



Universidad  
**Mariana**

Afectaciones al debido proceso ante la discrecionalidad administrativa del artículo 19 de la resolución 5477 del 2022, en solicitudes de visa tipo V de migrantes cubanos

Lucia Isabella Leitón Acosta

Universidad Mariana

Facultad de Ciencias Sociales y Humanas

Programa Derecho

San Juan de Pasto

2024

Afectaciones al debido proceso ante la discrecionalidad administrativa del artículo 19 de la resolución 5477 del 2022, en solicitudes de visa tipo V de migrantes cubanos

Lucia Isabella Leitón Acosta

Informe de investigación para optar al título de:

Abogada

Asesor

Mg. Luis Carlos Carvajal Vallejo

Universidad Mariana

Facultad de Ciencias Sociales y Humanas

Programa Derecho

San Juan de Pasto

2024

Artículo 71: los conceptos, afirmaciones y opiniones emitidos en el Trabajo de Grado son responsabilidad única y exclusiva del (los) Educando (s)

Reglamento de Investigaciones y Publicaciones, 2007

Universidad Mariana

## **Contenido**

|   |    |
|---|----|
| Introducción .....  | 7  |
| 1. Resumen del proyecto .....   | 9  |
| 1.1. Descripción del problema .....                                       | 9  |
| 1.1.1. Formulación del problema .....                                     | 12 |
| 1.2. Justificación.....   | 12 |
| 1.3. Objetivos .....  | 13 |
| 1.3.1. Objetivo general.....  | 13 |
| 1.3.2. Objetivos específicos .....  | 13 |
| 1.4. Marco referencial o fundamentos teóricos .....                       | 13 |
| 1.4.1. Antecedentes .....   | 13 |
| 1.4.1.1. Internacionales.....   | 13 |
| 1.4.1.2. Nacionales .....   | 15 |
| 1.4.1. Marco teórico.....   | 18 |
| 1.4.2. Marco conceptual.....  | 21 |
| 1.4.3. Marco contextual .....   | 22 |
| 1.4.4. Marco legal .....  | 24 |
| 1.5. Metodología .....  | 26 |
| 1.5.1. Paradigma de investigación .....                                   | 26 |
| 1.5.2. Enfoque de investigación.....                                      | 27 |
| 1.5.3. Tipo de investigación.....   | 27 |
| 1.5.4. Población y muestra / Unidad de trabajo y unidad de análisis ..... | 28 |
| 1.5.5. Técnica e instrumentos de recolección de información.....          | 29 |

|   |    |
|---|----|
| 1.5.5.1. Las técnicas de investigación .....  | 29 |
| 1.5.5.1.1. La técnica de observación .....  | 29 |
| 1.5.5.2. Instrumentos de investigación .....  | 29 |
| 2. Presentación de resultados.....  | 30 |
| 2.1 El abrupto cambio constitucional colombiano, de un Estado Legalista a un Estado Social de Derecho. ....   | 31 |
| 2.1.1. Las transformaciones constitucionales, hacia el Estado Social de Derecho. ....   | 32 |
| 2.1.2. El debido proceso, un derecho preconstitucional a un derecho fundamental. ....   | 34 |
| 2.1.3. El debido proceso desde la jurisprudencia de la Corte Constitucional. ....   | 39 |
| 2.2. La discrecionalidad administrativa en la migración, un concepto de legitimidad Estatal o un elemento de vulneración de derechos humanos y fundamentales. ....    | 44 |
| 2.2.1. La migración un derecho humano restringido por las fronteras.....  | 45 |
| 2.2.2. El concepto de discrecionalidad administrativas y sus fines Estatales. ....  | 50 |
| 2.2.3. La legitimidad de los visados, una garantía para la seguridad Estatal .....  | 54 |
| 2.3. La discrecionalidad administrativa y las posibles vulneración o afectaciones al debido proceso ante la solicitud de las visas tipo V de ciudadanos cubanos. .... | 58 |
| 2.3.1. Algunos casos emblemáticos de vulneración del debido proceso a migrantes en el territorio colombiano .....   | 58 |
| 2.3.2. La Visa tipo V para migrantes cubanos, revisión de casos concretos.....  | 62 |
| 2.4. Discusión .....  | 67 |
| 3. Conclusiones .....   | 69 |
| 4. Recomendaciones.....   | 73 |
| Referencias bibliográficas .....  | 75 |

## **Agradecimientos**

A mis padres y a mi hermano,

por su amor incondicional, su apoyo constante y su fe en mí, incluso en los momentos más desafiantes. Gracias por enseñarme la importancia de la perseverancia y la disciplina, y por ser el pilar fundamental en cada etapa de mi vida. Sin ustedes, nada de esto hubiera sido posible.

A mi hijo, Juan Rodrigo,

quien con su alegría, inocencia y curiosidad ha sido mi mayor fuente de inspiración. Todo lo que hago es por y para ti, con la esperanza de que un día puedas ver este logro y te sientas orgulloso. Gracias por darle un propósito más profundo a cada uno de mis pasos.

A Camilo, mi compañero de vida,

por ser mi apoyo inquebrantable y por caminar junto a mí en este viaje lleno de retos y satisfacciones. Gracias por tus palabras de aliento, por tus abrazos reconfortantes y por ser mi refugio en los días difíciles. A tu lado, cada meta alcanzada tiene un sabor más dulce.

Con respeto y gratitud, dedico este trabajo a mi universidad, por ser el espacio que cultivó mis conocimientos, despertó mi curiosidad y formó mi carácter profesional. Gracias por brindarme las herramientas necesarias para crecer y contribuir al mundo.

A mis profesores, quienes con su paciencia, sabiduría y ejemplo, me inspiraron a superar los desafíos y a perseguir la excelencia. Sus enseñanzas no solo marcaron mi vida académica, sino también mi camino como persona. Este logro es, en parte, reflejo de su compromiso y dedicación.

Con todo mi amor y gratitud,

## **Introducción**

Con el cambio constitucional de 1991, Colombia realiza un cambio político y social, si bien la forma de Republica seguía teniendo la misma connotación, los fines del Estado se modifican en un desarrollo social, que busca priorizar los denominados derechos constitucionales, dentro de los cuales se encuentra el denominado derecho al debido proceso, el cual se determina como el accionar adecuado no solo en lo judicial, sino también en las actuaciones administrativas, convirtiendo el mismo en un derecho fundamental de acceso a la justicia y a la administración.

De igual forma con esta nueva forma de organización el Estado colombiano se reorganiza y de igual forma sus funciones en la administración, una de las principales funciones es el control migratorio, el cual no es un cambio novedoso de la norma constitucional de 1991, por cuanto el mismo ya venia funcionando desde inicios del siglo pasado, sin embargo, si se vincula un principio en el orden normativo denominado la discrecionalidad administrativa, el cual permite que ciertos tipos de decisiones administrativas no sean motivadas o justificadas, lo anterior permite evidenciar un claro conflicto de intereses entre el derecho fundamental del debido proceso y la discrecionalidad administrativa.

En el marco de las funciones administrativas migratorias, el Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, expidió la Resolución 5477 de 2022, estableciendo un marco normativo para regular la situación migratoria de los extranjeros en el país. En particular, el artículo 19 de esta resolución otorga a las autoridades migratorias facultades discrecionales para solicitar documentación adicional y realizar entrevistas con el fin de verificar la veracidad de las actividades que los extranjeros planean realizar en Colombia. Esta discrecionalidad, sin embargo, ha generado controversia debido a la falta de directrices claras que limiten su aplicación, lo que puede conllevar toma de decisiones arbitrarias y subjetivas.

Cuba es un país que ha sufrido muchas restricciones por los bloqueos comerciales y de relaciones exteriores, por cuanto desde mediados del siglo pasado, sus lideres políticos determinaron el territorio cubano como un Estado Socialista, esto ha con llevado que muchos países

generen restricciones en contra de sus ciudadanos. En el caso colombiano, es común que los cubanos soliciten visa tipo V o visa de turismo, sin embargo, debido a los bloqueos, muchos de sus ciudadanos intentan salir de la isla convirtiéndose este supuesto en un elemento de discriminación a ellos, en 2023 se registraron múltiples quejas de migrantes cubanos cuyas solicitudes de visa fueron rechazadas sin una motivación suficiente.

Comprendiendo el debido proceso como un derecho fundamental, el cual fácilmente puede entrar en conflicto con la discrecionalidad administrativa, en tanto el administrador puede tomar decisiones subjetivas o arbitrarias, es importante estudiar casos concretos y ver cuáles han sido las posturas de la Corte Constitucional frente a dicho conflicto. La falta de motivación o justificación en la discrecionalidad administrativa migratoria del territorio colombiano, que se encuentra normativizada en la resolución 5477 del 2022, permite evidencia un conflicto entre el denominado derecho fundamental del debido proceso, y la posible toma de decisiones arbitrarias o subjetivas que pueden llegarse a tomar contra los ciudadanos cubanos que quieren ingresar a realizar turismo en el territorio colombiano.

Una vez analizado el concepto del debido proceso y de la discrecionalidad administrativa, se realiza un análisis de un caso concreto en el cual una ciudadana cubana presentó una solicitud en junio de 2022, siendo esta rechazada sin una motivación o justificación clara. Esta situación no solo afecta a los individuos, sino que también pone en cuestión la transparencia y equidad del sistema migratorio colombiano. Además, estudios recientes muestran que más del 30% de las solicitudes de visa tipo V presentadas por ciudadanos cubanos entre 2022 y 2023 fueron rechazadas sin motivación clara, lo que recalca la necesidad de analizar el impacto de la discrecionalidad administrativa en el debido proceso.

Este estudio emplea una metodología cualitativa y documental, enfocada en conceptos teóricos y análisis de casos, la revisión normativa, jurisprudencial, y doctrinas sobre discrecionalidad administrativa y debido proceso. Se analizarán casos reales de solicitudes de visa tipo V de migrantes cubanos rechazadas entre 2022 y 2023, contrastándolos con los principios establecidos en la Constitución de Colombia.



## **1. Resumen del proyecto**

### **1.1. Descripción del problema**

Colombia se caracteriza por ser el primer país del continente sur americano en vincular en el orden constitucional los denominados derechos constitucionales, dentro de los cuales se clasifican los derechos fundamentales como cargas negativas para el Estado, por cuanto el mismo debe de garantizar los mismos para sus ciudadanos o cualquier otra persona que se encuentre en el territorio colombiano o que interactúe con el mismo.

Uno de los derechos más emblemáticos que se encuentra dentro del listado de los derechos fundamentales es el debido proceso, el cual se puede encontrar en la administración de justicia o en la funciones administrativas del estado, en este sentido este derecho cuando se enmarca en las funciones administrativas se identifica como el conjunto de garantías y procedimientos legales que deben seguir las autoridades al tomar decisiones que afecten derechos o intereses de las personas, con el objetivo de asegurar que estas decisiones se adopten de manera justa, imparcial y transparente, protegiendo los derechos de los administrados y evitando la arbitrariedad (Chávez, 2020). Entre los elementos que componen dicho derecho se encuentran: 1. La posibilidad de ser escuchado; 2. el acceso a pruebas; 3. la motivación de las decisiones; y 4. La posibilidad de impugnarlas (Chávez, 2020). En este contexto, la discrecionalidad administrativa, que otorga a las autoridades la facultad de tomar decisiones dentro de ciertos márgenes legales basándose en criterios técnicos o de conveniencia, puede afectar el debido proceso cuando no está claramente delimitada o cuando se ejerce sin justificación adecuada (Murillo, 2014).

En concordancia, la carencia de motivación en los actos administrativos ayuda a generar arbitrariedad e inequidad, sobre todo cuando no se ofrece una explicación que contenga razones suficientes para las decisiones que se toman. La decisión SU-917 de 2010 refuerza este principio al indicar que los actos administrativos deben tener motivación suficiente, ya que su falta permite que se vulneren los derechos constitucionales de los ciudadanos que pueden ser cuestionados dejando sin posibilidad para que el mismo controvierta los posibles motivos.

El deber de motivación de los actos administrativos que (por regla general) tiene la administración, hace efectiva la cláusula de Estado de Derecho, el principio democrático, el

principio de publicidad en las actuaciones de la administración, al tiempo que permite a los asociados contar con elementos de juicio suficientes para ejercer su derecho de contradicción y defensa a fin de acudir ante las instancias gubernativas y autoridades judiciales para controlar los abusos en el ejercicio del poder. De esta forma a la Administración corresponde motivar los actos, estos son, hacer expresas las razones de su decisión, mientras que a la jurisdicción compete definir si esas razones son justificadas constitucional y legalmente (Sentencia SU-917, 2010)<sup>1</sup>

La Resolución 5477 de 2022, regula el estatus migratorio de extranjeros en territorio colombiano. No obstante, en el Artículo 19 de la misma (Resolución 5477, 2022), se confiere un amplio criterio administrativo a las autoridades migratorias para exigir documentos de soporte y entrevistar a los extranjeros en aras de evaluar las actividades que pretenden llevar a cabo en el país anfitrión. Tal poder está destinado a proteger los intereses de seguridad nacional y la aplicación de las leyes migratorias, pero también puede poner en peligro ciertos derechos fundamentales del Estado Social de Derecho, tales como el debido proceso, y el derecho a la igualdad entre otros de igual importancia. La falta de directrices que aclaren que tal discreción no debe ejercerse de forma arbitraria o subjetiva es perjudicial porque fomenta prácticas que pueden discriminar fácilmente a grupos vulnerables, y en especial con la población específica de trabajo, como lo son los migrantes cubanos, quienes socialmente se han catalogado como sujetos que buscan mejores posibilidades fuera de su isla.

En este sentido han sido muy claro los planteamientos de la Corte Constitucional quien advierte que la falta de motivación constituye un incentivo a la arbitrariedad y detrimento la seguridad jurídica, lesionando el debido proceso (Sentencia SU-917 del 2010). En esta línea, Vidotte et al (2023) señalan que en la ausencia de motivación de los órganos administrativos aplicadores de políticas, incluso en solicitudes de refugio en situaciones de estados de excepción, son claramente vulneradoras del debido proceso administrativo, en tanto la claridad frente a los términos y su

---

<sup>1</sup> El concepto expuesto en esta sentencia es de gran importancia, por cuanto el mismo aun continúa siendo utilizado por la administración pública y el poder judicial de Colombia, incluso el mismo se cita textualmente en el Concepto 223811 de la función pública.

falencia de perentoriedad vulnera principios esenciales como la temporalidad y la transparencia que son los cimientos para la existencia de un debido proceso.

Estos tipos de vacíos legales genera una serie de consecuencias graves tanto para los migrantes como para las autoridades colombianas, permitiendo que elementos como la discrecionalidad administrativa, recaiga sobre posibles elementos subjetivos de los funcionarios llamados a tomar decisiones de este tipo. Desde una perspectiva jurídica, la falta de un marco normativo claro deja a los migrantes irregulares en una situación de incertidumbre, sin acceso a derechos básicos como la salud, la educación, y la protección laboral (Vidotte et al, 2023).

La subjetividad de los funcionarios tiene una fuerte capacidad para influir en derechos humanos y fundamentales de los extranjeros al determinar el resultado de su solicitud migratoria, más aún cuando el solicitante sea un ciudadano cubano, los cuales históricamente se han catalogado como humanos que buscan huir de su país.

La falta de uniformidad en la aplicación de esta norma no tan sólo vulnera principios constitucionales como el de la igualdad y el de la legalidad, sino que, también pone en peligro el respeto hacia el debido proceso administrativo. De igual manera, el ejercicio arbitrario de esta atribución puede afectar de manera adversa la proyección internacional del país.

El cambio de un Estado Legalista a un Estado Social de Derecho, requiere la aplicación de revisión de normatividades pre constitucionales que aún continúan vigentes dentro de la vigencia de la norma del 1991, y más aún, un control constitucional de las normas expedidas dentro de la vigencia de esta norma constitucional, permitiendo efectivizar el cumplimiento del mandato constitucional en todas las instituciones (Sentencia No. C-560/92, 1992).

Partiendo de todo lo anterior, se evidencia con claridad el problema central de la investigación, el cual radica en la confrontación entre el derecho fundamental al debido proceso, el cual no solo se aplica en lo judicial, sino también en lo administrativo, y para esto, requiere que todo tipo de acto administrativo sea motivado o justificado, para que así la persona o personas puedan ejercer la contradicción del mismo, sin embargo, y desde la facultades legales, el mismo puede ser afectado, cuando la administración pública, en pro de la discrecionalidad administrativa, toma una decisión que puede afectar a los sujetos, sin justificar o motivar la misma; el análisis de la

confrontación de estos elementos se llevara a un escenario practico, al revisar un caso concreto donde una migrante cubana, solicita una visa tipo V de turismo, siendo negada la misma sin la motivación o justificación suficiente, permitiendo evidenciar cierto sesgo de subjetividad del funcionario público.

### **1.1.1. Formulación del problema**

¿Cuáles son las afectaciones al debido proceso de los migrantes cubanos solicitantes de visa tipo V, derivadas de la discrecionalidad administrativa contemplada en el Artículo 19 de la Resolución 5477 de 2022?

## **1.2. Justificación**

La investigación sobre las afectaciones al debido proceso derivadas de la discrecionalidad administrativa en la aplicación del artículo 19 de la Resolución 5477 de 2022, específicamente en las solicitudes de visa tipo V de migrantes cubanos, responde a una necesidad crítica de evaluar y entender las implicaciones legales y humanitarias de las políticas migratorias en Colombia. Este estudio se justifica por la necesidad de garantizar que las prácticas administrativas no solo se adhieran a los principios legales nacionales, sino que también respeten los estándares internacionales de derechos humanos.

