las autoridades, deben dar cuenta y demostrar el buen uso de sus facultades, justificando la legalidad de atribuciones regladas o la legitimidad de las discrecionales.”⁴⁵⁷

⁴⁵⁴ Entrena Cuesta, *Curso de derecho Administrativo*, 147.

⁴⁵⁵ Ecuador Corte Suprema de Justicia Sala de lo Contencioso Administrativo, “Sentencia”, en *Caso No: 226-2004*, 14 de febrero de 2007.

⁴⁵⁶ Gustavo Penagos, *El Acto Administrativo*, 9ª edición, tomo I, (Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2011), 199.

⁴⁵⁷ Jean Claude Tron Petit, “El Control de la discrecionalidad administrativa en sede jurisdiccional” en, *Procedimiento y Justicia Administrativa en América Latina*, edit. Christian Steiner, coord. Juan Pedro

La presencia de la motivación en todas las resoluciones administrativas “(...) permite deslindar la discrecionalidad de la arbitrariedad, ya que al no haber motivación el acto administrativo aparece, en el mundo jurídico, como un producto de la sola y exclusiva voluntad del órgano que lo dicta, lo que resulta incompatible con el Estado de Derecho, que es gobierno del derecho y no de los hombres.”⁴⁵⁸

Para soslayar que los actos dictados en ejercicio de facultades discrecionales recaigan en conductas arbitrarias, el Reglamento para el control de la discrecionalidad establece:

La potestad discrecional de la administración en la producción de actos administrativos se justifica en la presunción de racionalidad con que aquella se ha utilizado en relación con los hechos, medios técnicos y la multiplicidad de aspectos a tener en cuenta en su decisión, a fin de que la potestad discrecional no sea arbitraria, ni sea utilizada para producir una desviación de poder sino, antes al contrario, ha de fundarse en una situación fáctica probada, valorada a través de previos informes que la norma jurídica de aplicación determine e interpretados y valorados dentro de la racionalidad del fin que aquella persigue. [...] ⁴⁵⁹

La fiscalización de la discrecionalidad tendiente a garantizar el derecho a migrar de los extranjeros, deberá ser ejercida a través del principio de interdicción de la arbitrariedad, que incluye el principio de razonabilidad, ya que no es suficiente que la motivación se constituya sobre premisas, sino que estas sean verdaderas.⁴⁶⁰

Para el Código Orgánico Administrativo la prohibición de la arbitrariedad supone que los actos administrativos sean dictados “(...) conforme a los principios de juridicidad e igualdad [sin] interpretaciones arbitrarias. El ejercicio de las potestades discrecionales, [deberá observar] los derechos individuales, el deber de motivación y la debida razonabilidad.”⁴⁶¹

En el Reglamento de control de la discrecionalidad, la razonabilidad implica que el “(...) control de la actividad discrecional debe confirmar [...] si el proceso de la toma de decisión fue efectuado con sujeción al ordenamiento jurídico, [...] y si la decisión discrecional, siendo racional puede y debe ser calificada como razonable.”⁴⁶²

Machado Arias, (Berlín: Konrad Adenauer-Stiftung e. V, 2009), 432, http://www.kas.de/wf/doc/kas_17833-1522-4-30.pdf?091014012424

⁴⁵⁸ Cassagne, *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, 204-5.

⁴⁵⁹ Ecuador, *Reglamento para el control de la discrecionalidad*, art. 2.

⁴⁶⁰ *Ibíd.*, art. 6.

⁴⁶¹ Ecuador, *Código Orgánico Administrativo*, art. 18.

⁴⁶² Ecuador, *Reglamento para el control de la discrecionalidad*, art.12.

Para un sector de la doctrina un acto arbitrario puede generar una desviación de poder⁴⁶³, la cual tiene lugar “cuando el administrador, sin estar jurídicamente autorizado, usa el poder de la ley con una finalidad distinta de la prevista por ella y persigue una finalidad personal o beneficiar a un tercero o beneficiar a la propia Administración.”⁴⁶⁴ Otro sector establece que no es lo mismo hablar de arbitrariedad y desvío de poder; por eso, el Tribunal Supremo Español ha precisado los requisitos que deben concurrir para su apreciación:

1) es necesario un acto aparentemente ajustado a la legalidad, pero que en el fondo persigue un fin distinto al interés público querido por el legislador; 2) se presume que la Administración ejerce sus potestades conforme a derecho, y 3) no puede exigirse, por razón de su propia naturaleza, una prueba plena sobre su existencia, ni tampoco fundarse en meras presunciones o conjeturas, siendo necesario acreditar la concurrencia de hechos o elementos suficientes para que el Tribunal forme la convicción de que la Administración acomodó su actuación a la legalidad pero con finalidad distinta de la pretendida por la norma aplicable.⁴⁶⁵

Atendiendo la referencia del Tribunal español, la diferencia entre estas formas de actuación radica en que la arbitrariedad es contraria a los supuestos normativos, en cambio el desvío de poder siendo también contrario a los mandatos del ordenamiento jurídico se presenta con la apariencia de estar ajustado a los mismos.

Más allá de que el desvío de poder pueda generarse de un acto arbitrario o mantenga características propias que lo vuelvan singular, es importante referirse a él tomando en cuenta que muchas veces las actuaciones que parecen discrecionales, e incluso apegadas a los procedimientos, esconden fines distintos a los consagrados por las normas.

Para finalizar este acápite, no puede quedar pendiente poner sobre la mesa el caso de la revocatoria de la visa de Manuela Picq, donde la Administración desfiguró el uso de las facultades discrecionales y decidió de manera completamente arbitraria revocar su permiso de estadía, lesionando varios derechos de Manuela.

Demostrar que la revocatoria fue arbitraria no necesita complicadas conjeturas, basta señalar que no se cumplió con el supuesto más básico para deslindar

⁴⁶³ Miguel Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, 4ª edición, tomo II, (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000), 431.

⁴⁶⁴ Roberto Dromi, *Derecho Administrativo*, (Buenos Aires: Editorial Ciudad Argentina, 2006), 369.

⁴⁶⁵ España Tribunal Supremo Sala de lo Contencioso, “Sentencia”, en *Juicio No: STS 6914/1998*, 20 de noviembre de 1998, <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=3167020&links=desviaci%C3%B3n%20de%20poder%2022MANUEL%20GODED%20MIRANDA%22&optimize=20030906&publicinterface=true>

discrecionalidad de arbitrariedad; es decir, la decisión no fue motivada lo que la convierte por simple deducción en *irrazonable, ilógica e incomprensible*.

Irrazonable, porque no previó que migrar es un derecho constitucional y por consiguiente para cualquier determinación sobre este, debió asegurarse el cumplimiento de otros derechos también constitucionales como el debido proceso, que incluye garantizar el cumplimiento de las normas, el derecho a la defensa y dentro de este, el mandato a la Administración de motivar todas sus resoluciones, justamente para que el administrado sepa de qué defenderse.

Ilógica, porque no hay ninguna premisa que dé lugar a tal conclusión y pese a que un ex Ministro de Relaciones Exteriores aseguró que la visa de la ciudadana Picq fue revocada debido a su participación en los hechos de *violencia*⁴⁶⁶ suscitados el 14 de agosto del 2015, en las protestas contra el gobierno de Rafael Correa, esto nunca se demostró por las autoridades correspondientes; e incluso, si hubiese sido demostrado, debía habersele aplicado la sanción a que hubiere lugar dentro de la materia determinada.

Frente a esto, la decisión de anular su visa se vuelve *incomprensible* y si también se le añade que nunca se le notificó la decisión, se demuestra que ni siquiera tuvo opción de rebatirla en sede Administrativa, particular que transgredió el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva⁴⁶⁷ que dispone que todos los *actos administrativos* deben ser obligatoriamente notificados a los administrados y mientras no lo sean no tendrán eficacia jurídica.⁴⁶⁸

Todo esto, demuestra que la Coordinación Zonal 9 del Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, violó los derechos constitucionales de Manuela al debido proceso, el derecho a la defensa, su derecho a migrar que singularmente engloba el derecho a permanecer en un territorio extranjero de manera regular, y el derecho a la seguridad jurídica, ya que habiendo normas y principios claros que determinan cómo deben limitarse los derechos de las personas y los procedimientos a seguir, nunca le fueron aplicados.

⁴⁶⁶ Fuente: Ecuavisa, “Ricardo Patiño: Visa de Manuela Picq se revocó porque estaba en medio de una actividad de violencia y agresión”, *ecuadorinmediato.com*, 21 de agosto del 2015, http://www.ecuadorinmediato.com/index.php?module=Noticias&func=news_user_view&id=2818787000

⁴⁶⁷ Ecuador, *Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva*, art. 66.

⁴⁶⁸ Idéntica disposición es recogida por el Código Orgánico Administrativo en el artículo 101.