Desde una perspectiva académica, esta investigación contribuye significativamente al cuerpo de conocimiento en el campo del derecho migratorio y administrativo, ofreciendo una visión detallada de cómo las leyes son aplicadas en la práctica y los efectos de dicha aplicación en la vida de los individuos afectados. El estudio es especialmente relevante para profesionales y estudiantes del derecho, proporcionando un análisis crítico de las intersecciones entre el derecho administrativo y los derechos humanos en un contexto migratorio.

De la misma manera, la investigación tiene una importancia sustancial para la universidad y la comunidad académica en general, ya que fomenta una comprensión más profunda de los desafíos legales y éticos en la gestión de la migración, esto no solo enriquece la enseñanza y el aprendizaje en estas áreas, sino que también equipa a futuros abogados y profesionales del derecho con las herramientas necesarias para abordar y resolver problemas similares en sus carreras profesionales.

En términos de importancia científica, este estudio aborda directamente las consecuencias de las políticas gubernamentales sobre individuos particulares, contribuyendo así a debates más amplios sobre la equidad, la justicia y la eficacia de la ley en la sociedad moderna, al examinar las implicaciones de la discrecionalidad administrativa en el proceso de solicitud de visas, la investigación proporciona evidencia empírica que puede ser utilizada para reformar prácticas, influir en la política pública y mejorar los procedimientos legales y administrativos para asegurar que sean justos, transparentes y respetuosos de los derechos fundamentales.

### **1.3. Objetivos**

#### ***1.3.1. Objetivo general***

Analizar las afectaciones del debido proceso, ante la discrecional administrativa del Artículo 19 de la Resolución 5477 de 2022, de los migrantes cubanos solicitantes de visa tipo V

#### ***1.3.2. Objetivos específicos***

- Examinar los conceptos jurisprudenciales sobre que se comprende por el debido proceso administrativo.
- Revisar el concepto de facultad discrecional ante la migración en el territorio colombiano y las visas tipo V.
- Estudiar las posibles vulneraciones al debido proceso ante la facultad discrecional que puede enfrentar un migrante cubano solicitante de visa tipo V.

### **1.4. Marco referencial o fundamentos teóricos**

#### ***1.4.1. Antecedentes***

**1.4.1.1. Internacionales.** Arenas (2023) aborda la intersección entre el derecho administrativo sancionador y el derecho penal en los procesos de expulsión de migrantes en Chile, enfocándose en la posible vulneración del principio non bis in ídem.

La investigación se centra en la aplicación del Artículo 15 N°2 del Decreto Ley 1.094, analizando casos donde se dicta una expulsión administrativa a pesar de que el migrante ha cumplido previamente una condena penal. Este fenómeno refleja una problemática más amplia

sobre el uso discrecional de facultades administrativas en el ámbito migratorio, generando inseguridad jurídica y afectando el debido proceso. La revisión de la normativa, doctrina y jurisprudencia es clave para identificar vacíos legales y contradicciones que podrían comprometer los derechos de los migrantes.

Arias (2021) examina la jurisprudencia nacional sobre migración, centrada en las decisiones de las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema durante el periodo 2010-2020. El propósito principal es evaluar si los tribunales superiores han reconocido a los migrantes como titulares de derechos y qué factores han influido en estos pronunciamientos.

La investigación utiliza una metodología cualitativa basada en el análisis de sentencias relevantes en el ámbito de los derechos migratorios. Los resultados muestran que existen dos líneas de interpretación en la jurisprudencia: una que valora las circunstancias concretas del caso para otorgar derechos a los migrantes y otra que adopta una perspectiva más rígida y literal, aplicando la normativa de forma estricta.

La investigación concluye que, aunque hay un reconocimiento parcial de los derechos de los migrantes, la falta de consistencia en los criterios limita la protección efectiva, particularmente en momentos de alta exposición mediática del fenómeno migratorio.

Basantes (2021) estudia el proceso de regularización migratoria de los ciudadanos venezolanos en Ecuador, tomando como eje el desarrollo humano y la gobernanza migratoria.

La investigación es situacional en el contexto de la Declaración de Quito (2018) y el Decreto Ejecutivo 826, que son documentos importantes para la implementación de políticas de regularización en el contexto de la crisis migratoria venezolana.

El objetivo principal es averiguar si el proceso dado se llevó a cabo de acuerdo con los principios de desarrollo humano, con énfasis en la expansión de capacidades y la gobernanza migratoria como política, por medio del análisis documental y entrevistas, la autora examina el rango de efectos previos y posteriores al proceso diseñado e implementado, y cómo esto afectó las condiciones de vida de la población migrante.

A nivel internacional se puede evidenciar no solo en el ámbito jurídico, sino también en el ámbito social, la preocupación de investigaciones que busquen soluciones a problemas migratorios, sin embargo tomando en cuenta los fines de la presente investigación, las tres investigaciones presentadas como precedentes internacionales se enfocan en uno o varios de los criterios que se trabajaran en la presente, permitiendo evidenciar que el problema a trabajar no solo se presenta actualmente en Colombia, sino a nivel internacional.

**1.4.1.2. Nacionales.** Moreno y Pelacani (2020) estudian la función de la corte constitucional colombiana como un sitio para la construcción de la experimentación constitucional en temas migratorios, particularmente en relación con la crisis migratoria venezolana a través de la interpretación de algunas decisiones clave.

Las autoras intentan demostrar cómo la corte ha ampliado la protección de los derechos humanos de los migrantes en especial en el caso de los migrantes venezolanos que se encuentran de manera irregular dentro del territorio colombiano.

Para el desarrollo del estudio las autoras realizan un análisis de jurisprudencia y revisión documental de las normativas nacionales e internacionales relativas a la migración, centrándose especialmente en casos de protección de mujeres migrantes en situación de vulnerabilidad o el de los niños en riesgo de apatridia.

Las autoras concluyen su estudio enfatizando y reconociendo el notable avance de la jurisprudencia con relación a la protección de los derechos de los migrantes, sin embargo, también se concluye evidenciando la falta de regulación normativa en el territorio colombiano, con respecto a una ley de migración.

Vidotte et al (2023), realizan una revisión a las posibles vulneraciones del debido proceso administrativo que se presenta ante un migrante solicitante de refugio, más aún cuando dicha petición se realiza en los estados de excepción en el territorio colombiano.

Las autoras y el autor enfatizan que el debido proceso es un derecho fundamental que se debe de aplicar no solo en la vía judicial, sino también en la vía administrativa, partiendo de esto realizan un análisis de la normatividad colombiana mediante la cual se ha reglamentado el refugio,

observando que la misma no cuenta con términos perentorios, lo cual evidencia una clara afectación a la pronta respuesta y la celeridad de los solicitantes de dicha medida de protección.

Este estudio no solo presenta esta vulneración, sino que profundiza el caso concreto de la pandemia del COVID – 19, cuando el territorio colombiano entro en un estado de excepción, en el cual, instituciones como migración Colombia y el Ministerio de Relaciones Exteriores, realizaron un alto a algunas de sus funciones, entre estas el reconocimiento a los solicitantes de refugio.

Salazar y Pulido (2022) abordan la compleja situación de los migrantes venezolanos en Colombia, con un enfoque particular en su acceso al sistema de salud.

En el contexto de la crisis migratoria, que ha llevado a la llegada de aproximadamente 1,8 millones de venezolanos al país, la mayoría en situación migratoria irregular, el artículo examina los deberes del Estado colombiano respecto a la atención en salud de esta población vulnerable.

El debate que presentan los autores, también busca identificar el derecho a la salud como un derecho convencional, de los cuales el estado colombiano se ha comprometido a cumplir con los mismos, sin embargo, este no se logrado cumplir con los requisitos, al punto de que la Corte Constitucional pasa de ser un ente garantista a un ente que desconoce los derechos de los migrantes, por una política pública paupérrima en su aplicación.

Vanegas (2023) la autora aborda el derecho fundamental de asilo en Colombia, enfocándose en los avances y vacíos de protección en la jurisprudencia constitucional.

El estudio resalta que la decisión de otorgar asilo en Colombia recae en el Ministerio de Relaciones Exteriores, lo que deja a los solicitantes bajo la discrecionalidad de una autoridad administrativa perteneciente a la rama ejecutiva.

Mediante un análisis de jurisprudencia, la autora busca identificar cómo los jueces constitucionales han abordado diversas soluciones a dicho problema, logrando determinar que en el contexto migratorio de Colombia se han dado decisiones judiciales importantes en materia de asilo, y aun cuando las sentencias han sido exhortativas para el congreso, todavía persisten vacíos significativos en cuanto a la protección judicial de este derecho.



La investigación se centra en una metodología cualitativa, que revisa diversos fallos judiciales, sus avances y retrocesos en la materia específica del asilo para migrantes.

Rico (2023), presenta un análisis sobre la protección del derecho a la seguridad social en pensiones para los migrantes venezolanos en Colombia, en el contexto de la diáspora venezolana de la última década.

El objetivo general es analizar cómo la migración ha impactado el acceso a la seguridad social, enfocándose en la falta de mecanismos bilaterales o multilaterales que permitan una articulación adecuada entre los regímenes pensionales de Colombia y Venezuela.

La metodología utilizada incluye un análisis documental comparado de la legislación vigente en ambos países, así como un estudio de los convenios internacionales sobre seguridad social que fueron ratificados por los dos países y que puedan generar beneficios a los migrantes.

Dentro de los resultados expuestos en esta investigación se destaca que, a pesar de la histórica relación binacional entre Colombia y Venezuela, no existen convenios que aseguren la protección pensional de los migrantes venezolanos en Colombia y viceversa, aun cuando hace algunos años la migración fue en sentido contrario, ya que por los hechos bélicos presentados en Colombia, fueron varios los pobladores que optaron por ir a vivir al vecino país, generando vacíos en la protección a largo plazo de este tipo de derechos.

Entre las conclusiones y recomendaciones se subraya la necesidad de crear mecanismos de cooperación bilateral para garantizar la seguridad social en pensiones de estos migrantes, mediante convenios que aseguren la integración de los regímenes pensionales internacionales.

Se evidencia que dentro del contexto colombiano, son varios los textos e investigaciones que se han presentado con respecto al tema migratorio, sin embargo, y debido al fenómeno migratorio venezolano que se ha presentado desde mediados de la década pasada, y que logro afectar de manera directa a finales de la misma década al territorio colombiano, todos los estudios se centran en demostrar falencias en el concepto normativo y jurisprudencial, en tanto la Corte Constitucional ha variado sus precedentes dependiendo de las políticas públicas que han buscado darle una posible solución a dichos problemas.

La literatura a nivel nacional varía desde trabajos de pregrado, posgrado (nivel de maestría), como artículos científicos (publicados en revistas de alto impacto y con calificación y reconocimiento por el ministerio de educación), permitiendo concluir que el tema migratorio es un tema de alto impacto en las investigaciones socio jurídicas.

A pesar de todo lo anterior y como se menciona de manera previa, la mayoría de estos estudios se centran solamente en el fenómeno migratorio venezolano, el cual, como lo explican la mayoría de los autores, se ha ido resolviendo en la medida que se han ido generando los problemas socio jurídicos, sin embargo, es importante reconocer que, gracias a dicho fenómeno, los legisladores colombianos generaron por primera vez una ley de migración, la cual no dio solución al problema aquí planteado.

Con respecto al tema planteado, no existe bibliografía específica, motivo por el cual se buscaron semejantes que vinculan algunos de los conceptos que se desarrollarán en el presente trabajo.

#### ***1.4.1. Marco teórico***

Desde los orígenes de la independencia de Colombia, el territorio se caracterizó por mantener sus fines dentro de un Estado legalista, incluso dentro del periodo confederado y federal, sus normas constitucionales se consagraban en el desarrollo legal.

Como lo explica Viciano y Martínez (2010), Yong (2009) y Carrillo (2023), a finales del siglo pasado, y como un elemento de protesta contra toda la violencia que se había vivido en el territorio colombiano desde mediados de la década pasada, varios universitarios se unieron e iniciaron el movimiento de la séptima papeleta, el cual buscaba una renovación constitucional, que permitiera el poder vivir en paz. Fue así como dicho movimiento prosperó y dio origen a la primera asamblea constituyente colombiana, la cual se consolidó con representantes de diferentes campos, y que generó una nueva constitución.

La nueva constitución de 1991, se asemeja a los planteamientos de Pozzolo (1998), quien al revisar las normas constitucionales alemana e italiana que surgen posterior a la segunda guerra mundial, las determina como neo constitucionales, denominación que también se aplica para las posteriores constituciones española y portuguesa de posguerra, donde la autora identifica que las

mismas vincula derechos constitucionales que se convierten en cargas negativas para los estados, por cuanto estas deben de ser cumplidas por encima de cualquier fin de los mismos.

En este mismo orden de ideas, Viciano y Martínez (2010), al revisar las normas constitucionales del continente americano, determinan que el cambio colombiano de 1991, puede determinarse como un nuevo rumbo que incluso supera a las normas europeas, en cuanto la misma vincula derechos colectivos y del medio ambiente, algo totalmente innovador para su época; sin embargo Carvajal (2020), al revisar la sentencia T - 406 de 1992, observa que dentro de la misma, la Corte Constitucional en la explicación del cambio del concepto de Estado Legal a Estado Social de Derecho es consciente del mismo, y este mismo tribunal advierte que dicho cambio será la puerta para un nuevo constitucionalismo para América latina.

En este orden de ideas el concepto del Estado Social de Derecho se refiere al principio de que todas las acciones del gobierno deben estar basadas en la ley, respetando los derechos fundamentales de todas las personas, incluidos los migrantes, en la medida que lo social prima incluso sobre lo legal; por su otra parte se encuentra la discrecionalidad administrativa, si bien es necesaria en ciertos casos para permitir flexibilidad en la toma de decisiones, debe estar limitada y orientada por el respeto a los derechos fundamentales y los principios de justicia.(Villar, 2007)

Los derechos fundamentales son inherentes a todas las personas y están protegidos por la Constitución entre estos derechos se encuentran la igualdad, la vida, la libertad, el debido proceso, el acceso a la justicia, entre otros de igual importancia (Mosquera 2022). En el caso de los migrantes, estos derechos deben ser garantizados, independientemente de su situación migratoria, lo que implica que el Estado debe asegurar procedimientos claros y justos en la toma de decisiones que afecten su estatus, por ende la discrecionalidad administrativa no puede ir en contra de la garantía y materialización de la protección de este tipo de derechos, los cuales cobran especial relevancia, pues las decisiones que toman las autoridades deben estar plenamente justificadas y no deben discriminar a ningún grupo social, incluyendo a los migrantes (Mosquera, 2022).

El Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano (NCL) sostiene que las constituciones no son solo textos jurídicos, sino instrumentos de transformación social vinculados a divisiones y el reconocimiento de clases que han sido históricamente marginadas, como son los migrantes. Dentro

de este enfoque, la Corte Constitucional de Colombia es considerada un juez de garantías que a partir de los fallos trata de profundizar y redefinir el alcance de los derechos fundamentales de los ciudadanos adaptándose a las nuevas realidades socioculturales y para el caso concreto a los fenómenos migratorios. Esto se aprecia en los diversos fallos que hacen un llamado a la materialización de la dignidad humana de los migrantes y les protege el acceso a servicios básicos, permitiendo evidenciar que este alto tribunal se comprende que los derechos fundamentales son cargas negativas que se deben imponer al Estado y que por consiguiente los mismos deben de ser salvaguardados por encima de conceptos legales que puedan intentar contra los mismos (Cubides et al., 2021).

En este orden de ideas Cubides et al (2021) consideran relevante para el NCL el concepto jurisprudencial desde una expectativa experimental, de modo que se pueden considerar las decisiones de la Corte no solo como resoluciones de casos individuales, sino también como bloques de construcción de innovación legal y social, de esta manera, el desarrollo del derecho puede ocurrir de una manera más dinámica y participativa, permitiendo el ajuste de las políticas migratorias según los desafíos actuales. Por lo tanto, la integración del NCL con el experimentalismo constitucional ofrece una base sólida para examinar las funciones de la Corte Constitucional en la protección de los derechos de los migrantes que ingresan en el territorio colombiano.

Partiendo de todo lo anterior, el presente estudio toma como referente teórico el concepto del nuevo constitucionalismo latinoamericano, si bien como se pudo observar de manera previa, fue la misma Corte Constitucional quien ya para el año de 1992 en su sentencia T 406 de 1992, advirtió sobre la importancia del cambio constitucional que para el año de 1991, adelantaba Colombia, y las implicaciones que esta misma llevaría al continente sur americano, estos conceptos fueron tomados y analizados por diferentes autores de diversas latitudes, permitiendo evidenciar que el cambio pronosticado por este alto tribunal impactaría también el mundo académico.

Si bien el neo constitucionalismo surge en Europa, y posteriormente se denomina nuevo constitucionalismo, en el caso latinoamericano, no solo se vinculan los denominados derechos fundamentales, sociales y económicos, sino que además de estos, también se da una protección a

derechos de orden colectivo y del medio ambiente, que generan un nuevo paradigma que logro superar las normas constitucionales de posguerra que surgieron en Europa.

Sin embargo y a pesar de los avances normativos de orden constitucional, algunos autores consideran que el abrupto cambio de un Estado Legalista a un Estado Social de Derecho, sin haber comprendido el alcance de los derechos sociales, puede ser un problema en la materialización de los mismos, por ende, el estudio en concreto analizara y revisara la aplicación del derecho fundamental del debido proceso, y como el mismo se puede o no ver afectado ante la discrecionalidad administrativa en la toma de decisiones de las autoridades migratorias, permitiendo concluir si el Estado Social de Derecho es simplemente una denominación textual o una materialización.

#### ***1.4.2. Marco conceptual***

El Marco Conceptual de este estudio proporciona un marco claro para comprender, analizar y poder dar respuesta a la pregunta guía, y en dar alcance al planteamiento del objetivo general y los específicos, logrando determinar con claridad el alcance de los mismos.

Para alcanzar los resultados esperados en el objetivo general, se establecieron tres objetivos específicos, los cuales analizaran: 1. El debido proceso; 2. La discrecionalidad administrativa; y 3. La confluencia de estos dos primeros elementos en la aplicación de un caso concreto, con la revisión de algunos casos semejantes que puedan ser catalogados como emblemáticos.

Por ende, uno de los primeros conceptos que se revisara en el desarrollo del trabajo es el concepto del derecho fundamental al debido proceso, el cual se identifica como un principio clave que garantiza a todas las personas el derecho a ser tratadas de manera justa, equitativa y abierta en cualquier acción administrativa o judicial que pueda afectar sus derechos o intereses (Agudelo (2021), partiendo esta noción, se identifican conceptos estructurales de dicho derecho tales como: 1. La notificación anticipada; 2. El acceso y presentación de pruebas; 3. La presentación y profundización en el caso; 4. La controversia y recursos de las decisiones o acciones legales contra decisiones que considera tomadas en su perjuicio; en el contexto administrativo, está orientado hacia la eliminación de abusos y el establecimiento de fundamentos razonables para las decisiones de las autoridades (Agudelo, 2005).

Con respecto a la discrecionalidad, existen diversas posturas teóricas y jurisprudenciales, sin embargo, una de las más aceptadas es la expuesta por Mora (2012), quien construye el concepto de discrecionalidad a partir de varios autores, logrando determinar que este concepto aplicado a la administración pública, se debe de comprender como la libertad del administrador de poder actuar dentro de un margen de legalidad generando un margen de independencia y determinación para cada caso concreto.

Al respecto, el Estado social de derecho es un modelo político y jurídico que combina los principios del Estado de derecho con la búsqueda de justicia social. En un Estado social de derecho, como lo establece la Constitución Política de Colombia de 1991, las acciones del gobierno están regidas por el respeto a la legalidad, los derechos fundamentales y la garantía de condiciones de vida dignas para todas las personas. Este modelo prioriza la igualdad, la inclusión social y la participación ciudadana, además de establecer que todas las decisiones administrativas y judiciales deben respetar el marco constitucional y los principios democráticos. En este contexto, el Estado está obligado a garantizar la protección de los derechos de los individuos, incluyendo a los migrantes, mediante procedimientos claros y justos (Angarita, 2021).

Partiendo de esta breve descripción de los conceptos que serán profundizados en el trabajo es menester recalcar que la discrecionalidad administrativa en el contexto migratorio colombiano, específicamente en las solicitudes de visa tipo V por parte de migrantes cubanos, ha generado un debate sobre la posible vulneración del debido proceso, en tanto el artículo 19 de la Resolución 5477 de 2022 otorga amplias facultades a las autoridades migratorias para requerir documentación adicional y realizar entrevistas con el fin de verificar la veracidad de las actividades que los extranjeros desean realizar en el país. Aunque esta medida tiene como fin garantizar la seguridad nacional y el cumplimiento de las leyes migratorias, su aplicación sin motivación clara ha llevado a la adopción de decisiones que carecen de transparencia y afectan directamente los derechos fundamentales de los solicitantes.

### ***1.4.3. Marco contextual***

Se utiliza el término migrante para referirse a cualquier persona que se desplaza fuera de su lugar de residencia habitual, ya sea dentro de su país de origen o cruzando una frontera internacional, de

manera temporal o permanente. Esta definición, adoptada por la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), abarca a todas las personas que experimentan movilidad geográfica, sin importar el motivo de su desplazamiento (Kingman, 2021).

La migración hay que entenderla como la movilización (voluntaria o involuntaria) de una persona con el objeto de que esta persona establezca su dominio, sea de forma temporal o permanente, en otro país, región o ciudad. Esto permite movimientos internos (dentro de un país) y movimientos externos (a través de fronteras internacionales). Esto podría ser voluntario, como mudarse a un país debido a mejores oportunidades en los negocios o incluso por guerra o en algunos casos por conflictos, violencia o terremotos. No hay una visita ni es su traslado a un imperio que lo abarque todo, y se debe reconocer que la migración en sí misma existe como un término multifacético; abarca aspectos sociales, económicos, políticos e incluso culturales. En este sentido, las políticas de migración deberán ser capaces de equilibrar entre la seguridad nacional y la protección de los derechos humanos a través de la inclusión social (Observatorio de Migración Internacional, 2021).

Como parte de la legitimidad de los Estados, a nivel internacional y con el pasar del tiempo la migración ha ido tomando otro rumbo, en la medida que cada Estado es soberano y por ende legítimo, permitiendo que este sea autónomo de abrir o cerrar las puertas de acceso a un migrante, en este orden de ideas los documentos como las visas se han convertido en documentos oficiales emitido por las autoridades migratorias de un país que autoriza a una persona extranjera a ingresar, permanecer temporalmente o residir en su territorio bajo condiciones específicas.

Existen diferentes tipos de visas dependiendo del propósito del viaje, como turismo, estudio, trabajo o reunificación familiar, este instrumento permite regular los flujos migratorios y garantizar que las personas cumplan con los requisitos legales y administrativos establecidos por el país receptor. En términos generales, la visa constituye un mecanismo clave para el control migratorio y la seguridad de los Estados, pero también puede ser una herramienta para facilitar la movilidad humana cuando se aplica con transparencia y justicia.

En el caso de los migrantes cubanos, se han generado mucha restricción para estos, por cuanto desde la década de los 60s, cuando su gobierno se declaró socialista, se ha evidenciado un gran número de migrantes que buscan salir de la isla en pro de cambiar sus condiciones de vida,

elemento que ha generado un imaginario que todos los migrantes cubanos saldrán de la isla sin intención de retornar a la misma.

En Colombia, la política migratoria está regulada por normativas que definen los procedimientos para la entrada, permanencia y regularización de extranjeros, incluyendo la concesión de visas. Los derechos de los migrantes, incluidos aquellos en situación irregular, deben ser protegidos conforme a las normas nacionales e internacionales de derechos humanos, en tanto el Estado tiene la obligación de garantizar que los procedimientos migratorios respeten los principios de igualdad, no discriminación y debido proceso (Ministerio de Salud, 2018). Finalmente, la teoría de mecanismos de control y transparencia para evitar que la discrecionalidad se convierta en arbitrariedad.

De la información presentada, el contexto se centra en la legitimidad del territorio colombiano, y como este salvaguarda sus intereses, en la toma de decisiones autónomas, que buscan evitar migraciones masivas que pueda afectar su territorio, sin embargo el mismo será analizado en un caso de migración como lo es la migración cubana, y las posibles afectaciones que se puedan generar cuando ante la posibilidad de tomar decisiones fundamentadas en la discrecionalidad, las mismas puedan ser subjetivas y afectar el derecho a un debido proceso.

#### ***1.4.4. Marco legal***

En el ámbito internacional, Colombia está comprometida a garantizar el debido proceso y los principios que este abarca de los siguientes tratados internacionales:

1. Declaración Universal de los derechos Humanos expedida por la ONU (1948).
2. Pacto Internacional de derechos civiles y políticos (ONU 1976).
3. Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1969).
4. Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1981).
5. Convención sobre los Derechos del Niño (1990).
6. Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (1990).



7. Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006).
8. Observación General, N° 32, al Pacto de los Derechos Civiles y Políticos (2007).
9. Convención Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948).

Desde el ámbito convencional de índole internacional, es importante resaltar que son varias las convenciones, declaraciones, tratados, acuerdos y observaciones que han sido ratificadas por Colombia y que buscan una adecuada implementación del derecho al debido proceso, volviendo vinculante para el Estado colombiano la materialización y aplicación del mismo.

En la legislación colombiana, la Constitución Política de 1991 es el principal instrumento normativo que regula el accionar del Estado. El Artículo 2 consagra el deber del Estado de proteger a todas las personas en su territorio, incluidos los extranjeros, mientras que el Artículo 29 garantiza el derecho al debido proceso en todas las actuaciones administrativas.

El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011) es otra pieza clave en el marco legal colombiano. El Artículo 3 establece el principio de legalidad en las actuaciones administrativas, exigiendo que todas las decisiones se basen en el cumplimiento de la ley y el respeto a los derechos fundamentales. El Artículo 9 refuerza la obligación de motivar las decisiones. Este código también otorga a los ciudadanos el derecho a interponer recursos y apelaciones contra decisiones administrativas, motivo por el cual cualquier tipo de decisión debe ser justificada o motivada (Ley 1437, 2011).

La Resolución 5477 de 2022, emitida por el Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, es el reglamento principal que establece las condiciones para la emisión de visas en el país. El Artículo 19 de esta resolución otorga a las autoridades migratorias la facultad discrecional de solicitar documentación adicional o realizar entrevistas para verificar la veracidad de la información proporcionada por los solicitantes de visa. Sin embargo, esta discrecionalidad puede resultar problemática cuando no está regulada adecuadamente, ya que puede generar decisiones arbitrarias que vulneren los derechos de los migrantes.

A nivel de decretos, el Decreto 1067 de 2015, que unifica las normas relacionadas con las funciones de relaciones exteriores, incluye directrices sobre el procedimiento para la expedición de visas, exigiendo la observancia de principios de equidad, legalidad, publicidad y celeridad.

En cuanto a la jurisprudencia relevante, las sentencias T - 909 del 2009, C – 034 del 2014, C – 029 del 2021 y SU 174 del 2021, de la Corte Constitucional son de alta importancia, ya que en dichos pronunciamientos se enfatiza la obligación de las autoridades administrativas de motivar sus decisiones.

Este orden jurisprudencial determina que la falta de motivación se considera una violación al debido proceso, lo cual es especialmente pertinente en el contexto de la emisión de visas, donde las decisiones deben ser claras y basadas en criterios objetivos evitando posibles hierros que recaigan sobre la subjetividad del administrador.

Por otra parte, y frente a este alto tribunal también se encuentran sentencias de relevancia en el tema de discrecionalidad administrativa tales como: C – 031 de 1995, C - 734 del 2000 y SU – 288 del año 2015, dichos fallos pueden rescatarse de gran importancia en la medida que los mismos permiten generar un concepto claro sobre la discrecionalidad que puede tener la administración.

En este orden de ideas, se evidencia que los conceptos a tratar se encuentran regulados a nivel internacional y nacional, sin embargo, la aplicación y materialización de los mismos se ha dado en casos concretos donde la interpretación del juzgados puede variar sobre las finalidades de la norma, por ende es menester del presente trabajo revisar los conceptos normativos y jurisprudenciales, no solo en el contexto simple de la norma o la jurisprudencia, sino en un contraste con las diferentes posturas que se han desarrollado sobre dichos conceptos, concentrado el estudio en el caso concreto de la investigación.

## **1.5. Metodología**

### **1.5.1. Paradigma de investigación**

Desde la perspectiva de Witker (2021), quien considera que:

Aceptado lo anterior, la investigación en ciencias sociales, humanas o culturales, son vistas, en general, bajo tres grandes paradigmas: el positivismo (cuyos autores representativos son Hans Kelsen, y Eduardo García Máynez en México), las teorías comprensivas y hermenéuticas (cuyos representantes, en el mundo jurídico, son Arthur Kaufmann y Josef Esser) y el marxismo (representado por personajes como Evgeny Pashukanis y Oscar Correas). Pág.1.

El presente estudio se puede centrar en un paradigma de comprensión hermenéutico, en cuanto se analiza un fenómeno socio jurídico, no solo desde la concepción normativa, sino, desde la aplicación de diferentes conceptos en un contraste con las realidades de casos concretos.

### ***1.5.2. Enfoque de investigación***

Hernández et al (2014), determina que el enfoque de investigación cualitativa debe de contar con las siguientes características:

El enfoque cualitativo<sup>5</sup> también se guía por áreas o temas significativos de investigación. Sin embargo, en lugar de que la claridad sobre las preguntas de investigación e hipótesis preceda a la recolección y el análisis de los datos (como en la mayoría de los estudios cuantitativos), los estudios cualitativos pueden desarrollar preguntas e hipótesis antes, durante o después de la recolección y el análisis de los datos. Con frecuencia, estas actividades sirven, primero, para descubrir cuáles son las preguntas de investigación más importantes; y después, para perfeccionarlas y responderlas. Pág. 7.

De la revisión de esta definición es importante resaltar que el planteamiento del problema genera una pregunta guía y orientadora a la presente investigación, la cual busca dar una solución al contrastar si la discrecionalidad administrativa puede llegar a atentar contra el derecho al debido proceso, cuando los migrantes cubanos solicitan una visa tipo V en el territorio colombiano.

Si bien la pregunta es clara, a lo largo del trabajo se presentarán diferentes elementos y conceptos que se enmarcan en las cualidades, sin embargo, estos conceptos al ser cualidades, no se pueden catalogar como elementos absolutos de un orden social o jurídico (Witker, 2021), por lo cual los mismos podrán variar en un determinado tiempo.

### ***1.5.3. Tipo de investigación***

Acorde a las ideas presentadas por Hernández et al (2017), la presente investigación se puede catalogar como una investigación descriptiva simple y descriptiva comparada, en tanto estos autores definen cada uno de estos elementos de la siguiente manera:

Se dice que es la forma más simple de diseño en la investigación que puede asumir un investigador. Algunos autores consideran que no son estrictamente investigaciones que necesiten de identificar su diseño, debido a que el investigador recoge información del momento en que se efectúa la investigación, para resolver un problema o fenómeno previamente determinado (objeto de estudio), requiriendo administración o control del tratamiento muy laxo. Por ejemplo, un investigador quiere conocer las percepciones y las dificultades que tienen los empresarios respecto a las seguridades en la realización de contratos y se establece recoger esta información con la finalidad de poder gestionar la modificación y/o complementación de las normas específicas. Como se aprecia, en este caso no se busca relacionar o controlar variables, sino simplemente obtener información para poder tomar una decisión de cambio o complementación de las normas. Pág. 233.

En el desarrollo del objetivo primero y segundo, se desarrolla búsqueda de bibliografía de la cual se toman los principales conceptos que permitirán clarificar ideas, y por ende permitirán construir los conceptos necesarios de manera autónoma.

Posteriormente en el análisis y contrastación de estos elementos en la revisión de casos concretos, la investigación podrá ser catalogada como descriptiva comparada en tanto la misma los conceptos descritos previamente, serán analizados en un contraste de la realidad (Hernández et al, 2017) y su aplicación en el desarrollo del Estado Social de Derecho

#### ***1.5.4. Población y muestra / Unidad de trabajo y unidad de análisis***

La unidad de trabajo de esta investigación está constituida por los documentos legales y normativos, las resoluciones migratorias, informes de derechos humanos, y la literatura académica relacionada con las políticas migratorias en Colombia.

Asimismo, se consideran casos específicos donde se ha aplicado o se ha denegado la visa tipo V a migrantes cubanos bajo la Resolución 5477 de 2022. La unidad de análisis está centrada en el contenido de la Resolución 5477 de 2022, los artículos relacionados con la discrecionalidad administrativa, y los efectos concretos en el proceso migratorio.

Además, se analizan casos representativos de migrantes que han sido afectados por la aplicación de dicha resolución, permitiendo así una comprensión crítica del impacto legal y social.

### ***1.5.5. Técnica e instrumentos de recolección de información***

#### **1.5.5.1. Las técnicas de investigación.**

**1.5.5.1.1. La técnica de observación.** En esta investigación, la observación documental es utilizada para identificar las disposiciones clave de la Resolución 5477 de 2022 y su aplicación en casos específicos de denegación de visas.

Esta observación se realiza mediante una revisión exhaustiva de los documentos disponibles, destacando aquellos elementos que afectan el debido proceso y los derechos de los migrantes, en especial, la comunidad cubana.

La observación no se realiza en un contexto de campo, sino a partir del examen detallado de documentos legales, jurisprudenciales y doctrinarios, llevados a un contraste como aporte del desarrollo del trabajo.

**1.5.5.2. Instrumentos de investigación.** El instrumento principal utilizado en la investigación es el análisis documental, el cual permite el examen crítico de normativas legales, jurisprudencia, literatura académica, y casos relevantes.

Se utiliza una guía de análisis de contenido para codificar y clasificar los datos extraídos de los documentos, lo que facilita la identificación de patrones y temas relacionados con la discrecionalidad administrativa y el debido proceso en la emisión de visas tipo V, logrando observar las posibles vulneraciones al derecho fundamental de estudio.

## **2. Presentación de resultados**

La presentación de resultados partirá del proceso de transformación del Estado Legal hacia el Estado Social de Derecho para mostrar en qué medida esta transformación permite un acceso más holístico, integrado a los derechos fundamentales, y entre estos el derecho al debido proceso administrativo, como una garantía de este nuevo régimen constitucional.

Al ser un trabajo cualitativo, se realizará la presentación de algunos conceptos doctrinarios sobre derechos fundamentales y del debido proceso, lo cual permitirá exponer de manera sistemática y estructurada, las nociones jurisprudenciales que sustentan el debido proceso administrativo como un derecho fundamental.

En tal sentido, se especificará cuál ha sido el papel de la Corte Constitucional en la defensa de este derecho, logrando identificar a este alto tribunal como un generador de garantías que ha permitido la materialización de ciertos derechos.

Posteriormente se presentarán los conceptos de discrecionalidad administrativa, partiendo de elementos doctrinarios y posteriormente jurisprudenciales, permitiendo construir los conceptos de los dos conceptos claves del trabajo.