Inclusive, el oficio que remite el Coordinador Zonal 9 al Ministerio del Interior dándole a conocer que la visa de Picq ha sido *cancelada*⁴⁶⁹, ni siquiera se lo puede considerar como un acto administrativo porque no cumple con los elementos y requisitos esenciales para considerarlo como tal, que en el Estatuto constan en el artículo 121 y en el Código Orgánico Administrativo –que pronto entrará en vigencia– en el artículo 99.

5. Control administrativo y judicial

El uso de la discrecionalidad respetando los mandatos constitucionales, los derechos ahí consagrados y demás normas del ordenamiento jurídico, no tiene porque implicar ningún riesgo a la libre movilidad humana, y si a esto se le suma la *motivación* como *antídoto* a toda actuación arbitraria, aun cuando la Administración decida negar o revocar una visa a una persona extranjera, si lo hace observando dichos preceptos, estará revestida de legalidad y legitimidad.

Pese a esto, se debe reconocer que el *antídoto* no siempre resulta efectivo, por eso es necesario que exista un control posterior de todas las decisiones adoptadas por los entes públicos, ya sea en la misma vía administrativa o por parte de los órganos jurisdiccionales, para determinar si las resoluciones adoptadas están ajustadas al derecho.

El acceso a este control forma parte del derecho constitucional a la defensa y, por consiguiente, también del debido proceso. En la letra m), numeral 7, del artículo 76 de la Constitución se recoge como garantía del derecho de las personas a la defensa, la facultad de “recurrir al fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos” y en el artículo 173, se establece que “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.”

El control de las actuaciones en la vía administrativa se lo conoce como *tutela administrativa* y “consiste [...] en la protección que otorga la Administración Pública a las situaciones jurídicas subjetivas de los individuos, mediante la cual se llega al control de la legitimidad de los actos que ella genera.”⁴⁷⁰ La tutela se activa cuando los administrados sienten que las decisiones de la Administración han vulnerado sus

⁴⁶⁹ Vale la pena reiterar que el término correcto, según la derogada Ley de Extranjería, era *revocatoria*.

⁴⁷⁰ Granja, *Fundamentos de derecho administrativo*, 372.

derechos de manera arbitraria y gracias a la norma, esta los habilita para que puedan presentar determinados medios de protección jurídica a los que comúnmente se los conoce como recursos administrativos.⁴⁷¹

En el caso particular de los extranjeros, hay que advertir el estado de vulnerabilidad en que muchos se encuentran, donde la gran mayoría, recién llegados al país, desconocen de sus derechos y muy difícilmente pueden advertir si su solicitud de visa que ha sido negada o a lo mejor revocada, es producto de un acto arbitrario o esta apegada al *principio de legalidad*.

Ante lo real del desconocimiento de la normativa –de la cual tampoco son ajenos los ciudadanos ecuatorianos frente a la Administración–, tanto el Código Orgánico Administrativo⁴⁷² como el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva⁴⁷³ disponen que en la notificación de las resoluciones administrativas se dé a conocer a los individuos los recursos que pueden interponer ante sus decisiones, el órgano administrativo o judicial ante quien presentarlos así como el plazo y demás requisitos para ese propósito, lo que sin duda constituye una guía para que cualquier persona sepa cómo reclamar sus derechos.

A excepción del recurso de reposición⁴⁷⁴, el Código Orgánico Administrativo ha mantenido del Estatuto los recursos de *apelación* y el *extraordinario de revisión*, como dos medios que obligan a las instituciones del Estado a revisar sus resoluciones.

El recurso de apelación puede ser interpuesto cuando el administrado considere que el acto administrativo ha afectado sus derechos subjetivos, como es el caso del derecho de las personas a migrar. Este recurso debe presentarse ante la misma autoridad que lo dictó, pero deberá resolverlo la máxima autoridad de la institución, lo que significa, que, si el acto fue expedido por el Coordinador Zonal 9 del Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, deberá ser resuelto por el Ministro.

A la luz del Estatuto, el recurso de apelación debe ser presentado máximo 15 días después de notificada la resolución⁴⁷⁵, mientras que, para el Código Orgánico Administrativo, su interposición deberá presentarse en un tiempo no mayor a los 10 días⁴⁷⁶. La *apelación* entre el Estatuto y el Código, difiere positivamente en el tiempo en el que debe ser resuelta, pasando de 2 meses en el Estatuto a tan solo 1 en el Código

⁴⁷¹ *Ibíd.*, 375.

⁴⁷² Ecuador, *Código Orgánico Administrativo*, art. 205.

⁴⁷³ Ecuador, *Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva*, art. 126, n° 2.

⁴⁷⁴ *Ibíd.*, art. 174.

⁴⁷⁵ *Ibíd.*, art. 177.

⁴⁷⁶ Ecuador, *Código Orgánico Administrativo*, art. 224.

Orgánico Administrativo, particular que toma mayor relevancia en el caso de las personas inmigrantes que justamente reclaman un tiempo para poder residir en el Ecuador y donde incluso, ese mes de espera puede ser insuficiente y dar lugar a que el extranjero *abandone* –entre comillas– *voluntariamente* el país debido a la incertidumbre de su estadía regular.

Pasando al segundo recurso, el *extraordinario de revisión*, también debe ser presentado ante la misma autoridad que dictó el acto y resuelto por la máxima autoridad, pero para poder interponerlo se necesita que el acto administrativo haya *causado estado*⁴⁷⁷ en vía administrativa y esto solo ocurre cuando: “(...) 1. Se ha expedido un acto administrativo producto del recurso de apelación. 2. Ha fenecido el plazo para interposición del recurso de apelación y no se ha ejercido el derecho. 3. Se ha interpuesto acción contenciosa administrativa respecto del acto del que se trate”.⁴⁷⁸

Además de que el acto haya *causado estado*, las circunstancias⁴⁷⁹ que pueden concurrir para su admisión, se resumen en que las decisiones impugnadas hayan sido dictadas con evidentes y manifiestos errores de hecho o de derecho, que aparezcan nuevos documentos importantes y que no hayan sido considerados en el expediente, o que los actos administrativos hayan sido dictados como consecuencia de conductas punibles declaradas así en sentencia o basados en documentos o testimonios declarados judicialmente como falsos.⁴⁸⁰

Los plazos para interponer el recurso varían dependiendo el tipo de causales, por ejemplo, cuando se alega la existencia de evidentes errores de hecho o de derecho, según el Estatuto debe ser presentado hasta tres años después de que el acto administrativo haya entrado en vigencia⁴⁸¹, situación que se reduce a un año bajo la misma causal en el Código Orgánico Administrativo.⁴⁸²

El plazo para resolver el recurso extraordinario de revisión es incierto, esto en razón de que el Estatuto indica los tiempos para interponerlo, pero no para admitirlo y

⁴⁷⁷ Según el artículo 178 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, el recurso extraordinario de revisión solo puede ser interpuesto ante actos o resoluciones *firmes*; no obstante, el Código Orgánico Administrativo en el artículo 218 diferencia *acto en firme* y acto administrativo que ha causado estado, donde el acto *firme es aquel* que no admite impugnación en ninguna vía.

⁴⁷⁸ Ecuador, *Código Orgánico Administrativo*, art. 218.

⁴⁷⁹ Las diferencias entre el Estatuto y Código Orgánico Administrativo son mínimas respecto al procedimiento administrativo, sobre todo en lo que concierne a la competencia, deberes y derechos de los administrados.

⁴⁸⁰ Ecuador, *Código Orgánico Administrativo*, art. 231.

⁴⁸¹ Ecuador, *Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva*, art. 178.

⁴⁸² Ecuador, *Código Orgánico Administrativo*, art. 232.

peor para resolverlo. Con la entrada en vigencia del Código Orgánico Administrativo no se precisa a ciencia cierta si se agravará o no la incertidumbre de los administrados y con mayor razón la de los extranjeros al interponer este recurso, esto en razón de que el Código dispone que si la Administración no se pronuncia sobre su admisibilidad en 20 días, se entenderá que ha sido desestimado⁴⁸³, y si igual lo admite, pero en 20 días no se resuelve, también se considerará desestimado⁴⁸⁴, realidad que se contrapone contra toda una doctrina del *silencio administrativo*, pero ese ya es otro tema.

Un control adicional a los actos administrativos de las entidades públicas que el Código Orgánico Administrativo mantiene del Estatuto, es la revisión de oficio⁴⁸⁵ conocida como auto tutela de la legalidad y corrección de los actos.⁴⁸⁶ Consiste en que, por propia iniciativa de la Administración, sin que medie recurso alguno, esta puede declarar de oficio la extinción de sus resoluciones que adolezcan de nulidades como el caso de la falta de motivación; no obstante, esta revisión es pocas veces ejercida.