Con estos conceptos, se intentará vislumbrar el papel que juega la discrecionalidad administrativa dentro de las políticas de migración colombiana, en particular los visados de tipo V, y si esto puede o no vulnerar el debido proceso.

La contrastación presentada ayudará a determinar el ámbito legal que puede extenderse y los efectos que puede tener la elección discreta de las autoridades migratorias y en caso de que esto se ponga en práctica si se cumpla la adecuada legalidad, proporcionalidad y razonabilidad. También se propone una lectura aspiracional respecto a la migración y su condición de derecho humano y su vinculación al concepto de legitimidad del Estado, en lo que respecta al carácter positivo o negativo de la discrecionalidad administrativa.

Para terminar, se procederá al análisis de casos particulares de cubanos migrantes que se sometieron a un proceso de solicitud de visa tipo V. Estos estudios de caso ayudarán a trazar una

perspectiva práctica respecto a posibles violaciones del debido proceso que puedan surgir como resultado del ejercicio de poderes discrecionales.

Los hallazgos revelarán cómo estas estrategias pueden interferir con los derechos fundamentales de los solicitantes y por lo tanto, proporcionarán una visión más profunda de los problemas legales y sociales relacionados con estos procesos.

Dicho análisis estará respaldado e informado por un debate exhaustivo utilizando una teoría relevante y precedentes legales, asegurando una crítica evaluativa que permitirá recomendaciones adecuadas para mejorar la democracia y la equidad en la aplicación de la política migratoria en Colombia.

De la misma manera, se procesará información empírica sobre casos concretos de migrantes cubanos afectados por decisiones arbitrarias sobre sus solicitudes para la categoría de visa V, esto implicará la sistematización de datos de otros autores que han realizado estudios de caso, y la revisión de la literatura de los informes del Ministerio de Relaciones Exteriores con el fin de encontrar patrones de arbitrariedad o razones faltantes en las decisiones administrativas.

## **2.1 El abrupto cambio constitucional colombiano, de un Estado Legalista a un Estado Social de Derecho.**

En esta primera parte del trabajo se desarrollará el objetivo específico primero, para esto se presentarán tres subtítulos que tenderán el siguiente orden de ideas: el primer subtítulo que buscare explicar el alcance del cambio de forma de gobierno estado que se vivió en Colombia, durante la transición de la constitución de 1886 a la norma de 1991; una vez comprendida la importancia de esto, se procederá con una revisión que permitirá identificar el debido proceso como un derecho de índole internacional y nacional, preconstitucional y posteriormente constitucional, vinculándose el mismo a los denominados derechos fundamentales; para poder finalizar con el análisis de algunos de los pronunciamientos jurisprudenciales de la Corte Constitucional, permitiendo identifica el avance del mismo en el tiempo; todo lo anterior permitirá abarcar en su totalidad los preceptos del debido proceso, condescendiendo claridad en que es este derecho y que comprende el mismo.

### ***2.1.1. Las transformaciones constitucionales, hacia el Estado Social de Derecho.***

La Constitución de 1886, o también conocida como constitución de la regeneración (Cajas, 2013; Olano, 2019), dejó atrás los cambios liberales que se habían presentado de manera previa con los ideales políticos confederados y federados del territorio colombiano.

Esta constitución reorganiza nuevamente al territorio colombiano en forma de República Unitaria Centralista, esto con el fin de evitar las constantes guerras que se habían presentado durante el siglo XIX (Cajas, 2013).

Sin embargo y como lo propone Chinchilla (1986), esta norma constitucional no contó con un periodo largo de vida, por cuanto las reformas que sufrió la misma afectaban el sistema político, en palabras del autor:

Sin embargo, en rigor, y más allá de afirmaciones emotivas, interesadas el modelo institucional actual acusa elementos novedosos respecto a 1886, como los límites y controles al poder (controles normativos y facticos como la prensa (1910), los instrumentos constitucionales para construir un Estado Social de Derecho intervencionista y protector (1936), el gobierno bipartidista forzoso, la independencia judicial relativa, la ampliación potencial de la base social para la legitimación del gobierno, el Estado tecnocrático para la gestión económica (1968), la democratización local (alcaldes y refrendo) (1986), etc.

Probablemente la causa de que semejantes elementos institucionales renovadores permanezcan relativamente estancados sea, precisamente, su convivencia junto a los pilares caducos de la estructura estatal, los textos anacrónicos y sobre todo, la presencia social de las fuerzas retardatarias que, a modo de restauradores del viejo orden, impusieron el modelo social político de 1886, fuerzas estas que aún, después de un siglo, mantienen gran capacidad de acción para manejar los instrumentos del control social como el ejército, la Iglesia, los aparatos educativos donde se educan las elites dirigentes y empresariales, la moral pública y privada de los colombianos, etc.



La constitución de 1886 ya dejó de regir como norma básica del Estado, pero algunas de sus concepciones ideológicas siguen inspirando la mentalidad de los grupos dirigentes que, como factores reales de poder, controlan la maquinaria institucional. Pág. 39

En este sentido el autor explica que, la modificación de 1910, al generar un cambio de paradigma frente a la administración de justicia deja de lado el ideal de una justicia arraigada al poder administrativo, por ende, la creación de una sala constitucional en la Corte Suprema de Justicia, puede rescatarse como la ruptura de un sistema legalista, donde dicha sala velaría por los intereses de la norma constitucional, dejando atrás los ideales legalistas (Chinchilla, 1986).

La reforma de 1936, que vincula la idea de la función social y económica de la propiedad, da un giro al desarrollo del Estado, por cuanto presenta un acercamiento al ideal de un Estado Social de Derecho (Chinchilla, 1986).

Con respecto a la tecnocracia de 1968 y la democratización de 1986, se observa un cambio en la administración del desarrollo del Estado (Chinchilla, 1986), que con el pasar del tiempo se han fortalecido.

Como se evidencia hasta este punto, el territorio colombiano se encontraba bajo un ideal legalista, que si bien se intentó modificar sus cambios eran mínimos y por consiguiente no lograban sustentarse en lo que actualmente es hoy en día.

La idea de vincular la función social y económica de la propiedad alcanza a ser un avance dentro del denominado Estado Social de Derecho, al igual que la creación de una sala constitucional, la tecnocracia del Estado mediante la creación de instituciones, sin embargo, estos cambios fueron nominales, y no se lograron materializar de una manera adecuada en el desarrollo del Estado (Chinchilla, 1986).

En este sentido es importante recalcar los planteamientos de Viciano y Martínez (2010), quienes consideran el riesgo de un cambio tan abrupto, en el cual la administración no logra comprender los denominados derechos sociales, colocando como ejemplo el caso colombiano, el cual pasa de un Estado Legalista, donde la norma escrita primaba, sobre todo, a un Estado Social de Derecho.

Así una vez iniciado el cambio constitucional de 1991, fue la misma Corte Constitucional, como un tribunal autónomo la encargada de inferir cuales son las diferencias entre el orden constitucional de 1886 y el de 1991, las cuales son determinadas a saber:

La complejidad del sistema, tanto en lo que se refiere a los hechos objeto de la regulación, como a la regulación misma, hace infructuosa la pretensión racionalista que consiste en prever todos los conflictos sociales posibles para luego asignar a cada uno de ellos la solución normativa correspondiente. En el sistema jurídico del Estado social de derecho se acentúa de manera dramática el problema -planteado ya por Aristóteles- de la necesidad de adaptar, corregir, acondicionar la aplicación de la norma por medio de la intervención del juez. Pero esta intervención no se manifiesta sólo como el mecanismo necesario para solucionar una disfunción, sino también, y sobre todo, como un elemento indispensable para mejorar las condiciones de comunicación entre el derecho y la sociedad, es decir, para favorecer el logro del valor justicia (de la comunicación entre derecho y realidad), así ello conlleve un detrimento de la seguridad jurídica. (sentencia T 406 de 1992).

En este sentido, se puede evidenciar que, si bien el sistema social y sus relaciones es muy complejo, y que las soluciones normativas no pueden asignar soluciones a todos los problemas, será el juez quien cumpla un papel importante, por cuanto este se convertirá en un mediador entre los problemas sociales y los sujetos, incluso cuando estos problemas sean con la administración del Estado.

Partiendo de todo lo anterior, se puede dirimir que, si bien el cambio constitucional de Colombia pasa de un estado legalista a uno social de derecho, el tribunal constitucional designa en el juez, una importante función, la cual es materializar la norma primaria, convirtiéndolo en un actor fundamental de este nuevo sistema Estadual.

### ***2.1.2. El debido proceso, un derecho preconstitucional a un derecho fundamental.***

Como pudo observar, en el caso colombiano se intento promover la idea de un Estado Social de Derecho previo al cambio constitucional de 1991, sin embargo, el mismo no fue aplicable hasta la vigencia de la nueva norma constitucional, a pesar de esto, lo anterior no fue impedimento para

que Colombia ratificara convenciones y declaraciones que promovían el debido proceso como un derecho humano.

A nivel internacional el Estado colombiano puede identificarse como uno de los estados pioneros en firmar la carta de creación de la Organización de las Naciones Unidas, conllevando que de igual manera ratifique la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), norma que, si bien no establece de manera directa el debido proceso, entre sus artículos 7 a 11 establece parámetros para el acceso a la justicia y a la administración, bajo las garantías de este mismo derecho, literalmente estos artículos establecen lo siguiente:

Artículo 7: Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.

Artículo 8: Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley.

Artículo 9: Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado.

Artículo 10: Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.

Artículo 11: 1. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.

2. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. (Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948).

Si bien esta norma no determina de manera explícita el concepto del debido proceso en estos artículos se puede evidenciar algunos de los elementos que se han catalogado como fuentes primarias del debido proceso, tales como: 1. Igualdad ante la ley; 2. Interposición de recursos; 3. Prohibición de detenciones arbitrarias; 4. La posibilidad de ser escuchado y debatir pruebas; y 5. Determinación de la inocencia a falta de un juicio justo.

Lo anterior, fue la piedra angular para que otras convenciones y declaraciones de esta misma índole internacional determinaran ciertos elementos del debido proceso, tales como:

El Pacto Internacional de derechos civiles y políticos (ONU 1976), el cual en su artículo 2 literal b, establece el derecho a la libertad y seguridad personal, norma que en conjunto con el artículo 11 determina la igualdad ante la ley, y que junto al artículo 14 buscan la publicidad, inocencia y un proceso judicial justo, evidenciando que el debido proceso es parte del mismo.

Por su parte la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1969), establece en sus artículos 5 y 6 un trato igualitario para nacionales o extranjeros, sin discriminación alguna, permitiendo instaurar que los derechos que protegen a un nacional también deben ser aplicables a un extranjero sin importar sus condiciones.

La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1981), en sus artículos 2 y 15, decretan el trato igualitario de la mujer y el hombre, para lo cual los Estados partes deben de asumir responsabilidades legislativas que permitan evitar la discriminación de la mujer en cualquier ámbito, y por ende en caso de judicializarse, que estos procesos tengan las mismas garantías sin importar el sexo.

De igual forma la Convención sobre los Derechos del Niño (1990), en su artículo 37 instituye que todos los niños son sujetos de derecho, y que por ende los menores que vayan a ser judicializados, deben de contar con las garantías para el proceso que se les adelante.

La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (1990), en su artículo 18, otorga una igualdad de condiciones para los trabajadores extranjeros y los nacionales, por ende, cualquier tipo de actuación que se vaya a

adelantar en contra de un trabajador migrante, debe de contener las mismas garantías que se deben dar a un trabajador nacional.

Como ultima Convención se encuentra la que protege los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006), norma que en su artículo 13 busca proteger y garantizar el acceso a la justicia de las personas que requieren de algún tipo de ayuda para desarrollarse socialmente.

Partiendo de lo anterior, la Observación General, N° 32, al Pacto de los Derechos Civiles y Políticos (2007), retoma todas las normas previas y desarrolla un concepto claro sobre que se debe de entender por debido proceso, determinando lo siguiente:

Toda persona que enfrenta un proceso administrativo, judicial o de otra índole en el que puedan verse afectados sus derechos debe poder defenderse adecuadamente. Para ese fin, existe un conjunto de garantías necesarias conocidas como debido proceso, que contiene condiciones mínimas que aseguren la protección de los derechos de las personas ante cualquier acto del Estado que pueda afectar sus derechos y garanticen el derecho de acceso a la justicia. Estas garantías incluyen, entre otros, los principios de igualdad y no discriminación, de legalidad, de irretroactividad, de celeridad, de inexcusabilidad, de bilateralidad de la audiencia, de presunción de inocencia, y de reparación integral del daño<sup>1</sup>. Asimismo, comprende, entre otros, el derecho a ser oído públicamente y con las debidas garantías, el derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas y en un plazo razonable

Si bien las normas convencionales no determinan explícitamente el debido proceso, el conjunto de las mismas dan a comprender y entender un mínimo de garantías que deben de comprenderse dentro del mismo, permitiendo que esta última observación pueda generar un concepto mas claro y concreto del mismo.

A nivel regional, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948), la cual fue suscrita por el Estado colombiano, en su artículo 26 establece que:

Artículo XXVI. Se presume que todo acusado es inocente, hasta que se pruebe que es culpable.

Toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública, a ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con leyes preexistentes y a que no se le imponga penas crueles, infamantes o inusitadas.

Este derecho de la convención americana, no se determina como debido proceso, sin embargo, en la misma convención este derecho se establece como el derecho a un proceso regular, de la lectura del mismo se puede inferir que al igual que las otras normas de índole internacional, el concepto de debido proceso se acerca más al ámbito penal, sin dejar de lado el concepto de un juicio justo.

La norma constitucional de 1886, no tuvo un acercamiento al concepto del debido proceso, sin embargo, se ratificaron normas de índole internacional que, con la entrada en vigencia de la Constitución Política de Colombia de 1991<sup>2</sup>, lograron establecer este derecho como un derecho fundamental en su artículo 29, estableciendo el mismo, en el siguiente tenor literal:

El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones

---

<sup>2</sup> Es importante resaltar en este punto que el artículo 94 de la norma constitucional, establece lo que hoy en día se conoce como el bloque de constitucionalidad, el cual se describe por Uprimny (2008) como: “La noción de Bloque de Constitucionalidad implica asumir que existen una serie de normas que hacen parte de la Constitución por mandato mismo del texto constitucional sin que necesariamente se hallen explicitadas en él. Esas normas son esencialmente estándares internacionales de derechos humanos, debido al tratamiento especial y privilegiado que el constitucionalismo contemporáneo confiere a los tratados de derechos humanos.” (Pág. 58), lo anterior permite inferir que todas las normas de convencionales de orden internacional que habían sido ratificadas por Colombia, hoy en día se deben de comprender al tenor del orden constitucional, mas aun cuando las mismas versen sobre derechos humanos.

injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.

Chinchilla (1997) establece que un derecho fundamental puede entenderse como todo tipo de derecho que se establece en una norma fundante, y que el mismo debe de comprenderse como un axioma del ordenamiento jurídico, y en el caso colombiano y acorde al desarrollo orgánico de la constitución, como todo derecho que se construye desde una ley estatutaria o que también puede ser comprendido desde la aplicación inmediata que se formula en el artículo 85 de la norma superior.

En este sentido, se puede determinar que el debido proceso es parte de una norma fundante, sin embargo, el mismo no ha sido desarrollado desde un proceso legal estatutario, motivo este que ha llevado a que la jurisprudencia y la doctrina recobren importancia en su conceptualización.

Desde el orden legal el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011) refuerza el concepto del debido proceso en sus artículos 3 y 9, que indican que las decisiones administrativas deben ser motivadas con fundamentos legales y, de hecho. La falta de motivación adecuada en los actos administrativos puede dar lugar a decisiones arbitrarias que afectan los derechos de los administrados. Además, el artículo 44 de esta ley ofrece a los afectados la posibilidad de interponer recursos, como la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, para proteger sus derechos ante decisiones injustas.

### ***2.1.3. El debido proceso desde la jurisprudencia de la Corte Constitucional.***

Viciano y Martínez (2010), Chinchilla (2010) y Carvajal (2020), determinan como un avance de la norma constitucional colombiana, la creación de un tribunal autónomo de orden constitucional, por cuanto el mismo se convierte en la salvaguarda de la norma primaria, cumpliendo un papel de gran importancia en el desarrollo del Estado Social de Derecho.

En este orden de ideas Jiménez (2021), al revisar la creación de la Corte Constitucional colombiana establece 5 periodos de la existencia de la misma, en la siguiente temporalidad: 1.

Corte de transición, con un total de 7 magistrados que desarrollaron labores desde febrero de 1992 a febrero de 1993; 2. La Corte de oro (de aquí en adelante han sido nueve magistrados), que desarrolla sus labores desde 1993 al 2001, en su gran mayoría, fueron designados los mismos magistrados de la Corte de transición; 3. la segunda Corte, desde el 2001 al 2009; La tercera Corte, desde el 2009 al 2017, y 4. La cuarta Corte, desde el año 2017 hasta hoy en día.

Partiendo de esta clasificación temporal del tribunal constitucional, se revisarán algunos de los planteamientos jurisprudenciales con respecto al debido proceso y como este tribunal a determinado el mismo a lo largo del tiempo, permitiendo observar avances y retrocesos en el mismo.

La Corte de transición desarrolla un concepto del debido proceso como un derecho constitucional en su sentencia T – 463 de 1992, y determina el mismo como:

El derecho al debido proceso es de obligatoria aplicación a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. El trámite de reconocimientos, entrega de subsidios o devoluciones no está exento de la observancia del debido proceso. Expresión manifiesta de ello es la existencia de diversos recursos legales - reposición y apelación - dentro de la vía gubernativa que permite ser oído y controvertir las decisiones de la administración cuando ellas son adversas a los intereses del solicitante. El margen de apreciación necesaria para el desempeño de las funciones públicas tiene como límite interno la igualdad de trato y de oportunidades. El derecho al debido proceso garantiza la igualdad ante la ley al exigir de la autoridad un mismo tratamiento frente a todas las personas, sin favoritismos ni discriminaciones. (Sentencia T – 463 de 1992).

Esta percepción del debido proceso como derecho fundamental, y tomando en cuenta que la mayoría de los magistrados que fueron parte de la Corte de transición continuaron siendo magistrados de este alto tribunal, fue un concepto insignia que se mantuvo en el tiempo, y que se complemento con la sentencia T – 242 de 1999, interpretando el derecho así:

El artículo 29 de la Carta Política consagra el derecho fundamental al debido proceso, como el conjunto de garantías que buscan la protección del individuo que se encuentre incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante el trámite procesal se respeten las formalidades propias de cada juicio y se logre la aplicación correcta de la justicia. Para que la



protección a este derecho sea efectiva, es necesario que cada uno de las etapas procesales estén previamente definidas por el legislador, pues, de lo contrario, la función jurisdiccional quedaría sujeta a la voluntad y arbitrio de quienes tienen la función de solucionar los conflictos de los asociados y de resolver sobre la interdependencia de sus derechos. Esta previa definición legal de los procedimientos que constituyen el debido proceso, se denomina las "formas propias de cada juicio", y se constituye por lo tanto, en la garantía de referencia con que cuentan las personas para determinar en qué momento la conducta de los jueces o de la administración se convierte en ilegítima, por desconocerse lo dispuesto en las normas legales, situación en la cual la actuación configura una vía de hecho. (Sentencia, T 242 de 1999)

De la revisión de estos dos fallos de la Corte de transición y de la primera Corte, se puede identificar que el debido proceso recae sobre: 1. El debido proceso se aplica en la vía judicial o administrativa; 2. El derecho a ser escuchado, y realizar descargos; 3. La posibilidad de interponer recursos contra decisiones que se tomen por el administrador; 4. Procesos claros y concretos, y 5. Motivación de las decisiones para que las mismas no se conviertan en vías de hecho.

Posteriormente con la entrada en vigencia de la segunda Corte Constitucional, la misma continúa trabajando con los elementos constitutivos del debido proceso, sin embargo, en su fallo C - 131 del 2002, se establece para el debido proceso lo siguiente:

Las garantías que integran el debido proceso, y entre ellas el derecho de defensa, son de estricto cumplimiento en todo tipo de actuaciones, ya sean judiciales o administrativas, pues constituyen un presupuesto para la realización de la justicia como valor superior del ordenamiento jurídico. Ello es así por cuanto la concepción del proceso como un mecanismo para la realización de la justicia, impide que algún ámbito del ordenamiento jurídico se sustraiga a su efecto vinculante pues a la conciencia jurídica de hoy le repugna la sola idea de alcanzar la justicia pervirtiendo el camino que conduce a ella. (Sentencia, C - 131 del 2002)

Otro pronunciamiento de este segundo tribunal que desarrolla nuevos elementos en el concepto del debido proceso es la sentencia T - 909 del 2009, fallo que realiza un recuento y establece elementos que se deben de comprender como constitutivos de este derecho, los cuales son:

(i) el conjunto complejo de condiciones que le impone la ley a la administración, materializado en el cumplimiento de una secuencia de actos por parte de la autoridad administrativa (ii) que guardan relación directa o indirecta entre sí, y (iii) cuyo fin está previamente determinado de manera constitucional y legal. El objeto de esta garantía superior es (i) procurar el ordenado funcionamiento de la administración, (ii) la validez de sus actuaciones, y (iii) salvaguardar el derecho a la seguridad jurídica y a la defensa de los administrados. (Sentencia T – 909 del 2009)

Desde la perspectiva de los planteamientos de esta segunda Corte Constitucional se evidencia el debido proceso como: 1. Garantía de defensa; 2. Actuaciones concatenadas, motivadas y publicitadas; y 3. Actuaciones en el margen de la legalidad procesal.

Posteriormente con la tercera Corte Constitucional, el debido proceso se enmarca como un elemento de control previo y posterior a los procesos judiciales o administrativos, de esta manera la sentencia C – 034 del 2014 establece que:

La jurisprudencia constitucional ha diferenciado entre las garantías previas y posteriores que implica el derecho al debido proceso en materia administrativa. Las garantías mínimas previas se relacionan con aquellas garantías mínimas que necesariamente deben cobijar la expedición y ejecución de cualquier acto o procedimiento administrativo, tales como el acceso libre y en condiciones de igualdad a la justicia, el juez natural, el derecho de defensa, la razonabilidad de los plazos y la imparcialidad, autonomía e independencia de los jueces, entre otras. De otro lado, las garantías mínimas posteriores se refieren a la posibilidad de cuestionar la validez jurídica de una decisión administrativa, mediante los recursos de la vía gubernativa y la jurisdicción contenciosa administrativa. (Sentencia, C – 034 del 2014).

Esta idea es complementada con los elementos que se deben de cumplir ante posibles sanciones, que se desarrollan en la sentencia T – 623 del 2017, en el siguiente tenor literal:

El respeto del debido proceso, en el marco de la imposición de sanciones, implica la observancia de: (i) el principio de legalidad, (ii) la debida motivación de la decisión que atribuye efectos jurídicos a la conducta de quien es sujeto de sanción, (iii) la publicidad e imparcialidad en las etapas del trámite, (iv) la competencia estatutaria del organismo decisorio, y (v) el derecho a la defensa y contradicción en el curso del procedimiento.

De esta tercera Corte se puede evidenciar con mayor claridad dos elementos que son claves para el presente estudio y que logran complementar el concepto del debido proceso para el análisis del caso concreto, los cuales son: 1. Motivación de decisiones que pueden tener efectos jurídicos para el administrado; y 2. Posibilidad de interponer recursos. Estos elementos son de gran importancia, por cuanto en el estudio en conjunto de la construcción jurisprudencial, se puede vislumbrar que las reglas que se han ido construyendo jurisprudencialmente sobre el debido proceso, son lo suficientemente claras.

La cuarta y última Corte Constitucional, a enfatizado sus pronunciamientos sobre el debido proceso en la jurisprudencia previa, sin embargo, con respecto al mismo como un derecho fundamental la sentencia C – 029 del 2021, ha establecido que el mismo debe de comprenderse desde: 1. Garantías mínimas de actuaciones judiciales o administrativas; 2. Es un derecho de aplicación inmediata, que debe de ser comprendido a través de diferentes principios como publicidad, celeridad, justiciabilidad y contradicción, entre otros que son aplicables al mismo; 3. No puede ser suspendido, ni si quiera en los Estados de excepción; 4. Procesos claros y eficientes; y 5. Su regulación en casos específicos queda en manos del legislador o la administración.

Otro de los pronunciamientos de este último tribunal que se debe de rescatar es el establecido en la sentencia SU – 174 del 2021, por cuanto en el mismo se relaciona el concepto del debido proceso con un elemento clave para el estudio como lo es la imparcialidad, en tanto los procesos judiciales como los administrativos, deben de fundarse en dicho principio, y en caso que el mismo pueda ser desvirtuado y demostrar que el juez o el administrador tomo una decisión sin aplicación de dicho principio, esta decisión debe de ser anulada inmediatamente.

El Auto 478/22 señalan elementos que son fundamentales con relación a la motivación de los actos y la discrecionalidad administrativa, reafirmando que en el Estado de Derecho los actos administrativos discrecionales poseen cierto margen de libertad, esta no es de carácter absoluto, la discrecionalidad debe ejercerse dentro de los objetivos que tiene la norma que la autoriza y su ejercicio debe ser proporcionado y razonable, es decir, los actos discrecionales deben estar en consonancia con la legalidad y con los objetivos de interés público que justifican su adopción, así evitando caer en arbitrariedad, lo que podría socavar derechos fundamentales, como el derecho al debido proceso.

En este sentido, el auto señala que la carencia de motivación en los actos administrativos puede restringir la publicidad y la transparencia en las decisiones del Estado. No obstante, la Corte también subraya que en algunos casos la ausencia de motivación no significa una violación directa a los derechos constitucionales, siempre que la decisión se encuentre dentro de los límites establecidos en la norma, y se ajuste a los fines que autorizan el ejercicio de la discrecionalidad

Un último fallo que se retoma importancia para el caso de estudio es la sentencia T - 471 de 2024, en la cual la Corte logra demostrar lo siguiente: 1. Falta de celeridad en los procesos migratorios; 2. Barreras en los procesos administrativos de migración, llevando a que los migrantes desistan de dichos procesos; y 3. La situación de vulnerabilidad de los migrantes ante autoridades migratorias.

Partiendo de todo lo anterior, se expondrá un concepto del debido proceso, y como el mismo debería de ser comprendido para el estudio en concreto en las siguientes características: 1. Aplicable en actuaciones judiciales y administrativas; 2. Debe ser comprendido como un derecho fundamental de aplicación inmediata, que por consiguiente no requiere de una legislación concreta, sino de una interpretación del mismo en conjunto con principios tales como: 2.1. La celeridad; 2.2. La publicidad; 2.3. La legalidad; 2.4. La motivación; y 2.5. Transparencia procesal; 3. La garantía de defensa, la posibilidad de interponer de recursos, contradicción; y 4. Accionar en la imparcialidad e igualdad.

## **2.2. La discrecionalidad administrativa en la migración, un concepto de legitimidad Estatal o un elemento de vulneración de derechos humanos y fundamentales.**

En este punto del trabajo se desarrollará los conceptos del segundo objetivo específico, para esto se trabajarán tres ítems en subtítulos, permitiendo comprender y abarcar los conceptos necesarios para abarcar la temática propuesta.

Para esto se parte en el siguiente orden: 1. Comprender el fenómeno migratorio, 2. Establecer el concepto de discrecionalidad administrativa y su fin en el desarrollo de la legitimidad de un Estado, para finalizar con 3. La revisión del concepto de legitimidad del Estado a través de documentos tales como las visas.

### **2.2.1. La migración un derecho humano restringido por las fronteras.**

La migración es reconocida como un derecho humano inherente que se encuentra bajo el ámbito de la libertad de movimiento, sin embargo, es importante reconocer que los fenómenos migratorios se han clasificado por dos aspectos los cuales son: 1. Migración por fenómenos naturales; y 2. Migración por forzada la cual se atribuye a factores social, político u económico (Montero, 2020).

En este orden de ideas, Montero (2020) considera que la migración voluntaria ha sido un factor de gran importancia en el desarrollo de la humanidad, sin embargo, la migración por factores naturales, se presenta cuando a fenómenos en los cuales no existe intervención de la mano del hombre, tales como avalanchas, inundaciones, terremotos, entre otros, una población completa se ve obligada a partir de su lugar de residencia; por el contrario la migración forzada se presenta ante cualquier otro fenómeno en el cual existe la intervención del ser humano, dentro de estas pueden considerarse factores como aspectos económicos, guerras internas o externas, vulneración de derechos, racismo, entre otros factores, que de una forma obligatoria conllevan a que cierta parte de una población deba de abandonar su hogar.

Partiendo de estos criterios, y posteriormente a la segunda guerra mundial se han celebrado diferente convenciones, pactos y tratados que han buscado generar obligaciones para los estados partes, entre estos instrumentos internacionales que proporcionan fundamentos para este derecho, se encuentra la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), cuyo artículo 13 en su numeral 2 afirma que "Toda persona tiene el derecho de salir de cualquier país, incluso del propio, y de regresar a su país" (Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948). Sin embargo, el ejercicio de este derecho a menudo está matizado por la elusión y las políticas de inmigración de varios Estados, cuya legalidad se basa en la necesidad de mantener la soberanía de la nación y los derechos de todas las personas, incluidos los migrantes.

En consecuencia, la migración no es un tema de mera movilidad; es un ejercicio del derecho a buscar mejores oportunidades, a escapar de situaciones de persecución, o simplemente a condiciones de vida digna.

Sumado a esta primera normatividad es importante recalcar que una medida de protección para la migración forzada desde el índole internacional se dio con la Convención sobre el Estatuto para los refugiados de 1954, si bien esta norma era aplicable solo a los afectados por los efectos de la primera y segunda guerra mundial, la norma complementaria denominada el la Declaración de Cartagena de 1984, amplía el concepto de refugiado a cualquier ser humano que deba de migrar de manera forzada a otro país, cuando su vida corra peligro por persecuciones políticas, religiosas, étnicas, entre otros aspectos.

Es importante resaltar que desde la Convención de 1954, se establecieron dos parámetros claros los cuales son: 1. El principio de no devolución; y 2. El principio de no sanción; el primero de estos principios hace refiere que ningún migrante que haya manifestado que su vida corre riesgo puede ser retornado al país del cual manifiesta estar en peligro; y el segundo principio hace alusión que si el migrante ingreso de manera irregular bajo cualquier tipo de migración, el mismo no puede ser sancionado sin un proceso previo que cuente con las garantías de un debido proceso.

Semejante a estos principios la Declaración de 1984, establece que se deben de salvaguardar los siguientes derechos de los migrantes: salud, educación seguridad y trabajo; en tanto estos son los mínimos derechos que permiten el desarrollo de un individuo.

El Pacto Mundial para una Migración Segura, Ordenada y Regular del 2018, instituye veintitrés objetivos, los cuales se consolidan en cuatro ejes específicos, a saber:

1. tiene por objetivo mitigar los factores adversos y estructurales que impiden a las personas construir y mantener medios de vida sostenibles en sus países de origen;
2. pretende reducir los riesgos y las vulnerabilidades a las que se enfrentan los migrantes en las diferentes etapas de la migración, respetando, protegiendo y cumpliendo sus derechos humanos y brindándoles atención y asistencia;
3. busca abordar las preocupaciones legítimas de los estados y comunidades, al tiempo que reconoce que las sociedades están experimentando cambios demográficos, económicos, sociales y ambientales en diferentes escalas que pueden tener implicaciones para, y como resultado de, la migración;

4. es un esfuerzo por crear condiciones propicias que permitan a todos los migrantes enriquecer nuestras sociedades a través de sus capacidades humanas, económicas y sociales, y así facilitar sus contribuciones al desarrollo sostenible a nivel local, nacional, regional y global.

Este pacto en cierta forma busca establecer que la migración es un asunto que debe abordarse desde un enfoque de derechos humanos y enfatiza que las personas migrantes, sea cual sea su estatus, tienen derechos que los Estados deben respetar, proteger y cumplir. Parte del problema de la migración como derecho humano, se presenta cuando este choca con la legitimidad de los Estados, en cuanto estos son responsables de la soberanía territorial, poseen el poder de controlar el ingreso, estancia y salida de extranjeros. Esta regulación, debe estar dentro del marco de las leyes humanitarias internacionales y no debe ser utilizada como una excusa para abusos de los derechos fundamentales y humanos.

Sumado a las normas previas, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos adoptado en 1976 y al que también se unió Colombia, establece en su artículo 12 numeral 1 que “Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia.” (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1976).

Por otra parte la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familias de 1990, norma que enfatiza la protección y promoción de todos los inmigrantes, así como de toda la familia de inmigrantes, independientemente de su estatus, al punto de establecer que en el caso de que un migrante que se encuentre dentro de un territorio con su familia, y si este es sancionado por el Estado, este debe de garantizar el mínimo de derechos a la familia del migrante sancionado, mientras logran superar las posibles vulneraciones.

A nivel regional, la Convención Americana sobre Derechos Humanos o también conocida como el Pacto de San José de 1978, establece en su artículo 22 en sus numerales de 1 al 5 establece que:

1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular por el mismo y, a residir en él con sujeción a las disposiciones legales.
2. Toda persona tiene derecho a salir libremente de cualquier país, inclusive del propio.

3. El ejercicio de los derechos anteriores no puede ser restringido sino en virtud de una ley, en la medida indispensable en una sociedad democrática, para prevenir infracciones penales o para proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden públicos, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás.

4. El ejercicio de los derechos reconocidos en el inciso 1 puede asimismo ser restringido por la ley, en zonas determinadas, por razones de interés público.

5. Nadie puede ser expulsado del territorio del Estado del cual es nacional, ni ser privado del derecho a ingresar en el mismo.

Si bien la normatividad regional es muy semejante a las normas de índole internacional de índole universal, la conceptualización de la migración como un derecho humano toma mayor relevancia por encontrarse respaldada en diferentes normas que han sido rectificadas por el territorio colombiano.

En la normatividad Colombia, la Constitución Política de 1991 refuerza estos principios al incluir en su artículo 13 el derecho a la igualdad ante la ley y el deber de proteger contra cualquier forma de discriminación, permitiendo vincular a los migrantes como semejantes a los nacionales en los procesos judiciales o administrativos, esto en cuanto el derecho a la libre locomoción que se establece en su artículo 24, se determina como un derecho que solo puede ser ejercido por ciudadanos colombianos, sin embargo el debate que se puede presentar en este punto, es si un migrante puede o no ejercer dicho derecho, en tanto de no ser posible el ejercicio de dicho derecho, se estaría atentando contra el derecho a la igualdad.