Si el antídoto a la arbitrariedad, *la tutela y auto tutela administrativa* fallan en su propósito de precautelar el derecho de las personas a migrar, el control judicial a través de la jurisdicción contenciosa administrativa es el llamado a tutelar este y otros derechos, realizar el control de la legalidad de la actividad Administrativa⁴⁸⁷ y reivindicar las erradas decisiones de la Administración, declarando la nulidad de las actuaciones que hayan inobservado el ordenamiento jurídico y, por consiguiente, vulnerado cualquier derecho subjetivo del administrado.

Como dato histórico y teniendo presente que la errada aplicación de la discrecionalidad puede llegar a atentar contra la libre movilidad humana, vale la pena mencionar que en varias legislaciones “(...) se excluía del control judicial el llamado ‘acto discrecional’, estimándose que se sustentaba en la libertad de la Administración para apreciar, a su modo, lo que es de interés público.”⁴⁸⁸

En el caso del Ecuador, esta máxima se encontraba en el artículo 6, letra a), de la derogada Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa⁴⁸⁹ la cual contemplaba que “las cuestiones que, por la naturaleza de los actos de los cuales procede o de la materia

⁴⁸³ *Ibíd.*, art. 233.

⁴⁸⁴ *Ibíd.*, art. 234.

⁴⁸⁵ Ecuador, *Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva*, 167.

⁴⁸⁶ *Ibíd.*, art. 132.

⁴⁸⁷ Ecuador, *Código Orgánico General de Procesos*, Registro Oficial 506, Suplemento, 22 de mayo de 2015, art. 300.

⁴⁸⁸ Sesin Domingo, “*Administración pública*”. 61.

⁴⁸⁹ Ecuador, *Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, Registro Oficial 338, última reforma 22 de mayo del 2015, derogada por el *Código Orgánico General de Procesos* el 22 de mayo del 2015.

sobre que verse, se refieren a la potestad discrecional de la administración⁴⁹⁰ no corresponden ser revisadas por los Tribunales de lo Contencioso Administrativo, situación que dejaba en total indefensión a los ciudadanos ante cualquier acto arbitrario que se *disfrazase* de discrecional.

A partir del 2008, por disposición de los artículos 76 numeral 7, letra m) y 173 de la Constitución, la excepción dada por el artículo 6, letra a) de la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativa se vuelve inconstitucional, pero no sería sino hasta el 22 de mayo del 2015, que dicha disposición fue derogada y con ella, toda la Ley contenciosa al expedirse el Código Orgánico General de Procesos⁴⁹¹, dictado con el fin de regular toda actividad procesal, a excepción de las materias constitucional, electoral y penal⁴⁹² que por su especificidad son reguladas por normas independientes.

Que el control judicial recaiga sobre todas las actuaciones administrativas sin hacer distinción entre regladas o discrecionales no es necesariamente un crédito o innovación de la normativa ecuatoriana. El mérito obedece principalmente al cambio de paradigma doctrinario que superó el hecho de creer que los actos discrecionales eran producto de la ausencia de una norma, o que su producción era dada bajo una libertad absoluta del ente administrativo no ajustada a ningún mandato legal.

En concordancia con lo señalado, Juan Sesín Domingo allá por el 2004, explicaba por qué los actos discrecionales deben ser objeto de control judicial sugiriendo que la discrecionalidad ya no está al margen del derecho, sino que proviene “(...) del propio orden jurídico en forma expresa o implícita, [por lo que] es indudable que concierne al juez controlar si ese proceso de subsunción se aplica en la especie, es decir si la discrecionalidad deriva del orden jurídico y si ha respetado los límites del mismo.”⁴⁹³

La facultad de las personas extranjeras de acudir directamente ante los Tribunales frente a una negativa o revocatoria de visa sin un fundamento razonable, no las obliga a impugnar la decisión previamente en la vía administrativa; sin embargo una vez entablada la impugnación ante los jueces de los Tribunales de lo Contencioso Administrativo, se extingue cualquier tipo de reclamación en la vía administrativa.⁴⁹⁴

⁴⁹⁰ Ecuador, *Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, norma derogada, art. 6.

⁴⁹¹ Ecuador, *Código Orgánico General de Procesos*.

⁴⁹² *Ibíd.*, art. 1.

⁴⁹³ Sesin Domingo, “*Administración pública*”, 67.

⁴⁹⁴ Ecuador, *Código Orgánico General de Procesos*, art. 300.

La acción judicial que se puede presentar ante la vulneración del derecho a migrar por parte de la Administración, de acuerdo al Código Orgánico General de Procesos, es la de plena jurisdicción o subjetiva que “(...) ampara un derecho subjetivo de la o del accionante, presuntamente negado, desconocido o no reconocido total o parcialmente por hechos o actos administrativos que produzcan efectos jurídicos directos (...)”⁴⁹⁵. La oportunidad para presentar esta acción se da en un término de noventa días contados luego del día siguiente en que se notificó el acto que se impugna⁴⁹⁶ y el tiempo hasta que se dicte sentencia puede variar entre dos o tres meses.

Pala culminar este capítulo, queda nada más señalar que ante la vulneración del derecho constitucional a migrar, siempre y cuando se agote la vía judicial ordinaria⁴⁹⁷, se puede llegar hasta accionar las garantías jurisdiccionales que prevé la Constitución del Ecuador, mediante una acción de protección⁴⁹⁸ e incluso una extraordinaria de protección⁴⁹⁹.

Esto demuestra, que junto con los recursos administrativos y la facultad de acudir ante los jueces, existen varias vías para reclamar el derecho a migrar y controlar la *arbitrariedad* de la Administración cuando se disfraza de *discrecionalidad*, pero lo que no existe, es el tiempo suficiente para que las personas extranjeras puedan permanecer en el país y esperar el reconocimiento de sus derechos, en vista que el artículo 142 de la Ley Orgánica de Movilidad Humana les obliga a regularizar su condición migratoria en un plazo de 30 días, bajo la amenaza de que si no abandonan

⁴⁹⁵ *Ibíd.*, art. 326.

⁴⁹⁶ Ecuador, *Código Orgánico General de Procesos*, art. 306, n° 1.

⁴⁹⁷ La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, determina en el artículo 42, numeral 4, que la acción de protección no procede “cuando el acto administrativo pueda ser impugnado en la vía judicial, salvo que se demuestre que la vía no fuere adecuada ni eficaz”. En el caso de Manuela Picq, esta fue una de las razones para no admitir su acción de protección; aunque lo que primó fue el hecho de que la jueza consideró que el acto administrativo que revocó su visa fue dictado conforme al principio de legalidad al haber hecho uso la Administración de sus facultades discrecionales. Situación que como se ha demostrado en este trabajo fue errónea, principalmente porque la decisión no fue motivada violando así el derecho a la defensa y al debido proceso. Téngase en cuenta que la improcedencia de la acción tiene una excepción, la cual debía ser valorada, a lo mejor en atención al tiempo, pues impugnar el acto administrativo en sede judicial, hasta que este haya sido resuelto, no lo vuelve ni adecuado ni eficaz pues hubiese dejado a Manuela en un limbo jurídico hasta que se resuelva su estatus migratorio.

⁴⁹⁸ Conforme ya se indicó en el anterior capítulo, la acción de protección es una garantía jurisdiccional que tiene por objeto el amparo de los derechos reconocidos por la Constitución. Su definición y alcance están recogidos en el artículo 88 de la misma Constitución. Su objeto, requisitos, procedencia e improcedencia constan en los artículos 39, 40 y 41 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, la cual fue publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 52, del 22 de octubre del 2009.

⁴⁹⁹ Según el artículo 94 de la Constitución, este recurso procede “contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución y se interpondrá ante la Corte Constitucional” cuando se hayan agotado todo recurso ordinario y extraordinario previstos en la ley.

voluntariamente el país luego de este tiempo, se iniciará el correspondiente procedimiento de deportación en su contra.

Todos y cada uno de los criterios que han sido desarrollados y que procuran la libertad de circulación de las personas, tienen raíces comunes: representan las teorías respecto a los límites del poder del Estado y a las instituciones que en virtud de esta se han creado; las cuales –como se hizo referencia– no se circunscriben a la protección de un derecho en particular sino que responden a una generalidad garantista.

No cabe entonces la tesis de que por ser un derecho reconocido por primera vez en la legislación interna de un país, no pueda ser eficazmente ejercido y protegido.

Conclusiones

1. Las teorías iusnaturalistas y positivistas respecto al reconocimiento de los derechos, no han ayudado a que los Estados del mundo ostenten una postura respecto a la libre movilidad humana.

2. El reconocimiento del derecho a migrar en varios instrumentos internacionales de derechos humanos no ha aterrizado en las legislaciones internas de los países lo cual ha impedido su plena vigencia.

3. El único país que recoge la libre circulación de las personas como un derecho en su legislación interna es el Ecuador, quien amalgamando iusnaturalismo-positivismo, ostenta el derecho a migrar y todos los que constan en su Norma Suprema como derechos *fundamentales*.

4. En un Estado constitucional de derechos, la distinción doctrinaria entre principios y reglas pasa a segundo plano y no dista de una mera diferenciación semántica. Tanto principios como reglas son normas y deben ser aplicadas. He ahí el reto de desarrollar la libre movilidad humana y la ciudadanía universal de todos los habitantes del planeta.

5. Los derechos sirven para limitar el poder pero no son absolutos, pueden ser limitados y restringidos a través de la Constitución y la ley, respectivamente.

6. En el caso de las restricciones a la libertad de circulación de las personas, estas deben responder única y exclusivamente a la protección del interés general, situación que no observa la Ley Orgánica de Movilidad Humana, al consentir la migración solo a aquellas personas que desarrollen actividades puntuales, desconociendo de esta forma postulados doctrinarios e inobservando disposiciones claras al respecto por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

7. La actual ley migratoria junto a su reglamento no difieren de las normas de extranjería de los años 70 del siglo pasado; además presentan antinomias inconciliables con la Constitución en lo que concierne a los permisos de residencia de extranjeros. Entre estas se encuentran:

- La Ley continúa encasillando a los migrantes de acuerdo a las actividades que realizan o pretenden realizar en el país, lo que da lugar a una migración selectiva permitiendo exista discriminación. A esto se suma el hecho de que

si el inmigrante no se encasilla en ninguna de aquellas actividades puede ser obligado a “*abandonar voluntariamente el país*”.

- El Reglamento permite que la Administración solicite otros requisitos y condiciones para acceder a los permisos de residencia que no se encuentran establecidos en la Constitución ni la ley, tal es el caso de poder solicitar una entrevista al solicitante de la visa o la exigencia de presentar más documentos que sustenten su petición.
- La Ley *consiente* la discriminación por aspectos socioeconómicos al incluir como requisito de una visa la demostración de medios de vida que acrediten la manutención del extranjero y su familia.
- Se desconoce la libertad de trabajo pues el Reglamento solo permite acceder a las visas laborales si el extranjero justifica estar en relación de dependencia.
- Se continúa admitiendo que existan diferencias sin justificación razonable entre ecuatorianos y extranjeros, tal es el caso de la exigencia en la Ley, de un seguro de salud público o privado para que los foraneos puedan mantener su residencia.

8. El concepto de soberanía, al igual que en otros Estados, continúa siendo el pretexto permitido por la Ley Orgánica de Movilidad Humana para decidir que migrantes entran o se les permite permanecer en territorio ecuatoriano.

9. A esto se suma la presencia de facultades discrecionales que pueden restringir de manera fundamentada o no, la negativa y revocatoria de visas, dando lugar a que el cumplimiento de los requisitos legales y reglamentarios no sean una garantía para acceder a una residencia o mantenerla.

10. La facultad discrecional de la Administración en los casos sobre movilidad humana debe ser entendida como aquella libertad otorgada por la norma jurídica para decidir en que casos se puede negar una solicitud de visa o revocarla, en procura de precautelar el interés público. La discrecionalidad debe dejar de ser vista como la libertad de actuación sin someterse a regla alguna; es decir, sin fundamento.

11. No existen criterios referidos en la investigación que hayan sido utilizados para revocar las visas de extranjeros; sin embargo si existen criterios y aspectos para negarlas, los cuales son: 1) valoración de los antecedentes penales del inmigrante a través de la apreciación del tipo de delito cometido y la comparación de este con el

Código Penal ecuatoriano; 2) valoración de los medios de vida del extranjero considerando de donde provienen los recursos económicos, si ostenta o no un trabajo estable, si es trabajador independiente o en relación de dependencia, su remuneración mensual y sus cargas familiares; 3) valoración de los resultados de las entrevistas realizadas cuando la solicitud se fundamenta en un matrimonio o unión de hecho

12. En el caso de Manuela Picq no hubo ningún criterio discrecional que haya dado lugar a la revocatoria de su visa. El hecho fue una decisión totalmente arbitraria que en su concepto dista de lo discrecionalidad y se refiere a aquella actuación fuera de los márgenes del principio de legalidad.

13. Por más que existan discrepancias entre la Ley Orgánica de Movilidad Humana y la Constitución los criterios que deben prevalecer para garantizar este derecho son: 1) la aplicación de los principios constitucionales y su desarrollo normativo; 2) la limitación a la facultad discrecional observando el cumplimiento del ordenamiento legal, tomando en cuenta los elementos reglados del acto administrativo en especial los fines que debe perseguir la autoridad rectora de la libre movilidad humana, el interés general de todos los habitantes y el debido proceso; 3) la necesaria motivación de todos los actos administrativos que fundamenten y expliquen el por qué de las decisiones adoptadas, sean favorables o no; 4) la necesaria diferenciación entre lo discrecional y arbitrario; y, 5) el necesario control administrativo y judicial de las actuaciones administrativas.

14. Tomando en cuenta todos los aspectos referidos en el numeral anterior, se evidenció que los criterios utilizados para negar las solicitudes de visa valorando antecedentes penales y medios de vida, no resultan razonables, lógicos ni comprensibles como para restringir el derecho de los extranjeros a acceder a una condición migratoria; es decir, no cuentan con los suficientes sustentos para ser consideradas como decisiones debidamente motivadas.

15. Los extranjeros pueden reclamar su derecho a acceder a una visa cuando crean que este ha sido injustamente vulnerado. Existen recursos administrativos y medios judiciales que pueden ser interpuestos para su tutela; sin embargo, estos tardan mucho en resolverse.

16. Desde el reconocimiento del derecho a migrar en el 2008, las funciones: legislativa, ejecutiva e incluso la judicial, no han logrado propender un accionar armónico que de muestras que el Ecuador en efecto recoge pero sobre todo garantiza la libre movilidad humana como un derecho de los inmigrantes.

A la Asamblea Nacional se le ha tornado muy difícil desarrollar una norma en favor de la permanencia regular de extranjeros, la recién expedida Ley Orgánica de Movilidad Humana es a todas luces inconstitucional en estos aspectos. La Función Ejecutiva por su parte, con la expedición del Reglamento a la Ley agrava la crisis al seguir incluyendo disposiciones no constitucionales; y la Función Judicial, sentó un mal precedente al no condenar las actuaciones arbitrarias del Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, permitiendo violaciones claras al debido en la revocatoria de su visa y en su derecho a migrar.

17. La migración no deja de generar rechazos, volviéndose más evidente cuando los actos de determinados extranjeros causan alarma y conmoción social hacia los ciudadanos. Sin embargo, esta clase de hechos no necesariamente hace distinciones entre las víctimas. El delito es delito, no mira o tiene nacionalidades, por eso la importancia de combatirlo sin discriminaciones.

Recomendaciones

1. La recomendación ya sugerida por el Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares de la ONU, es entablar acciones para reformar la Ley Orgánica de Movilidad Humana en el capítulo que concierne a la personas extranjeras en el Ecuador, tomando en cuenta las inconstitucionalidades encontradas y en procura de un verdadero desarrollo de los principios constitucionales respecto a la libre movilidad humana, la ciudadanía universal y el progresivo fin de la *condición de extranjero*, a través de reglas claras que esbocen mecanismos administrativos y judiciales para proteger el derecho a migrar de las personas.

2. Llegar a una reforma normativa es el ideal, pero hasta que esto ocurra no se puede seguir permitiendo la aplicación de disposiciones inconstitucionales de la Ley de movilidad humana y su reglamento. Se debe dar los pasos necesarios para aplicar un derecho basado principalmente en principios y desarrollarlos; lo que quiere decir, que se deberá aplicar de manera directa la Constitución conforme es su propio mandato, y junto a ella todas las demás disposiciones que guarden armonía y no se le contrapongan. En lo principal se deberá observar la propia Ley migratoria pues esta le otorga a la autoridad rectora de la materia la función de *proteger y garantizar el cumplimiento de los derechos de los migrantes* y como tal, debe agotar todas las medidas necesarias para lograr este objetivo.

3. A la facultad discrecional se la debe dejar de concebir como un libre albedrío y entenderla de manera correcta dentro de los marcos normativos. También es importante desmarcarla de la supuesta *soberanía* de la que gozan los Estados para decidir quién entra y quién se queda en sus territorios, ya que esto, a lo mejor es dable en legislaciones que no reconocen a la migración como un derecho, pero en el caso de Ecuador, la soberanía radica en el pueblo y este ya se pronunció a favor de la libre movilidad humana cuando aprobó la actual Constitución, razón por la cual, no puede seguir sirviendo como pretexto para restringir que las personas extranjeras residan en el país.