En contraste con el derecho humano de migración es importante recalcar que los Estados soberanos tienen el derecho legítimo de resguardar sus fronteras y formular políticas migratorias para salvaguardar sus intereses nacionales, pero este poder no es absoluto y debe ejercerse dentro del contexto de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. La legitimidad de los estados en la gestión de los flujos migratorios se basa en su capacidad para controlar la migración y proteger los derechos fundamentales de las personas



En este punto es importante recalcar algunos ejemplos a nivel mundial que han atentado contra los derechos humanos de los migrantes, dentro de estos se encuentra la política conocida como stay in México, aplicada por Estados Unidos entre 2019 y 2022, accionar que constituye un recordatorio acerca de cómo la soberanía estatal puede ser la fuente de graves violaciones a los derechos humanos, miles de solicitantes de asilo fueron, de hecho, desterrados a territorio mexicano a la espera de que sus casos fuesen procesados en EE. UU , a pesar de esta intención de organizar los flujos migratorios, esta política terminó exponiéndolos a condiciones de vida precarias, inseguridad y violencia.

En los últimos años, organizaciones como ACNUR y Human Rights Watch han presentado informes sobre esta política como una violación de derechos de los individuos a solicitar asilo y del principio de unidad familiar. Este caso de política pública retrata claramente cómo las fronteras son prioritarias a las obligaciones internacionales, teniendo la obligación los estados de salvaguardar y proteger los derechos humanos que han sido ratificados por los mismos. (Martínez et al., 2015).

Otro claro ejemplo de afectaciones a la migración como derecho humano se observa en las deportaciones masivas realizadas por España y Grecia, donde las políticas migratorias basadas en la supremacía de la soberanía estatal sobrepasan los estándares internacionales de derechos humanos.

Estas deportaciones, corroboradas por Amnistía Internacional (S.F.), incluyeron los retornos forzados sumarios conocidos como pushbacks, que infringen el principio de no devolución previsto en la Convención de 1954 sobre el Estatuto de los Refugiados. Los migrantes, incluidos los refugiados, fueron devueltos por la fuerza a áreas inseguras sin las garantías adecuadas para determinar sus solicitudes de protección, lo que constituía una clara infracción de sus derechos y una violación de las obligaciones internacionales de los estados involucrados.

Al mismo tiempo, estas prácticas denotan una lucha continua, especialmente entre la soberanía estatal y los derechos humanos en el proceso de gestión de migración. Simplemente, los estados, al abordar preocupaciones nacionales como la seguridad y el control fronterizo, a menudo recurren a medidas que violan los derechos fundamentales de los migrantes, como la detención prolongada,

las deportaciones arbitrarias o la denegación de acceso a servicios básicos. Esta estrategia, aunque busca mantener la legitimidad del estado, puede conducir a la formulación de políticas que están en contra de los principios básicos del derecho internacional, como la igualdad, la no discriminación y la dignidad humana.

En respuesta a estas tensiones, instituciones como ACNUDH han propuesto un modelo de gobernanza enfocado en la integración de procesos migratorios dentro del cual los migrantes son reconocidos activamente como sujetos de derechos en lugar de variables de control. En este sentido, el modelo enfatiza la incorporación de los migrantes en las estrategias de desarrollo nacional y la formulación de políticas que abordan las causas profundas de la migración, como la pobreza, el cambio climático y los conflictos. Además, también es crítico que los Estados adopten medidas que reduzcan la discrecionalidad administrativa y aumenten las garantías procesales para los migrantes.

En este sentido se puede observar que si bien el derecho de migración es un derecho humano de suma importancia que tiene un soporte legal de índole internacional y nacional, los fines de la migración deben de ir de la mano de políticas públicas nacionales e internacionales, con el fin de poder garantizar una verdadera materialización de los derechos humanos, en este punto es importante resaltar a Uprimny (2008), quien considera que de nada sirve contar con la ratificación de un gran listado de declaraciones, convenciones, pactos, tratados, acuerdos entre otros, si los Estados no tienen las instituciones necesarias para aplicar los mismos.

Este llamado de atención de Uprimny (2008), no solo recae para los Estados, sino también para la supranacionalidad, si bien hoy en día la ONU cuenta con algunas instituciones, además de ONG'S, que apoyan y revisan los procesos migratorios, queda demostrada que estas no son lo suficientemente efectivas en muchos casos, tales como los expuestos en países desarrollados.

### ***2.2.2. El concepto de discrecionalidad administrativas y sus fines Estatales.***

Uno de los teóricos contemporáneos del derecho como lo es Hart (2014), distribuyo un escrito sobre que es la discrecionalidad en un grupo de estudiosos de la filosofía del derecho, y en el mismo, este autor planteo algunas preguntas, entre estas una de las mas relevantes se describe en que es y que comprende la discrecionalidad.

Si bien Hart (2014) puede ser catalogado como un positivista analítico del derecho, su discurso sobre la discrecionalidad manifiesta que dicho concepto debe de ser comprendido desde el significado unívoco de la palabra, en el caso del español, la discrecionalidad hace alusión a una decisión que no se somete a una regla, por el contrario, la misma surge de una autoridad con las competencias para poder tomar la misma.

Bajo este orden de ideas, el autor en mención considera de gran importancia que, en ese orden analítico del uso del lenguaje del derecho, la discrecionalidad judicial deba de ser sometida a una regla que determine unos parámetros de interpretación, con el fin de que, en dicho ejercicio y potestad, su decisión no verse en una experiencia subjetiva del individuo irrespetando el orden legal al cual debe de estar sometido (Hart, 2014).

En este orden de ideas Lifante (2024) determina la discrecionalidad como esa libertad de toma de decisiones que se puede encontrar en el orden judicial o administrativo, sin embargo, considera que esa libertad de decisiones debe de contener un limitante y para esto se deben de asignar ciertas responsabilidades que deben ser claras frente al cumplimiento de ciertas labores.

Lifante (2024) recurre a los planteamientos de Hart para determinar el concepto de responsabilidades, y en cierta forma llega a considerar que el mismo debe de ser un concepto más realista, acercándose de cierta forma a las ideas de realidades y necesidades sociales, logrando concluir que por consiguiente la responsabilidad dependerá del caso concreto, y que por consiguiente debe ser el Estado, enmarcado en el contexto social el que debe de determinar las responsabilidades del juzgador o el administrador.

La discrecionalidad administrativa es una de las categorías fundamentales del derecho administrativo, que delimita el comportamiento de la autoridad para actuar en situaciones que no están claramente reguladas. Este margen de maniobra permite al estado responder a nuevos contextos en evolución y satisfacer necesidades en constante cambio, especialmente al tratar con temas tan controvertidos como la migración. Sin embargo, esta precisión no es ilimitada ya que tiene que respetar principios de soberanía, de legalidad, de razonabilidad y de proporcionalidad a fin de evitar arbitrariedades (Ortega y Argüello, 2020).

Mora (2012), realiza una revisión teórica y jurisprudencial sobre el concepto de discrecionalidad en la función administrativa llegando a determinar este concepto así:

Tal diferenciación que radica en el hecho de cómo la administración asume el concepto de discrecionalidad, como principio y horizonte de su existencia, que en último término es lo pensable para proceder a organizar el mandato constitucional de hacer posible los fines del Estado, hace entender la discrecionalidad como el conjunto de acciones y procedimientos necesarios para diseñar, desarrollar, ejecutar y evaluar este mandato. Así, los hechos de la administración no pueden comprenderse independientemente de la discrecionalidad administrativa. (Pág. 97)

Realizando una interpretación al concepto de Moran (2012), se puede comprender que la discrecionalidad debe de ser entendida como un principio de la administración de un Estado, permitiendo de cierta forma que el mismo pueda llegar a ser comprendido como un principio dentro de los fines del Estado, en la medida que algunos tipos de decisiones, en especial las que buscan garantizar la seguridad del Estado, pueden contar con una cierta reserva que realmente permita la salvaguarda de la seguridad nacional.

Al respecto de la discrecionalidad, la Corte Constitucional ha manifestado lo siguiente:

Los actos discrecionales están por lo tanto sometidos al control jurisdiccional en ejercicio de las acciones pertinentes, cuando se considera que ellos son violatorios de la Constitución o de la ley. Así, la discrecionalidad en cabeza de la administración no faculta al funcionario para imponer sus caprichos ni para incurrir en arbitrariedades: ella estriba en la posibilidad de apreciar libremente la oportunidad o conveniencia de la acción dentro de los límites fijados por la ley, uno de los cuales surge del fin que debe presidir toda actividad administrativa, cual es la prevalencia del interés público. En consecuencia, un fin extraño a él es ilícito y susceptible de ser anulado y controvertido judicialmente, como se anotó. No debe confundirse lo arbitrario con lo discrecional. En lo arbitrario se expresa el capricho individual de quien ejerce el poder sin sujeción a la ley. El poder discrecional, por el contrario, está sometido a normas inviolables como las reglas de derecho preexistentes en cabeza del órgano o funcionario competente para adoptar la decisión en cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares, a

fin de proteger la vida, honra y bienes de los asociados, así como sus derechos y libertades. (Sentencia C - 031 de 1995).

La Corte Constitucional en uno de sus principales precedentes advierte que lo discrecional se diferencia de lo arbitrario, por cuanto si bien la discrecionalidad determina cierta libertad de tomar una decisión, la misma debe de enmarcarse dentro del marco de legalidad, por el contrario, lo arbitrario deja ver con claridad intereses por fuera del interés Estatal, una decisión caprichosa del administrador.

En este orden de ideas, la Corte Constitucional en su fallo C – 734 del año 2000, conceptualiza la discrecionalidad en dos sentidos, la absoluta y la relativa; con respecto al primer tipo de discrecionalidad, este alto tribunal comprende las mismas como esa posibilidad de tomar decisiones sin que exista una razón justificada, sin embargo, esta libertad no puede recaer en la arbitrariedad de quien toma la decisión, en otras palabras la decisión no puede ser un capricho del administrador; por otra parte la segunda clasificación de la discrecionalidad se observa cuando, el funcionario público lejos de esos caprichos arbitrarios, puede tomar una decisión enmarcado en un rango de actuar, que no sobre pasa la legalidad.

La libertad de decisión que permite a las autoridades del estado elegir entre varias maneras de cumplir con los fines del estado es una de las principales características de la discrecionalidad administrativa. Sin embargo, dicho margen de acción debe ser utilizado en relación con un objetivo de carácter público, esto es, que todas las decisiones son tomadas teniendo en cuenta el interés general que consiste en la seguridad, el orden público y la cohesión social. No obstante, el escaso control judicial de las decisiones discrecionales ha generado tensiones porque estas solo son susceptibles de revisión por los tribunales cuando hay arbitrariedad o abuso de poder, lo que tácitamente permite que se produzcan vulneraciones de derechos. Por ello, la argumentación de esos tipos de decisiones se vuelve importante porque hace posible revisar la razonabilidad de tales decisiones, así como garantizar la observancia de la debida diligencia administrativa.

La sentencia SU – 288 del año 2015, el tribunal constitucional reitera a las autoridades administrativas la importancia de motivar los actos administrativos mediante los cuales se va a tomar una sanción frente a un particular, aun cuando legalmente se autorice la toma de sanciones

desde la discrecionalidad, este alto tribunal considera que el mismo debe de ser motivado y justificado.

Un informe de Dejusticia (2021) manifiesta que para el año 2021, la expulsión y deportación de migrantes llego a ser 3 veces mayor que la de años previos, es importante recalcar en este punto que acorde a los tratados internacionales, el hecho de que un migrante ingrese dentro de un territorio de manera irregular, no faculta a los estados para expulsar o deportar a los migrantes por cuanto este hecho se convertiría en una clara violación al principio de no sanción establecido en la Convención sobre el Estatuto para los Refugiados de 1954.

En este orden de ideas es importante recalcar que la discrecionalidad no puede recaer en políticas públicas que se conviertan en elementos vulneradores de derechos humanos o fundamentales, tal cual como acontece en varios países incluidos algunos de los denominados del primer mundo.

Partiendo de lo anterior, la discrecionalidad se debe de comprender como esa posibilidad de tomar decisiones, que en algunos casos puede estar libres de justificación o motivación, sin embargo, las mismas no deben de recaer sobre caprichos del administrador, por cuanto si se observa una discrepancia o arbitrariedad la misma puede ser anulada por superiores jerárquicos o incluso en vías judiciales, por lo tanto para evitar este tipo de decisiones que puedan atentar contra los fines del Estado, el mismo debe de ser garante y presuponer ciertas responsabilidades para dichos individuos que son llamados a tomar estas decisiones.

### ***2.2.3. La legitimidad de los visados, una garantía para la seguridad Estatal***

Desde algunos aspectos teóricos Torrano (2016), determina las visas como un elemento de legitimidad que busca la salvaguarda del Estado, pero que además de esto sirve como un instrumento de seguridad y de poder de la soberanía. A pesar de esto Torrano (2016), recalcando algunos elementos del concepto del poder determinados por Foucault, determina que este instrumento también puede ser un generador de discriminación y racismo que pueden atentar contra ciertas poblaciones.

En el caso colombiano, llama la atención que si bien desde muy temprano se conto con un Ministerio de Relaciones Exteriores, la regulación y reglamentación en muchos aspectos era

mínima y desordenada, en la medida que se presentaban necesidades sociales se iban resolviendo la expedición de decretos o normas que permitieran dar una solución a los problemas migratorios que se iban presentando en el tiempo.

Teniendo en cuenta lo anterior, para el año 2015, se expide el Decreto 1067, el cual unifica los diferentes decretos sobre las relaciones exteriores en Colombia, generando una norma que buscaba atender diversos temas, entre estos las visas.

El artículo 2.2.1.11.1.1. del Decreto 1067 del 2015 realiza la definición de visa, sin embargo, el mismo es modificado al poco tiempo por el artículo 47 del Decreto 1743 del mismo año, norma mediante la cual se define el concepto de visa, de la siguiente manera:

Es la autorización concedida por el Ministerio de Relaciones Exteriores a un extranjero para que ingrese y permanezca en el territorio nacional.

Otorgada una visa, el Ministerio de Relaciones Exteriores expedirá por una vez, documento electrónico o impreso en etiqueta oficial con indicación de número, clase o tipo de visa y periodo de validez. (Decreto 1743 del 2015, artículo 47).

Partiendo de este orden normativo, el Decreto 1067 del 2015, establece dos grupos de visas, los cuales se pueden clasificar así: 1. Visas de relaciones internacionales; y 2. Visas de extranjería. Dentro de las visas de relaciones internacionales, se pueden catalogar todas las visas que Colombia otorga en reciprocidad a altos dignatarios o funcionarios de otros países que ejercen labores en representación de sus territorios dentro del Estado colombiano, por lo cual estos tienen un cierto nivel de preferencia; por el contrario las visas de extranjería, son todas las otras visas que deben de ser solicitadas por cualquier otra persona para ingresar y residir por un determinado tiempo dentro del territorio colombiano, y que no se encuentren reguladas en algún acuerdo o tratado de índole internacional.

El Decreto 1067 del 2015, en su artículo 2.2.1.11.1.4. establece que recaerá en el Ministerio de Relaciones Exteriores la obligación de regular y reglamentar el tema de visas para extranjeros, en este sentido mediante la Resolución 6045 del 2017 se reglamenta el tema de visas, sin embargo, esta norma es derogada por la Resolución 5477 del 2022.

En este orden de ideas, la Resolución 5477 del 2022, en su artículo 22 establece los tipos de visa clasificándolos así: 1. Visa de visitante tipo V (V); 2. Visa tipo V de cortesía (V); 3. Visa de migrante (M); y 4. Visa de Residente permanente (R).

La visa tipo V de cortesía se expide en los siguientes casos: “1. Diplomáticos visitantes; 2. Programa ICETEX; 3. Convenios Internacionales; 4. Ley de cine; 5. Medida complementaria; y 6. Para casos no previstos” (Resolución 5477 del 2022, artículo 22). Por su parte la visa tipo V, cuenta con una connotación de 23 categorías para su solicitud.

En esta misma norma en su artículo 19 se establece la discrecionalidad administrativa con la que cuenta el Ministerio de Relaciones Exteriores en su actuar como administrador, dicha norma establece:

Facultad discrecional. La autoridad de Visas e Inmigración tendrá la potestad de solicitar documentos adicionales y realizar entrevistas en los casos en que lo estime conveniente con el fin de asegurar la veracidad de la actividad que ha desarrollado o aspira a desarrollar el extranjero en Colombia, cuando se requiera verificar el cumplimiento de las normas migratorias en materia de regularidad y actividad autorizada, o cuando sea necesario definir si dicha actividad es del interés nacional. Este requerimiento se hará hasta por tres veces. Cuando el solicitante de una visa no acredite el cumplimiento total del requisito y/o información complementaria que se le hay requerido, su aprobación quedara a discrecionalidad de la Autoridad de Visas e Inmigración. (Resolución 5477 del 2022, artículo 19)

En este orden de ideas, se puede identificar con claridad que la normatividad que establece las visas como un requisito de seguridad estatal es lo suficientemente claro, y que, en la misma normatividad, el concepto de discrecionalidad administrativa con la que cuenta las oficinas de migración Colombia, es clara y concreta, sin embargo, dentro de la misma el concepto de responsabilidades se omite, y por ende se deja a un elemento de interpretación.

Partiendo de todo lo anterior en el ámbito migratorio, es posible distinguir dos funciones de la discrecionalidad administrativa: 1. Las visas como documentos facilitan la adopción de algunas reacciones ante problemas generados por la migración internacional como el control de la inmigración, la contención de riesgos para la seguridad nacional o la fijación de algunas



condiciones en el mercado de trabajo; y 2. Las visas cumplen una función de carácter social, que si bien puede restringir los derechos de los migrantes, también busca salvaguardar los derechos de los nacionales.