4. El uso de la discrecionalidad debe ser pertinente siempre y cuando se ejercite en el marco de sus límites, evitando caer en cualquier tipo de actitudes discriminatorias hacia los extranjeros, pues no está bien negar sus solicitudes de residencia simple y llanamente porque se conozca de sus antecedentes penales o se llegue a saber que no

cuentan con los medios suficientes para mantenerse económicamente en el país, si *en frente* se tiene una disposición constitucional que impide cualquier tipo de discriminación.

5. Precautelar el *interés general* debe convertirse en la única razón válida para restringir la migración hacia el Ecuador, siendo el verdadero fundamento de la discrecionalidad. Esto significa, que el derecho a migrar solo debe ser restringido siempre y cuando se demuestre que la presencia de un inmigrante atenta contra ese interés, pero para demostrarlo, se tienen que cumplir con los preceptos constitucionales del debido proceso, principalmente con el derecho a la defensa y la motivación de todos los actos administrativos, siendo imprescindible que la Administración dé a conocer las razones que le han llevado a tomar determinadas decisiones, mismas que deberán circunscribirse en el marco de la razonabilidad, de la lógica y de la comprensión,

La motivación, además de servir para que el extranjero conozca el porqué se le negó o se le revocó su visa, obligatoriamente debe cumplir con el propósito de deslindar lo discrecional de lo arbitrario, ya que motivar las decisiones conlleva a la obligación de guardar una coherencia lógica entre supuestos de hecho y fundamentos de derecho, que como un ejercicio intelectual llevado a cabo de manera correcta, impide cualquier resolución alejada de la justicia o basada en apreciaciones particulares.

6. A riesgo de sonar contradictorio y regresivo en derechos, también se debe considerar los pocos avances que ha tenido la libre movilidad humana. Habrá que abrir el debate y replantear si el Ecuador en efecto está dispuesto a respetar pero sobre todo garantizar el derecho a migrar de los extranjeros.

Bibliografía

Agencia Andes. “Confirman cancelación de visa a Manuela Picq, compañera sentimental de Carlos Pérez Guartambel”. *ecuadorinmediato.com*. 14 de agosto de 2015.

http://www.ecuadorinmediato.com/index.php?module=Noticias&func=news_user_view&id=2818786622

Agudelo Ramírez, Martín. *El poder político: su fundamento y sus límites desde los derechos del hombre, Una aproximación a la filosofía del poder en la obra de Norberto Bobbio*. Bogotá: Temis S. A., 2006.

Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Traducido por Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1997.

———. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.

Ansuátegui, Francisco Javier, “Derechos: Cuestiones de Terminología Jurídica”. En *Revista de Derecho Constitucional*, Centro de Jurisprudencia de la Corte Suprema de El Salvador, n° 30, (1999): 1-32.

Ara Pinilla, Ignacio. *El fundamento de los límites al poder en la teoría del derecho de León Duguit*. Madrid: Dykinson, 2006.

Arcentales Illescas, Javier. “Derechos de las personas en movilidad 2009”. En *¿Estado constitucional de derechos? Informe de derechos humanos Ecuador 2009*, compilador Programa Andino de Derechos Humanos. 1ª edición. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar / Ediciones Abya-Yala, 2010.

Ávila Santamaría, Ramiro, ed. “Ecuador Estado Constitucional de derechos y Justicia” En *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*. Quito: Ministerio de Justicia y derechos humanos, 2008.

———. “Los Principios de Aplicación de los Derechos”. En *Nuevas Instituciones del derecho Constitucional Ecuatoriano*. Editor Luis Ángel Saavedra. Quito: INREDH, 2009.

Barba Martínez, Gregorio Peces. *Lecciones de derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson, S.L., 2004.

Benalcázar Alarcón, Patricio. “El ABC de la movilidad humana en la nueva Constitución de la República del Ecuador”. En *Nuevas Instituciones del Derecho*

- Constitucional Ecuatoriano*. Editor Luis Ángel Saavedra. 1ª edición. Quito: INREDH, 2009.
- Benalcázar Guerrón, Juan Carlos. *Derecho Procesal Administrativo Ecuatoriano: Jurisprudencia, dogmática y doctrina*. Quito: Abya-Yala, 2007.
- Benavides, Gina. “Pronunciamiento de la Defensoría del Pueblo del Ecuador frente a medidas que atentan contra los derechos humanos de personas en movilidad”. *Defensoría del Pueblo del Ecuador*. 12 de mayo del 2018. <http://www.dpe.gob.ec/pronunciamiento-de-la-defensoria-del-pueblo-del-ecuador-frente-a-medidas-que-atentan-contra-los-derechos-humanos-de-personas-en-movilidad/>
- Benavides Ordoñez, Jorge. “Un repaso a la teoría general de los derechos fundamentales”. En *Manual de justicia Constitucional*. Coordinador Jorge Benavides Ordoñez y Jhoel Escudero Soliz. Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2013. https://www.corteconstitucional.gob.ec/images/stories/corte/pdfs/manual_de_justicia_constitucional.pdf
- Bernal Pulido, Carlos. “Derechos fundamentales”. En *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*. Editado por Jorge Luis Fabra Zamora y Verónica Rodríguez Blanco. México: UNAM, 2015. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3796/24.pdf>
- Beuchot, Mauricio. *Derechos Humanos Historia y Filosofía*, 1ª edición, México D.F.: Fontamara, S.A., 1999.
- Bidart Campos, German J. *Teoría general de los derechos humanos*. 2ª edición. Buenos Aires: Astrea, 1991.
- Bielsa, Rafael. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: La Ley, 1966.
- Blanquer, David. *Derecho Administrativo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.
- Bobbio, Norberto. *El problema del positivismo jurídico*. Traducido por Ernesto Garzón Valdés. 1ª edición. México D.F.: Distribuciones Fontamara S.A., 1991.
- . *Teoría General del Derecho*. Traducido por Eduardo Roza Acuña. 1ª edición. Madrid: Debate, 1991.
- Borges Frías, Jorge Luis y Grethel Arias Gayoso. *Discrecionalidad y legalidad*. Córdoba: El Cid Editor, 2009.
- Borowski, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

- Bossuyt, M.J. *Guide to the Travaux Preparatoires of the International Covenant and Civil and Political Right*. Traducing particular. Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers, 1987.
- Bravo, Diego. “La periodista francesa Manuela Picq está detenida en Migración en Quito”, *El Comercio*. Versión digital. 14 de agosto de 2015 <http://www.elcomercio.com/actualidad/manuelapicq-periodista-migracion-quito-detenido.html>
- Bustamante, Jorge A. *Migración internacional y derechos humanos*. México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas - UNAM, 2004.
- CAN Visas de turismo en la Comunidad Andina. 7 de agosto de 2001.
- Carlos Santiago Nino. *Ética y Derechos Humanos. Un ensayo de fundamentación*. Barcelona: Ariel, 1989.
- Carpizo Mac-Gregor, Jorge. “Los derechos humanos: Límites, reglamentación y titularidad”. En *Obra Jurídica Enciclopédica: Derecho constitucional de los derechos humanos*. Coordinador Ricardo Sepúlveda Iguíniz y Diego García Ricci. 1ª reimpresión. Volumen 5. México, Porrúa, 2013.
- Casal Hernández, Jesús María. “Condiciones para la limitación o restricción de derechos fundamentales”. En *Revista de derecho de la Universidad Católica del Uruguay*. Editado por Héctor Gros Espiell, Juan Carlos Peirano y otros. Montevideo: Editorial Amalio M. Fernández, 2002.
- Cassagne, Juan Carlos *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*. 1ª edición. Buenos Aires: Marcial Pons, 2009.
- . *Derecho Administrativo*, Tomo II. Lima: Palestra Editores SAC, 2010.
- Castillo, Manuel Ángel. “Migración y derechos humanos”. <http://huellasmexicanas.org/alejandra/migracion-y-derechos-humanos/migracionyderechoshumanos.pdf>
- Cea Egaña, José Luis. *Derecho Constitucional Chileno*. Tomo II. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2002.
- Cenicacelaya, María de las Nieves “Mercosur, integración y derecho a migrar: Una óptica desde el Derecho Constitucional”. Ponencia, I Congreso Internacional del Mercosur. La Plata, 15 de abril de 2004.
- Cesar Álvarez, Julio. *Restricciones de los derechos fundamentales*. Caracas: Arte S.A., 2010. 56.

- Chávez Núñez, Gardenia. “Políticas migratorias y derechos humanos”. En *Políticas migratorias hacia la gobernabilidad de las migraciones transnacionales*. Editado por Richard Salazar Medina. Quito: Corporación Editora Nacional, 2009.
- Chinchilla Herrera, Tulio Elí. *¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?* Bogotá: Temis S.A., 1999.
- Chueca Sancho, Ángel G. y Aguelo Navarro, Pascual. “Contenido y límites del ‘Ius Migrandi’”. *Revista electrónica iberoamericana* 7, nº 2, (2013): 4. https://www.urjc.es/images/ceib/revista_electronica/vol_7_2013_2/REIB_07_02_Pascual%20Aguelo.pdf
- Coalición por las Migraciones y el Refugio, *Informe Sobre Movilidad Humana Ecuador 2011*. Sistematizado por Javier Arcentales Illescas y Susy Garbay Mancheno. Quito: Programa Andino de Derechos Humanos, 2011. <http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/Publicaciones/2012/8981>
- Colombia Corte Constitucional. *Sentencia T-061/02*. 4 de febrero de 2002. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/T-061-02.htm>
- Contreras Vaca, Francisco José. *Derecho internacional privado*. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México / Oxford University Press, 2014.
- Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18/03, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos sobre *La condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. 17 de septiembre de 2003. Voto concurrente del juez A. A. Cançado Trindade. www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/votos/vsa_cancado_18_esp.doc
- . “Sentencia de 24 de octubre de 2012 (Fondo, reparaciones y costas)”. En *Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana*, 24 de octubre de 2012. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_251_esp.pdf
- . Opinión Consultiva OC-18/03, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos sobre *La condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. 17 de septiembre de 2003. <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2003/2351.pdf?view=1>
- . Opinión Consultiva OC-6/86, solicitada por el Gobierno de la República Oriental de Uruguay sobre *La expresión "leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. 9 de mayo de 1986. www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_06_esp.doc

- . Opinión Consultiva OC-9/87, solicitada por el Gobierno de la República Oriental del Uruguay sobre *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia* (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). 6 de octubre de 1987. www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_09_esp.doc
- Costa Rica Corte Suprema de Justicia Sala Constitucional. “Resolución No: 2007-11155”. En *Expediente No: 05-6979-0007-CO*. 1 de agosto de 2007.
- Cueva Carrión, Luís. *El debido proceso*. Quito: Impreseñal Cía. Ltda., 2001.
- De Asís, Rafael. *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*. Madrid: Dykinson, 2000.
- De Lucas, Javier. *El desafío de las fronteras*. Madrid: Ediciones Temas de Hoy, 1994.
- De Vega Pinzón, Gabriel “La discrecionalidad administrativa”. En *Temas de derecho administrativo contemporáneo*. Editor Jaime Vidal Perdomo, Viviana Díaz Perilla, Gloria Amparo Rodríguez. Bogotá: Centro Editorial Universitario del Rosario, 2005
- Delgado Hinojosa, Pedro Pablo. *Apátridas refugiados y migrantes. El derecho a la libre circulación*. Lima: Fondo de Cultura Económica, 2013.
- Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. <http://dle.rae.es/?id=PE9Ykgj>
- Diccionario Enciclopedia Jurídica Online.
<http://diccionario.leyderecho.org/competencia-en-razon-del-tiempo/>
- Dromi, Roberto *Acto administrativo*. 4ª edición. Madrid: Ciudad Argentina Hispania Libros, 2008.
- . *Derecho Administrativo Económico*. Buenos Aires: Astrea, 1985.
- . *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Editorial Ciudad Argentina, 2006.
- Dworkin, Ronald. *¿Es el derecho un sistema de normas? La filosofía del derecho*. México: Fondo de Cultura Económica, 1980.
- Ecuador Corte Constitucional Para el periodo de Transición. “Sentencia No. 227-12-SEP-CC”. En *Caso No: 1212-11-EP*. 21 de junio de 2012.
http://portal.corteconstitucional.gob.ec/Raiz/2012/227-12-SEP-CC/REL_SENTENCIA_227-12-SEP-CC.pdf
- . Corte Constitucional. “Dictamen No. 013-11-DTI-CC”. En *Caso No: 0053-10-TI*. 16 de noviembre de 2011.
http://portal.corteconstitucional.gob.ec/Raiz/2011/013-11-DTI-CC/REL_SENTENCIA_013-11-DTI-CC.pdf

- . Corte Constitucional. “Sentencia N.0 020-13-SEP-CC”. En *Caso No: 0563-12-EP*. 30 de mayo de 2013. <https://www.corteconstitucional.gob.ec/sentencias/relatoria/relatoria/fichas/020-13-SEP-CC.pdf>
- . Corte Constitucional. “Sentencia No. 010-14-SEP-CC”. En *Caso No: 1250-11-EP*. 15 de enero de 2014. http://portal.corteconstitucional.gob.ec/Raiz/2014/010-14-SEP-CC/REL_SENTENCIA_010-14-SEP-CC.pdf
- . Corte Constitucional. “Sentencia No. 037-13-SCN-CC”, En *Caso No: 0007-11-CN*. 11 de junio de 2013. <https://www.corteconstitucional.gob.ec/sentencias/relatoria/relatoria/fichas/037-13-SCN-CC.pdf>
- . Corte Constitucional. “Sentencia No. 050-15-SIN-CC”. En *Caso No. 0035-11-IN*. 30 de septiembre de 2015. <https://www.corteconstitucional.gob.ec/sentencias/relatoria/relatoria/fichas/050-15-SIN-CC.pdf>
- . Corte Constitucional. “Sentencia No.081-14-SEP-CC”. En *Caso No: 1031-11-EP*. 08 de mayo de 2014. http://portal.corteconstitucional.gob.ec/Raiz/2014/081-14-SEP-CC/REL_SENTENCIA_081-14-SEP-CC.pdf
- . Corte Constitucional. “Sentencia No: 004-13-SEP-CC”. En *Caso No: 0032-11-EP*. 21 de marzo de 2013. http://portal.corteconstitucional.gob.ec/Raiz/2013/004-13-SEP-CC/REL_SENTENCIA_004-13-SEP-CC.pdf
- . Corte Provincial de Justicia Sala Penal. “Sentencia”. En *proceso No: 17203-2015-12020*. Quito 1 de octubre de 2015.
- . Corte Suprema de Justicia Sala de lo Contencioso Administrativo. “Sentencia”. En *Caso No: 226-2004*. 14 de febrero de 2007.
- . Corte Suprema de Justicia Sala de lo Contencioso Administrativo. “Sentencia”. En *Caso No: 399-2001*. 31 de mayo de 2002.
- . Corte Suprema de Justicia Sala de lo Contencioso Administrativo. “Sentencia”. En *Caso No: 226-2004*. 14 de febrero de 2007.
- . Unidad Judicial Tercera de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia. “Sentencia”. En *proceso No: 17203-2015-12020*. Quito 24 de agosto del 2015.

- . Unidad Judicial Tercera de la Familia Mujer, Niñez y Adolescencia. Acta de audiencia de acción de protección judicial. En *Causa No: 2015-12020-C.C.* Quito 20 de agosto de 2015.
- . Acuerdo Ministerial 31. *Norma para el cumplimiento del Acuerdo sobre residencia para los nacionales de los Estados partes del MERCOSUR, Bolivia y Chile.* Registro Oficial 229, 21 de abril de 2014
- . Acuerdo Ministerial 40. *Estatuto por procesos del Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana.* Registro Oficial 1033, Edición especial, 23 de mayo de 2017.
- . Consejo Consultivo de Política Migratoria. *Resolución n.º 1,* Registro Oficial 504, Suplemento, 2 de agosto del 2011. Derogada por la *Ley Orgánica de Movilidad Humana* el 06 de febrero del 2017
- . Decreto Ejecutivo 111. *Reglamento a la Ley Orgánica de Movilidad Humana.* Registro Oficial 55, Suplemento, 10 de agosto de 2017.
- . Decreto Ejecutivo 1124. *Transferencia de competencias.* Registro Oficial 686, 19 de abril del 2012.
- . *Código Orgánico Administrativo.* Registro Oficial 31, Suplemento, 7 de julio del 2017.
- . *Código Orgánico General de Procesos.* Registro Oficial 506, Suplemento, 22 de mayo de 2015.
- . *Código Orgánico Integral Penal.* Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014.
- . *Constitución de 1998.* Registro Oficial 1, 11 de agosto de 1998. Derogada por la Constitución del 2008.
- . *Constitución de la República del Ecuador.* Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.
- . Decreto Ejecutivo 2428. *Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva.* Registro Oficial 536, Suplemento, 18 de marzo del 2002. Última reforma 27 de junio de 2017.
- . Decreto Ejecutivo 3179. *Reglamento para el control de la discrecionalidad.* Registro Oficial 868, 18 de octubre de 2002.
- . *Ley de Extranjería.* Registro Oficial 454. Última reforma 4 de noviembre de 2004. Derogada por la Ley Orgánica de Movilidad Humana el 6 de febrero del 2017.