El artículo 19 de la Resolución 5477 de 2022 en Colombia señala que se puede solicitar alguna documentación adicional o dar la posibilidad de entrevista que asegura mayor imperio al resultado migratorio. Esto permite asegurar que las visas se otorgan a personas que responden a los requisitos legales escritas en las leyes, sin embargo, la discrecionalidad administrativa puede llegar a ser una herramienta de discriminación si no se encuentra regulada y/o supervisada, como lo explica Moreno (2024) la falta de transparencia en la expedición de visas y las medidas restrictivas para los migrantes generan elementos arbitrarios en la expedición de dichos documentos.

Moreno (2024) revisa que en el tema de visado el territorio colombiano establece ciertas restricciones a los migrantes tales como: 1. Prohibición de afiliación a seguridad social; 2. Renovación de visa en el país de origen y mecanismos parsimoniosos; 3. Vigencias mínimas; 4. Problemas de relaciones internacionales para aplicación de visa con MERCOSUR; y 5 Falta de comunicación asertiva de los funcionarios del Ministerio con los solicitantes.

En situaciones migratorias, la ausencia de procedimientos específicos puede conducir a decisiones irregulares que comprometen otros derechos fundamentales como el derecho al debido proceso, el derecho a la igualdad y el respeto a la dignidad de la persona, de igual manera, los organismos internacionales como el ACNUDH han mostrado como una mala utilización de la discrecionalidad administrativa termina excluyendo a los migrantes en situación irregular evidenciando posibles casos de racismo y discriminación. Estos se ven privados de acceder a derechos fundamentales como la salud y la educación, así como que están sujetos a expulsiones y arrestos arbitrarios aun cuando los mismos se encuentran prohibidos por normas internacionales, en su mayoría ratificadas por casi todos los países miembros de la ONU; tales acciones no solo no mejoran, sino que violan los principios éticos y morales de los estados en relación con su responsabilidad de mantener el respeto a los convenios de derechos humanos (Carbajales, 2019).

Así pues, la administración de discrecionalidad tiene un dilema nativo: se puede utilizar para aumentar la legitimidad del gobierno o se puede utilizar como un instrumento de exclusión. Para

evitar esta última posibilidad se hace necesario que la discrecionalidad siempre sea acompañada de instrumentos normativos claros que limiten su extensión e igualmente para su aplicación y materialización, cobrando gran importancia el debido fundamento de las decisiones, aspecto que ayuda a los ciudadanos a entender la lógica detrás de las decisiones tomadas y facilita que puedan impugnar las mismas garantizando procesos transparentes y dentro del marco de la legalidad.

### **2.3. La discrecionalidad administrativa y las posibles vulneración o afectaciones al debido proceso ante la solicitud de las visas tipo V de ciudadanos cubanos.**

Para finalizar la presente investigación se presenta los resultados del tercer objetivo específico, permitiendo evidenciar los resultados y respuesta a la pregunta guía del estudio. En marcados en este fin el presente capítulo se trabajará en dos ítems.

En la primera parte de este capítulo se analizarán algunos casos emblemáticos de la Corte Constitucional, donde se puedan evidenciar posibles vulneraciones al debido proceso por la autoridad administrativa, una vez revisados los mismos, se procederá en la segunda parte a revisar algunos casos concretos de migrantes venezolanos que han solicitado la visa tipo V, para determinar cómo se aplica la discrecionalidad administrativa en los mismos y poder determinar si existen o no vulneraciones al derecho fundamental del debido proceso.

#### ***2.3.1. Algunos casos emblemáticos de vulneración del debido proceso a migrantes en el territorio colombiano***

Como se había explicado de manera previa, uno de los principales avances del cambio normativo constitucional de Colombia del año de 1991, fue la creación de una Tribunal Constitucional autónomo, permitiendo que el mismo se convierta en la salvaguarda de la norma constitucional, y por ende en el garante de la materialización de los derechos humanos y fundamentales, conllevando que sus pronunciamientos se conviertan en precedentes de cumplimiento obligatorio en todas las ramas del poder.

Tomando en cuenta la importancia de los fallos de la Corte Constitucional, se revisarán algunos casos emblemáticos que se han logrado identificar, donde la discrecionalidad administrativa se ha

convertido en un elemento de vulneración de algunos derechos fundamentales, en todos los casos al debido proceso.

Es importante recalcar en este punto que las sanciones de expulsión o deportación se encuentran reguladas en el artículo 2.2.1.13.1. del Decreto 1067 del año 2015, y las mismas conllevar la imposibilidad de ingreso al territorio nacional entre 6 meses a 10 años, en este sentido, se evidencia que las sanciones pueden acarrear daños irreparables en los sujetos disciplinados.

La mayoría de los casos analizados, son casos de expulsión, sin embargo, al ser la motivación mínima o arbitraria por parte de las oficinas de migración, los actores decidieron llevar sus casos a vías judiciales, y demostrar como se ha vulnerado el debido proceso.

La sentencia T – 295 del 2018, el caso en mención la Corte Constitucional analiza la vulneración al debido proceso que se presenta contra un ciudadano japonés, quien se encontraba de manera irregular dentro del territorio nacional, el ciudadano en mención se acerca a las oficinas de migración con el fin de poder regularizar su estatus migratorio, pero al observar su ingreso irregular la oficina de migración le hace un proceso de deportación en menos de una hora, por lo cual se determina una vulneración de sus derechos fundamentales a un debido proceso y por consiguiente el juez constitucional deja sin efecto el acto administrativo de deportación.

Al respecto en este fallo la Corte determina lo siguiente:

El debido proceso se ve afectado cuando el funcionario judicial se aparta del proceso legalmente establecido, ya sea porque sigue un proceso distinto al aplicable o porque omite una etapa sustancial del mismo sentencia, lo cual desconoce el derecho de defensa y contradicción de una de las partes del proceso. De acuerdo con la Sentencia SU-159 de 2002, este último evento se presenta cuando la ausencia de una etapa procesal o de alguna formalidad desconoce las garantías previstas en la ley para los sujetos procesales, de forma tal que, por ejemplo, se impide que: “(i.) puedan ejercer el derecho a una defensa técnica, que supone la posibilidad de contar con la asesoría de un abogado –en los eventos en los que sea necesario -, ejercer el derecho de contradicción y presentar y solicitar las pruebas que considere pertinentes para sustentar su posición; (ii.) se les comunique de la iniciación del proceso y se permita su participación en el

mismo y (iii.) se les notifiquen todas las providencias proferidas por el juez, que de acuerdo con la ley, deben serles notificadas”, entre otras.

En este sentido, la Corte ha señalado que en todo proceso judicial o administrativo es constitucionalmente imperioso que la persona contra la cual se dirige un cargo o acusación pueda hacer frente a los reproches formulados en su contra y que los argumentos que presente se consideren en la respectiva actuación judicial o administrativa, pues esto no sólo sirve al interés individual del mismo, sino también al esclarecimiento de la verdad

Este primer caso, permite evidenciar un actuar erróneo de las oficinas de migración, quienes, en el fin de corregir un error, como es el ingreso irregular de un individuo, abusando del poder conferido a ellos, sobre pasan sus funciones y sin atender los procesos legales, toman una decisión arbitraria de expulsión, dejando sin las mínimas garantías del debido proceso al disciplinado.

Un segundo caso es el analizando en la sentencia T - 500 del 2018: La sentencia en mención, revisa el proceso que se adelantó como medida de expulsión de un médico cubano quien manifiesta que le fue vulnerado el debido proceso, por carencia de vinculación en el proceso administrativo, dándole la corte la razón al mismo y dejando sin efecto las actuaciones administrativas previas.

En este segundo pronunciamiento la Corte considera que:

En este punto, dada la pertinencia que supone para la resolución del caso concreto, es importante precisar que, en atención a las obligaciones asociadas con el derecho a las garantías judiciales, “un proceso que pueda resultar en la expulsión de un extranjero debe ser individual, de modo a evaluar las circunstancias personales de cada sujeto y cumplir con la prohibición de expulsiones colectivas”. De acuerdo con lo anterior, existe un deber a cargo de los Estados de atender con sigilo las particularidades del individuo objeto de la medida. Puede suceder, por ejemplo, que la persona destinataria de la sanción aduzca la existencia de un temor fundado en caso de tener que regresar a su país de origen. En estos eventos se ha considerado que, en principio, “en ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de la raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas”. Con el propósito de determinar si concurren razones fundadas, las autoridades competentes deben tener en cuenta,

inclusive la existencia de un cuadro persistente de violaciones manifiestas, patentes o masivas de los Derechos Humanos. Lo anterior, con independencia del estatus legal o la condición migratoria que ostente el extranjero. Si se constata el riesgo de daño irreparable, no debería ser devuelto a su país de origen o donde exista el mismo.

En este segundo pronunciamiento, se observa una postura bastante garantista de la Corte, donde hace alusión a los principios de no devolución y no sanción, en tanto parte de los fines del Estado, deben ser garantizar la dignidad humana y por ende indagar con los sujetos disciplinados cuales son las circunstancias del caso concreto, permitiendo evidenciar un acoplamiento al orden normativo internacional.

La sentencia T - 530 del 2019, presenta un tercer caso de vulneración al debido proceso, en tanto el accionante busca salvaguardar el derecho de unificación familiar, el sujeto pasivo de la acción constitucional manifiesta haber contraído matrimonio con una ciudadana colombiana, y tener un hijo concebido dentro del mismo, el artista en mención conto en dos oportunidades con visa de trabajo, sin embargo una vez vencidas las mismas no realizo la renovación de las mismas, considerando que al ser padre de un nacional se le entregaba un reconocimiento tácito, partiendo de lo anterior las oficinas de migración sancionan al susodicho, generando una orden de expulsión del mismo del territorio. Dese esta perspectiva el accionante considera que, bajo el concepto del debido proceso, se está afectando su derecho de unión familiar por cuanto el acto administrativo sancionatorio no tuvo en cuenta sus condiciones familiares.

En el fallo T - 530 del 2019 la Corte realiza una revisión de varios fallos y recalca que, en temas de procesos sancionatorios contra migrantes, dicha institución debe de tener en cuenta los siguientes aspectos: 1. Derecho de defensa y contradicción, en garantías como asistencia legal y traductores de ser necesario; 2. Celeridad y plazo razonable; 3. Revisión del caso a la luz de tratados, convenios, declaraciones y demás normatividad de derecho internacional; y 4. Motivación suficiente en cada etapa procesal.

Un último caso emblemático y semejante al anterior, es el que se revisa en la sentencia T - 143 del 2019. En esta acción la tutelante busca la protección de su derecho de unificación familiar, la protección y salvaguarda de sus derechos por ser una persona LGBTI, desafortunadamente la Corte

realiza una simple revisión desde el aspecto formal y observar que no existe una vulneración al debido proceso, sin realizar un análisis del caso en concreto y del riesgo que conlleva esa decisión administrativa de deportar a dicha persona nuevamente a su país.

Partiendo de todo lo anterior se evidencia que la Corte Constitucional cuenta con una postura clara frente al debido proceso como un derecho fundamental, considerando que el mismo debe entenderse desde un mínimo de garantías que deben de ser analizadas en cada caso concreto y a la luz de otros derechos constitucionales y humanos.

### ***2.3.2. La Visa tipo V para migrantes cubanos, revisión de casos concretos.***

La Visa de Visitantes o Tipo V en Colombia, es un instrumento que permite el ingreso temporal al país de extranjeros para actividades específicas sin los deseos de estar radicados de forma permanente, *este tipo de visado está regulado por la Resolución 5477 de 2022 que establece las categorías, derechos, obligaciones y procedimientos relacionados para su obtención, la duración de estas visas puede ser de hasta dos años dependiendo de la razón, aunque en muchas ocasiones el tiempo permitido para el ingreso autorizado es menor y varía dependiendo de la actividad a realizarse.*

La visa de visitante se caracteriza por una gran flexibilidad y concepción a quienes desean acudir a Colombia de forma temporal, *esta se caracteriza por contar con varias subcategorías entre las que se encuentran el turismo, los negocios, estudios, el tránsito por el aeropuerto, el tratamiento médico, la participación en eventos, el trabajo por un tiempo limitado, voluntariado, prácticas laborales, etc. Cada subcategoría tiene sus propios requisitos documentales como parte de su aplicación, por ejemplo, documentos como un justificante de propósito de salud, un seguro con cobertura de todas las necesidades y diversos documentos que demuestran la capacidad financiera.*

La vigencia de la visa puede igualmente variar en función de la actividad autorizada. En este sentido, por ejemplo, una visa de turismo puede tener una vigencia de un año, pero el tiempo máximo de una visita suele ser de 90 días, prorrogables.

Por otro lado, una visa de negocio o de asistencia técnica puede tener validez de hasta dos años, pero se encuentran restringidas en lo relacionado con trabajo y duración de la visa, estableciendo que los titulares de la Visa Tipo V pueden permanecer en Colombia para participar en actividades específicas, que fueron avaladas en su visa.

En algunas ocasiones, como en el caso de estudiantes de posgrado, pueden obtener a veces derechos laborales limitados (hasta 20 horas a la semana), también tienen derecho a una serie de derechos que incluyen protección y asistencia consular en caso de un problema durante su estancia en el país.

En concordancia, quienes posean esta visa pueden disfrutar de los derechos básicos garantizados por el estado colombiano, como los servicios de salud en caso de emergencia (todo cubierto por su seguro médico), así como el derecho a presentar un recurso en relación con cualquier acción administrativa que afecte negativamente su estatus migratorio, siempre que se cumplan los plazos y procedimientos requeridos.

Entre los deberes y responsabilidades básicas de los titulares de la Visa de Visitante se encuentran obedecer las leyes y regulaciones de Colombia, participar únicamente en aquellas actividades permitidas por la visa y no exceder *la temporalidad de la visa, en este sentido*, están obligados a informar a Migración Colombia sobre cualquier alteración material en su estatus, como la terminación anticipada de las actividades propuestas o un cambio de patrocinador en caso de visa patrocinada por entidades legales.

Al mismo tiempo, conlleva especificaciones, por ejemplo, tener un seguro médico que cubra todos los riesgos durante el período, presentar los documentos relevantes para solicitar la extensión de la visa si es aplicable, y remitir las tarifas de servicio asociadas con la solicitud y el procesamiento de la visa.

En efecto, la Visa de Visitante en Colombia tiene un papel importante en el orden de la movilidad internacional, sin embargo, su implementación efectiva depende de la comprensión y la facilidad de acceso a los procesos administrativos involucrados; la regulación actual especifica requisitos y criterios de manera detallada, pero al mismo tiempo, los solicitantes tienen que asumir un grado de responsabilidad para cumplir cada paso del proceso.

Este tipo de visa muestra el deseo del país de permitir la entrada de visitantes temporales para diversos propósitos, pero con estrictos controles sobre los términos de admisión, estadía y salida del territorio nacional.

En el primer caso a analizar un médico cubano señala una serie de menoscabos al derecho al debido proceso administrativo que afecta en forma directa varios derechos fundamentales de los migrantes en el contexto de Colombia, en especial aquellos que porten dicha nacionalidad.

De este caso, lo más inquietante consiste en la carencia de una adecuada y clara notificación por parte de Migración Colombia en relación con la declaración de los formularios que el migrante suscribió al ingresar al país, la carencia de información le permitió tomar una decisión con plena falta de comprensión de las implicaciones legales de los actos que expresó, lo que dio lugar a una solicitud administrativa de desprecio que eventualmente conduciría a su deportación, en este escenario se manipulan los principios de justicia y debido proceso judicial.

El accionante afirma que, en el caso concreto, el ente administrador de migraciones en Colombia, fue discriminatorio y por ende su decisión conllevó a la negación de presentación de pruebas y de acceso al derecho de defensa profesional.

Al mismo tiempo, la posición registrada por Migración Colombia en el sentido de calificar la actitud del migrante como auto conducta en la abstención a las fases del procedimiento administrativo sancionador, aun sin brindarle un debido proceso para refutar, es directamente un hecho constitutivo de la violación a un debido proceso.

El presente caso demuestra claramente renuncia a los momentos del proceso si esta fue adoptada en un intervalo que no le permite al afectado ser capaz de libre y consciente toma de decisiones. De esta manera el procedimiento administrativo que fue inicialmente realizado por Migración Colombia no tuvo las garantías mínimas básicas para asegurar equidad y transparencia.

Posteriormente se revisan tres casos más de ciudadanos cubanos que solicitan la visa tipo V en la clasificación de turismo, en el caso concreto los migrantes cubanos logran acreditar los requisitos establecidos para el otorgamiento de este tipo de documentos, determinan la temporalidad y



actividades que se desarrollaran en sus estancias, y también demuestran la capacidad económica para poder visitar como turistas el territorio colombiano.

En los tres casos en concreto se observa que las oficinas de migración Colombia no realizan ningún tipo de requerimiento adicional, y de manera arbitraria notifican mediante correo electrónico la negación de la visa, bajo el supuesto de no haber cumplido con todos los requisitos, sin embargo, en ningún momento se informa cuáles son esos requisitos que no se lograron cumplir, dejando ciertas incertidumbres sobre el proceso administrativo de dicha entidad.

El comunicado remitido a los solicitantes es el siguiente<sup>3</sup>:

MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES DE COLOMBIA SOLICITUD DE VISA

(Fecha y Hora Colombiana)

Estimado(a) (Nombre del solicitante)

Su solicitud de VISA ha sido INADMITIDA con los siguientes datos:

Número de Pasaporte=

Tipo de Visa= V - TURISMO

Nombres= (del solicitante)

Apellidos= (del solicitante)

País de Nacimiento= CUBA

Nacionalidad= CUBANA

Motivo Inadmisión = NO CUMPLE REQUISITOS

---

<sup>3</sup> La información presentada es la alegada por las oficinas de migración a los ciudadanos cubanos solicitantes de visa tipo V.