- . *Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*. Registro Oficial 338. Última reforma 22 de mayo del 2015. Derogada por el *Código Orgánico General de Procesos* el 22 de mayo del 2015.
- . *Ley de Migración*. Registro Oficial 563. Última reforma 12 de abril de 2005. Derogada por la Ley Orgánica de Movilidad Humana el 06 de febrero del 2017
- . *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*. Registro Oficial 52, Suplemento, 22 de octubre de 2009.
- . *Ley Orgánica de Movilidad Humana*. Registro Oficial 938, Suplemento, 06 de febrero de 2017.
- Entrena Cuesta, Rafael. *Curso de derecho Administrativo*. 13ª edición. Tomo I/1. Madrid: Tecnos S.A., 1999.
- Ermida Uriarte, Oscar. “Derecho a migrar y derecho al trabajo”. En *Derecho del trabajo hacia una Carta Sociolaboral Latinoamericana*. Coordinador Luis Enrique Ramírez. Buenos Aires: Euros editores S:R.L., 2011.
- Escobar García, Claudia. *Teoría y práctica de la justicia constitucional*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2010.
- Escuín Palop, Catalina. *Curso de Derecho Administrativo*. 3ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.
- España, *Código de Extranjería*. Agenda Estatal Boletín Oficial del Estado. 28 de junio de 2017.
www.boe.es/legislacion/codigos/abrir_pdf.php?fich=070_Codigo_de_Extranjeria.pdf
- . Tribunal Constitucional Sala primera. “Sentencia”. En *Juicio No: ECLI:ES:TC:1982:2*. 29 de enero de 1982.
<http://hj.tribunalconstitucional.es/en/Resolucion/Show/44>
- . Tribunal Supremo Sala de lo Contencioso. “Sentencia”. En *Juicio No: STS 6914/1998*.
20 de noviembre de 1998.
<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=3167020&links=desviaci%C3%B3n%20de%20poder%2022MANUEL%20GODED%20MIRANDA%22&optimize=20030906&publicinterface=true>
- Espinosa Velasco, Sebastián. “El alcance del principio de legalidad en el sistema administrativo ecuatoriano a la luz de la Constitución del 2008”. Tesis maestría,

- Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador, 2010.
<http://hdl.handle.net/10644/2273>
- Faicán Auquilla, Danilo Fabián. “El derecho a migrar frontera del tráfico ilegal de migrantes”. Tesis maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador, 2016. <http://hdl.handle.net/10644/4978>
- Fernández Farreres, Germán. *La subvención, concepto y régimen jurídico*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1983.
- Fernández González, Miguel Ángel. “Aspectos Constitucionales de la nueva ley de OPAS”. En *Revista Chilena del Derecho* 29, n°. 3, (2002): 695.
- Fiorini, Bartolomé A. *Teoría Jurídica del acto administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1969.
- Flores, Dapkevicius. Rubén *Manual de Derecho Público*. Editado por Julio Cesar Faira. Tomo II. Montevideo: IB de F., 2007.
- Francia Consejo de Estado Frances. “Dictamen del 7/7/1950”. En *Expediente No: 6128*. Fuente: Ecuavisa. “Ricardo Patiño: Visa de Manuela Picq se revocó porque `estaba en medio de una actividad de violencia y agresión””. *ecuadorinmediato.com*. 21 de agosto del 2015,
- García de Enterría, Eduardo y Tomás-Ramón Fernández. *Curso de Derecho Administrativo I, Notas de Agustín Gordillo*. 1ª edición. Buenos Aires: Civitas Ediciones S. L, 2006.
- . *Curso de Derecho Administrativo*. 8ª edición. Tomo I. Madrid: Civitas, 1997.
- . *Curso de Derecho Administrativo*. 12ª edición. Tomo I. Bogotá: Temis S. A., 2008.
- García de Enterría, Eduardo. *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II. Madrid: Civitas, 2005.
- García Trevijano Fos, José Antonio. *Los Actos Administrativos*. 2ª edición. Madrid: Civitas S.A, 1991.
- García, Mariana. *Pensando las migraciones desde el Sur: reflexiones detalles y estrategia sobre la experiencia migratoria reciente en la región de América del Sur*. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, 2011.
- Garrido Falla, Fernando, Alberto Palomar Olmeda y Hermino Losada González. *Tratado de derecho Administrativo*. 14ª edición. Volumen I. Madrid: Tecnos, 2005.

- Gordillo, Agustín. *Tratado de derecho Administrativo*. Tomo I. Buenos Aires: Ediciones Macchi, 1974
- . *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo V, www.gordillo.com/pdf_tomo5/01/01-capitulo6.pdf ,
- Granja Galindo, Nicolás. *Fundamentos de derecho administrativo*. 5ª edición. Quito: Editorial Jurídica del Ecuador, 2006.
- Guastini, Ricardo. “Tres problemas para Luigi Ferrajoli”. En *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Editor Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello. 4ª edición. Madrid: Trotta, 2009.
- Habermas, Jürgen. *Teoría y Praxis Estudios de Filosofía Social*. Traducido por Salvador Mas Torres. 2ª edición. Madrid: Tecnos S.A., 1990.
- Hobbes, Thomas. *Leviatán*. 1651. <http://www.uruguaypiensa.org.uy/imgnoticias/749.pdf>
- Huerta Barrera, Teresita Rendón. *Los Conceptos Jurídicos Indeterminados en el Derecho Administrativo*. Quito, Editora Jurídica Cevallos, 2012.
- Ivanega, Miriam Mabel. *Elementos el Derecho Administrativo*. Serie Derecho Administrativo N° 4. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008.
- Jácome, María del Carmen. “El control judicial de la actividad discrecional de la administración pública en el Ecuador”. Tesis maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador, 2015. <http://hdl.handle.net/10644/4262>
- Kant, Immanuel. *La paz perpetua*. Buenos Aires: Longseller, 2001.
- Kelsen, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. 4ª edición. 9ª reimposición. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 2009.
- La Hora. “Marcha de solidaridad rechazó a extranjeros en Ambato”. Diario La Hora. Versión digital. 09 de mayo del 2018. <https://lahora.com.ec/loja/noticia/1102155390/marcha-de-solidaridad-rechazo-a-extranjeros-en-ambato>
- López Zúñiga, Noé. *La migración bajo la óptica del derecho*. México D.F.: Porrúa, 2011.
- Malgesini, Graciela y Carlos Giménez. *Guía de conceptos sobre migraciones racismo e interculturalidad*. 2ª edición. Madrid: Catarata, 2000.
- Manual de justicia Constitucional*. Coordinador Jorge Benavides Ordoñez y Jhoel Escudero Soliz. Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2013.

- Marienhoff, Miguel. *Tratado de Derecho Administrativo*, 4ª edición, Tomo II. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000.
- . *Tratado de Derecho Administrativo*. 4ª edición. Tomo I. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990.
- . *Tratado de Derecho Administrativo*. <http://escuelasuperior.com.ar/instituto/wp-content/uploads/2015/07/Tratado-de-Derecho-Administrativo-Miguel-Marienhoff-Tomo-I.pdf>
- Martínez Pizarro, Jorge. Migración Internacional en la Agenda de derechos. En *Revista Latinoamericana de población* 1, año 1, (2007): 2, <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5349625.pdf>
- MERCOSUR Acuerdo sobre residencia para nacionales Estados partes MERCOSUR. 5 de marzo de 2014.
- Monzón, Luis. “Dinámica de las políticas migratorias”. En *Migraciones y derechos humanos: Reunión de personas expertas*. Producción Gilda Pacheco y Cristina Zeledón. San José de Costa Rica: Instituto Interamericano de derechos humanos, 2004. <https://www.iidh.ed.cr/IIDH/media/2032/migraciones-y-derechos-humanos-2004.pdf>
- Morales Tobar, Marco. *Derecho Procesal Administrativo*. Loja: Editorial de la UTPL, 2010.
- . *Manual de derecho procesal administrativo*, 1ª edición. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2011.
- Nasimba Loachamín, Rocío. *La política de inmigración en el gobierno de Rafael Correa Entre el deber ser y el ser*. Quito: Corporación editora nacional, 2013.
- Nogueira Alcalá, Humberto. *Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales*. 2ª edición corregida. Tomo I. Santiago: Librotecnia, 2008.
- OEA *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. 7 al 22 de noviembre de 1969. https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf
- . *Sistemas Penitenciarios y Carcelarios: Políticas, programas y lecciones aprendidas Selección por país*. http://www.oas.org/dsp/espanol/cpo_observatorio_politicas_carcelarias.asp#Canada
- ONU Comité de Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familias. “*Observaciones finales sobre el tercer informe periódico del*

- Ecuador*". 5 de octubre de 2017. http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CMW%2fC%2fECU%2fCO%2f3&Lang=en
- . Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares. 18 de diciembre de 1990.
- . Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familias. “*Observaciones finales sobre el tercer informe periódico del Ecuador*”. 5 de octubre de 2017, http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CMW%2fC%2fECU%2fCO%2f3&Lang=en
- . Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. 23 de marzo de 1976.
- Parada, Ramón. *Derecho administrativo I*. 18ª edición. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2010.
- Parlamento Europeo y del Consejo. *Código de visados*. Diario Oficial de la Unión Europea. 15 de septiembre de 2009. <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:243:0001:0058:ES:PDF>
- Parra, Lina. *Constitucionalismo contemporáneo y la teoría del contenido mínimo el derecho al trabajo*. Quito: Corporación editora nacional, 2013.
- Peces Morate, Jesús Ernesto, dir. “Las declaraciones de derechos y su efectividad respecto de los inmigrantes”. En *Inmigración y Derecho*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2002.
- Penagos, Gustavo. *El Acto Administrativo*, 9ª edición. Tomo I. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2011.
- Pérez Dayán, Alberto. *Teoría general del acto administrativo*. 1ª edición. México D.F.: Porrúa, 2003.
- Pérez, Efraín. *Derecho Administrativo*, 1ª edición. Tomo I. Quito: Corporación de estudios y publicaciones, 2009.
- Pinto, Wilson. “Taxista muere tras ser atacado por sujeto en Ambato”. *El Universo*. Versión digital. 03 de mayo de 2018. <https://www.eluniverso.com/noticias/2018/05/03/nota/6743141/taxista-muere-tras-ser-atacado-sujeto-ambato>
- Pisarello, Gerardo. “Derechos sociales e inmigración: razones para una comunidad de iguales”. En *Los Derechos en la movilidad humana: del control a la protección*.

- Editado por Nicole Pérez Ruales y Alex Valle Franco. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009. http://www.justicia.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2012/07/7_Movilidad_Humana.pdf
- Prieto Sanchis, Luis. *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. 1ª reimpresión. Lima: Palestra, 2007.
- Puente, Diego. “Defensora del Pueblo califica de xenófobo vincular la presencia de extranjeros con la inseguridad”. *El Comercio*. Versión digital. 14 de mayo del 2018, <http://www.elcomercio.com/actualidad/defensoradelpueblo-xenofobia-extranjeros-inseguridad-ecuador.html>
- . *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003.
- Rivera Vélez, Fredy. “Migrantes y racismo en América Latina: dimensiones ocultas de realidades complejas”. 04 de junio de 2001. <https://www.cepal.org/mujer/publicaciones/sinsigla/xml/8/6828/migrantes.PDF>
- Rodó López, Laureano. “La discrecionalidad de la Administración en la doctrina extranjera”. *Estudios de la vida local* n.º 31, (1974): 16
- Rubén Flores Dapkevicius, *Manual de Derecho Público*. Editado por Julio Cesar Faira. Tomo II. Montevideo: IB de F., 2007.
- Ruiz García, Aída. *Migración Oaxaqueña, una aproximación a la realidad*. Oaxaca: Coordinación Estatal de Atención al Migrante Oaxaqueño, 2002.
- Salgado, Judith, “Discriminación, racismo y xenofobia, *Revista aportes andinos*, n.º. 7, (2003): 5. http://www.flacsoandes.edu.ec/web/imagesFTP/6549.Discriminacion_racismo_y_xenofobia_Judith_Salgado.pdf
- Salmón, Elizabeth, Cristina Blanco. *El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Lima: IDEHPUCP, 2012. http://idehpucp.pucp.edu.pe/images/publicaciones/derecho_al_debido_proceso_en_jurisprudencia_de_corte_interamericana_ddhh.pdf
- Santamaría, Enrique. *La incógnita del extraño, una aproximación a la significación sociológica de la inmigración no comunitaria*. 1ª edición. Barcelona: Anthropos, 2002.
- Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. *Tratado de derecho administrativo*. 4ª edición. Tomo II. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.
- Sayagués Laso, Enrique. *Tratado de Derecho Administrativo*. 3ª edición. Tomo I. Montevideo: Barreiro y Ramos, 1963.

- Seara Ruiz, José María. *La inmigración un fenómeno universal*. Madrid: Dykinson, 2010.
- Secaira Durango, Patricio. *Curso Breve de Derecho Administrativo*. Quito, Editorial Universitaria, 2004.
- Sesin Domingo, Juan. *Administración pública. Actividad reglada, discrecional y técnica. Nuevos mecanismos de control judicial*. 2ª edición. Buenos Aires: Depalma, 2004.
- Tórtora Aravena, Hugo. “Las limitaciones a los derechos fundamentales”. En *Estudios Constitucionales* 2, año 8, (2010): 168, www.redalyc.org/service/redalyc/downloadPdf/820/82015660007/1
- Tron Petit, Jean Claude. “El Control de la discrecionalidad administrativa en sede jurisdiccional” En *Procedimiento y Justicia Administrativa en América Latina*. Editado por Christian Steiner. Coordinador Juan Pedro Machado Arias. Berlín: Konrad Adenauer-Stiftung e. V, 2009. http://www.kas.de/wf/doc/kas_17833-1522-4-30.pdf?091014012424
- Trujillo, Julio Cesar. “Constitucionalismo contemporáneo: Teoría, procesos, procedimientos y retos. *Serie Estudios Jurídicos* 34, (2013): 139.
- Valencia Vega, Alipio. *Desarrollo del Constitucionalismo*. La Paz: Librería Editorial Juventud, 1988.
- Valle Franco, Alex. “El derecho a tener derechos”. En *Los derechos en la movilidad humana: del control a la protección*. Editado por Nicole Pérez Ruales y Alex Valle Franco. Quito: Ministerio de Justicia, derechos humanos y cultos, 2009.
- Verdugo, Mario. Emilio Pffer y Humberto Nogueira, *Derecho Constitucional*. Tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1996.
- Vidal Perdomo, Jaime *Derecho Administrativo*. 11ª edición. Santa Fe de Bogotá: Temis S. A., 1997.
- Zagrabelsky, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos justicia*. Traducido por Marina Gascón. Madrid: Trotta, 2011.

Anexos

Anexo No. 1

Esquema de Entrevista⁵⁰⁰

1. ¿Cuánto tiempo trabaja en el Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana?

2. Como abogado, ¿cuáles son sus funciones?

3. En el procedimiento de solicitudes y revocatorias de visas ¿qué actividades realiza?

4. ¿Cuál sería su definición sobre el derecho a migrar?

5. ¿Qué opina sobre las facultades regladas y discrecionales de la administración pública?

6. ¿Cuáles son los elementos reglados que la Administración usa para conceder o renovar una visa?

7. ¿Qué opina sobre la facultad discrecional en el otorgamiento y revocatoria de visas?

8. ¿Cree usted que la facultad discrecional del Estado, al momento de negar o revocar una visa va en contra del derecho a migrar?

9. ¿Cree usted que en la valoración de los elementos reglados puede existir discrecionalidad? ¿Por qué?

500 Esquema de entrevista realizadas entre los meses de junio, julio y noviembre del 2017, y enero del 2018, a 8 abogados que trabajan como funcionarios de la Coordinación Zonal 9, del Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana y que pertenecen indistintamente a las Unidades de Migración y Extranjería. Además se recabó documentos judiciales que son de acceso público.

10. ¿Ha negado o ha hecho informes tendientes a negar una visa a un ciudadano extranjero? ¿Cuáles han sido las razones?

11. ¿Ha revocado o ha hecho informes tendientes a revocar una visa a un ciudadano extranjero? ¿Cuáles han sido las razones?

12. ¿Cuál es el criterio discrecional más recurrente que usted ha utilizado para negar una visa?

13. ¿Cuál es el criterio discrecional más recurrente para usted ha utilizado para revocar una visa?

14. ¿Qué aspectos del Reglamento suele tomar en cuenta para el control de la discrecionalidad cuando realiza los informes para negar o revocar una visa?

15. A su criterio ¿En qué casos se les debe negar una visa a los ciudadanos extranjeros, no obstante, de que cumplan con los requisitos legales?

16. A más de lo establecido en el artículo 68 de la Ley Orgánica de Movilidad Humana, a su criterio ¿en qué casos la Administración debería revocar las visas de los ciudadanos extranjeros?

17. ¿En última instancia quien toma la decisión sobre negar o revocar una visa a un ciudadano extranjero?

18. ¿Por qué cree que la Ley Orgánica de Movilidad Humana siguió permitiendo que exista discrecionalidad del Estado para negar y revocar las visas de los ciudadanos extranjeros?

19. ¿En qué se diferencia la Ley Orgánica de Movilidad Humana frente a la Ley de Extranjería en lo que netamente se refiere a la negativa y revocatoria de visas?

20. ¿En que se fundamenta la administración para negar una visa?

21. ¿En que se fundamenta la administración para revocar una visa?

Anexo No. 2⁵⁰¹

⁵⁰¹ Oficio No. 23. UM-CZ9-MREMH, Fuente, *El Comercio*.