Detalle de la Inadmisión= NO ADJUNTA DOCUMENTOS SOPORTE SEGÙN RESOLUCIÒN N. 5477 DEL 22 DE JULIO DE 2022

Tenga en cuenta que la inadmisión no genera ningún impedimento para aplicar a una nueva solicitud de visa. Si desea aplicar a una nueva solicitud de visa recuerde que debe realizar un nuevo pago por concepto de estudio.

Las decisiones en materia de visas tienen carácter soberano y discrecional, y la solicitud de una visa no implica un derecho a obtenerla.

Le sugerimos verificar los diferentes tipos de visa y sus requisitos en la página web [http://www.cancilleria.gov.co/tramites\\_servicios/visas](http://www.cancilleria.gov.co/tramites_servicios/visas) o en las líneas de atención al ciudadano: Bogotá: +57 (1) 3826999 - Número gratuito nacional: 01 8000 938 000.

Cordialmente,

MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES DE COLOMBIA

Esta comunicación oficial recibida se da de manera general para en los cuatro casos analizados, en la misma se señala que no cumple requisitos de conformidad con la Resolución 5477 -2022 por lo cual se rechaza la solicitud; sin embargo, no se hace referencia a la especificación de requisitos que se hayan supuestamente incumplido, dejando en claro que esta decisión es arbitraria y por ende vulneradora del debido proceso.

Sumado a lo anterior, los migrantes manifiestan la existencia de un posible fraude, ya que como se manifiesta en la misma comunicación, el hecho de que se niegue la misma, no es impedimento para que el solicitante vuelva a solicitar nuevamente una visa de tipo V, sin embargo, al no ser un trámite gratuito, el solicitante deberá de nuevamente desarrollar un pago de estudio de visa, sin tener claridad de cuáles son los motivos de su rechazo y así poder subsanar los mismos, esto en tanto los migrantes manifiestan haber cumplido con los requisitos de la Resolución 5477 del 2022.

Tal falta de claridad perjudica directamente el derecho de los migrantes solicitantes de visa tipo en tanto la comunicación remitida no contiene la información suficiente necesaria para localizar y corregir los supuestos errores o apelar a un recurso efectivo, de manera relevante, esta declaración

no indica cómo los solicitantes podría subsanar o interponer recursos, se brinda la oportunidad de contactos mediante líneas nacionales, sin tener en cuenta que dicho trámite se hace desde nivel internacional, y se ofertan medios electrónicos que generan respuestas automáticas, sin información específica de cada caso concreto.

De la revisión de los casos se puede destacar que existen graves deficiencias en los mecanismos administrativos que se han diseñado para garantizar los derechos de los solicitantes de visa, concretamente el derecho al debido proceso, evidenciando que la administración migratoria no garantiza un eficaz acceso a los fines del Estado.

La Sentencia T-471/24 establece un precedente significativo al abordar las afectaciones al debido proceso derivadas de la discrecionalidad administrativa en el otorgamiento de visas tipo V por parte de Migración Colombia, específicamente en relación con lo dispuesto en el artículo 19 de la Resolución 5477 de 2022. El caso presentado refleja tensiones entre las facultades discrecionales de las autoridades migratorias y los derechos fundamentales de los extranjeros, tales como el debido proceso y la igualdad ante la ley (Sentencia T-471, 2024).

El artículo 19 de la Resolución 5477 del 2022 confiere a las autoridades migratorias considerables facultades discrecionales para aceptar o denegar solicitudes de visados tipo V por extranjeros que necesiten una visa temporal por razones tales como turismo, negocios o tratamiento médico. Aunque la norma faculta a la dirección de Migración Colombia a no otorgar explicaciones sobre la emisión de negaciones de solicitudes, esta discrecionalidad ha estado en el centro de una controversia debido a la probabilidad de violar ciertos derechos fundamentales.

En este orden de ideas se puede identificar que las oficinas de migración no están dando un cabal cumplimiento al concepto de discrecionalidad que establece la norma, haciendo evidente la vulneración al debido proceso.

## **2.4. Discusión**

La restricción al derecho a la defensa del procedimiento administrativo en las solicitudes de visa tipo V de cubanos migrantes, basada en el artículo 19 de la Resolución 5477 de 2022, ha sido tratada por diferentes autores y organismos jurídicos.

Las situaciones suscitan preguntas sobre los límites razonables de la discrecionalidad administrativa respecto a criterios de legalidad y, más profundamente, acerca de los derechos fundamentales que deben ser garantizados en estos procedimientos. Para Murillo (2014), la discrecionalidad en un Estado Social de Derecho, como el colombiano, obedece a la dotación de criterios objetivos, no debiendo ser esta una herramienta de arbitrariedad, no obstante, la argumentación que esta Corte ha hecho de los actos administrativos, sobre todo decisiones administrativas, y en este caso relacionadas con visas, casi nunca está debidamente motivada, lo que contraviene la doctrina del deber de motivación que la Corte Constitucional ha expuesto en diversos fallos que se revisaron a lo largo del trabajo.

La migración desde el punto de vista de la protección de derechos plantea un desafío en el caso de los migrantes cubanos que son de alto grado de vulnerabilidad considera Rico (2023). La falta de motivación, y las limitaciones en las garantías de contradicción, ante las decisiones que emiten Migración Colombia son patrones que afectan al debido proceso, derecho que se encuentra respaldado por normas de diferentes ordenes normativos.

Desde el punto de vista de la práctica constitucional, la corte ha sostenido en varias decisiones que la discrecionalidad administrativa no debe ser considerada como un poder absoluto, al contrario, tiene que estar en los límites de la proporcionalidad, de la razonabilidad y de la motivación, principios que han sido observados como existentes en la aplicación del artículo 19 en el caso de las visas tipo V, esta falta de motivación y de garantías procesales vulnera no sólo el principio de dilación de procesos, sino también otros derechos fundamentales como el de residencia y el de la reunificación familiar, los cuales son primordiales para los migrantes.

### **3. Conclusiones**

La norma constitucional colombiana de 1886, se clasifica como una norma con gran vigencia dentro del territorio sur americano, sin embargo, de la revisión de las reformas establecidas a la misma, se evidencia que desde la modificación implantada en 1936, la idea de un Estado Social de Derecho venia girando en torno a la misma, pero el pasar del tiempo demostró que esto fue una simple idea que no se implementó, continuando dentro de un estado de legalidad, que solo fue posible modificar mediante una reforma total de la constitución la cual se dio para el año de 1991; esta reforma logro la implementación de un Estado Social de Derecho, y genero un nuevo paradigma que algunos de los teóricos lo han denominado como el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, esto por cuanto dentro del orden de los derechos constitucionales, vincula derechos fundamentales; sociales, económicos y culturales; y adicionalmente derechos colectivos y del medio ambiente, logrando superar los avances que se venían dando en continente europeo.

Desde la perspectiva internacional, el debido proceso se enmarca como ciertas garantías que se deben de cumplir por los estados ante posibles judicializaciones, siendo estas normas preconstitucionales al cambio normativo colombiano de 1991, motivo este que no determinaba el alcance constitucional que se aplica a las mismas hoy en día.

La norma de 1991, establece ciertos cambios dentro de los cuales es importante resaltar los siguientes: 1. Un listado de derechos constitucionales, en especial los denominados como derechos fundamentales; 2. Un Estado Social de Derecho, el cual da por superado el orden legalista que se venía implementado, generando una mayor responsabilidad en la aplicación y acceso a la justicia; y 3. Un tribunal constitucional de orden autónomo, que vigilara y salvaguardara el orden constitucional, evitando que el orden legal de inferior jerarquía atente contra el mismo, y en especial contra derechos de índole constitucional.

El debido proceso debe de comprenderse como un derecho de aplicación inmediata, en tanto la misma norma constitucional lo establece así, partiendo de este concepto se evidencia que dicho derecho debe de ser comprendido bajo cada caso concreto y por consiguiente tanto en el accionar judicial como administrativo debe de ser interpretado con relación a los principios que permitan una mejor aplicación de este.

El debido proceso por consiguiente al no tener una regulación específica del mismo como un derecho fundamental, ha sido construido jurisprudencialmente en diferentes espacios de actuaciones administrativas o judiciales, permitiendo comprender que el mismo no es un derecho rígido, y que por consiguiente el mismo debe de ser analizado en cada caso concreto.

La migración es un factor social de gran importancia que ha permitido el desarrollo de las civilizaciones, si bien muchas migraciones se dan de manera voluntaria, hay migraciones que se puede dar por catástrofes naturales, o de migraciones forzadas, cuando algún factor humano interviene en estas.

Tomando en cuenta el derecho de movilidad y de migrar, sumado a los hechos de la primera y segunda guerra mundial, desde el índole internacional se inicia un proceso de normativización de la migración, buscando garantizar derechos para los migrantes que se encuentren en un estado de indefensión, estas normas de índole internacional en su mayoría han sido ratificadas por el territorio colombiano, sin embargo su aplicación y desarrollo en políticas públicas no ha sido lo suficientemente satisfactorio.

La migración debe ser pensada en conjunto desde los estamentos supranacionales, permitiendo que las mismas sean controladas y no masivas, de lo contrario los Estados en fin de proteger y salvaguardar su legitimidad, se pueden convertir en actores que vulneran los derechos humanos, generando políticas públicas que atentan contra los mismos tratados, acuerdos, convenciones, ente otros, que han sido ratificados de manera previa.

Con respecto al debido proceso el mismo se puede comprender desde dos perspectivas, la discrecionalidad absoluta y la relativa; con respecto al primer tipo de discrecionalidad se puede presentar cuando el funcionario público puede tomar una decisión sin justificar o motivar la misma; por el contrario, la discrecionalidad relativa, es la que se presenta cuando un funcionario esta llamado a tomar una decisión, sin embargo en su margen de actuar el mismo puede tomar su decisión; en ambos casos la decisión que se tome no debe ser arbitraria, esto en cuanto de lo contrario la misma podría ser anulada bien sea por un superior jerárquico o en instancias judiciales.

Para evitar que las decisiones que se tomen en la administración no sean arbitrarias, algunos teóricos han presupuesto que los Estados deben de asignar ciertas responsabilidades a los

funcionarios que son llamados a tomar ciertas decisiones, este aspecto se asemeja mucho a los conceptos del realismo jurídico, donde el actuar de la administración debe de acercarse a las realidades y necesidades sociales del contexto temporal.

Si bien la discrecionalidad administrativa permite salvaguardar la legitimidad del Estado en muchos temas, en los relacionados con la migración la misma debe de actuar en pro de la protección de los derechos humanos y fundamentales, en un índole nacional y supranacional, por lo cual sería importante que el derecho convencional desarrolle políticas públicas verdaderamente aplicables entre los países firmantes de convenciones, declaraciones, acuerdos, tratados entre otros, evitando así que en los casos de migraciones masivas los Estados que deberían de ser garantes se conviertan en actores vulneradores de los derechos humanos y fundamentales.

Las visas son documentos que permiten la estancia de manera regular en un territorio en el cual no se ha residido con anterioridad, estos documentos se encuentran reglamentados de manera legal, y cumplen una función de seguridad y control dentro de los Estados, permitiendo tener un control de la migración que ingresa al mismo, en el caso colombiano, las visas pueden ser de dos tipos: 1. Visas de relaciones internacionales, que se entregan a dignatarios o funcionarios de otros países que realizan funciones de representación de sus países dentro del territorio nacional; y 2. Visas para extranjeros, que son las que deben de solicitar cualquier otro ciudadano que busque ingresar al país para el desarrollo de una labora específica, estas visas se clasifican en 4 tipos a saber: 1. Visas tipo V; 2. Visas tipo V de cortesía; 3. Visas tipo M; y 4. Visas tipo R.

La visa como un mecanismo de control y seguridad estatal, conlleva a que los Estados puedan determinar quiénes pueden ingresar en sus territorios, por ende las mismas se encuentran relacionadas directamente con el concepto de discrecionalidad administrativa, sin embargo en el caso colombiano, el artículo 19 de la Resolución 5477 del 2022, establece claramente parámetros de esa discrecionalidad, con el fin de que las decisiones que se tomen frente a las solicitudes de visas no sean arbitrarias, esto con el fin de evitar que este tipo de mecanismos se puedan convertir en elementos de discriminación.

Desde la revisión jurisprudencial se observa que la Corte Constitucional cuenta con planteamientos claros sobre el concepto de discrecionalidad y del debido proceso, sin embargo se

observa que en diferentes fallos ha sido este alto tribunal quien a declarado la nulidad de ciertos actos administrativos de las autoridades migratorias, por cuanto se evidencia la vulneración al debido proceso, si bien los casos son diferentes a los analizados y presentados, existen precedentes que han evidenciado un mal actuar por parte de esta autoridad.

En los casos analizados se observa que las autoridades migratorias vulneran el debido proceso, por cuanto no hay una motivación clara que explique el rechazo de la solicitud de visa de los migrantes cubanos, obligando a que los mismos vuelvan a presentar una nueva solicitud, sin poder corregir los supuestos errores de su solicitud, es importante resaltar en este punto que dicho trámite no es gratuito, por lo cual es necesario que el solicitante nuevamente realice el pago de solicitud, observando un actuar arbitrario.



#### **4. Recomendaciones**

Los fines y propósitos de las acciones y de los objetos, representa una perspectiva que resulta útil a la hora de encarar las falencias regulatorias que tienen que ver con la discrecionalidad administrativa. De esta manera, en la aplicación de las decisiones migratorias en el caso colombiano, la protección de las disposiciones en la interpretación, por lo que, integraría normas claras sobre los límites del abuso de discreción y cómo el proceso de toma de decisiones puede ser claro y cuándo se debe realizar un examen de discreción exclusiva. No sólo busca esta aproximación regular el ejercicio de la discrecionalidad, sino también encauzar las decisiones en función de un fin que resguarde los derechos fundamentales de los migrantes.

La discreción administrativa, implica entender que solo debe utilizarse cuando los objetivos del Estado justifican el uso de objetos en situaciones donde no se puede hacer una previsión completa de todas las eventualidades en las disposiciones legales, sin embargo, es necesario establecer límites sobre cuándo ocurren estos momentos de aplicación al establecer parámetros a través de los cuales se determinan las condiciones básicas bajo las cuales los funcionarios pueden ejercer discreción, esto aseguraría que la discreción no se convierta en una herramienta arbitraria de la autoridad, sino en un medio que esté en armonía con los objetivos constitucionales de justicia, igualdad y respeto por los derechos humanos.

En este sentido es importante recalcar que la discrecionalidad administrativa y su aplicación debe de ser de la manera más responsable por parte de los funcionarios llamados a aplicar dicho comportamiento, esto por cuanto, el mismo puede entrar en conflicto con diversos tipos de derechos, incluidos derechos fundamentales y humanos, como lo es el debido proceso, motivo este por el cual se debe de realizar una ponderación que evite afectaciones a dichos derechos.

En los casos en concreto, migración Colombia debería de informar cuales son las supuestas falencias que se han presentado por parte de los migrantes al momento de solicitar su visa de tipo V, esto con la finalidad que los solicitantes puedan realizar la corrección de sus solicitudes, y así poder iniciar nuevamente su proceso, teniendo una mayor certeza que en la nueva solicitud la misma no sería rechazada.

Con respecto al artículo 19 de la resolución 5477 del 2022, la misma establece una obligación para migración Colombia, que es hacer requerimientos para ampliar o aclarar criterios migratorios, sin embargo, en los casos revisados, se logró ver que la autoridad migratoria no realiza dicho proceso, afectando directamente a los migrantes y por ende al debido proceso.

Por todo lo anterior se recomienda a las autoridades migratorias apegarse a los procesos legales y dar cumplimiento a los mismos.

### Referencias bibliográficas

Agudelo, R. (2005). El debido proceso. *Opinión Jurídica*. # 4 Vol. 7. Pp. 89–105.  
<https://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/1307>

Aministia Internacional. (S.F.). Las devoluciones ilegales y la violencia contra las personas son una política pública de facto. <https://www.amnesty.org/es/latest/news/2021/06/greece-pushbacks-and-violence-against-refugees-and-migrants-are-de-facto-border-policy-2/>

Angarita, J. (2021). Estado de Derecho y Estado Social de Derecho: Evolución histórica entre el siglo XIX y XX. *Ratio Juris*. # 16 vol. 33. Pp. 503 a 519.  
<https://doi.org/10.24142/raju.v16n33a7>

Arenas, C. (2023). El principio non bis in ídem en expulsiones de personas migrantes: la frontera entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador. *Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias sociales y jurídicas: Universidad de Chile*.  
<https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/192919/El-principio-non-bis-in-idem-en-expulsiones-de-personas-migrantes-la-frontera-entre-el-derecho-penal.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Arias, G. (2021). Jueces frente a sujetos migrantes: análisis acerca del desarrollo jurisprudencial de los sujetos migrantes como sujetos de derechos. *Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias sociales y jurídicas: Universidad de Chile*.  
<https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/186632/Jueces-frente-a-sujetos-migrantes-analisis-acerca-del-desarrollo-jurisprudencial-de-los-sujetos-migrantes.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Auto 478 del 2022. (2022, 30 de marzo). Corte Constitucional. (M. P. Alejandro Linares Cantillo).  
<https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/autos/2022/A478-22.htm>

Basantes, J. (2021). Análisis del proceso de regulación migratoria para la población migrante venezolana en el Ecuador, desde un enfoque de desarrollo humano. *Tesis para optar al título de Magister en Desarrollo Humano: FLACSO sede Ecuador*.  
<https://repositorio.flacsoandes.edu.ec/bitstream/10469/18683/2/TFLACSO-2021%20JCBJ.pdf>

- Cajas, M. (2013). La Corte Suprema de Justicia de Colombia, 1886 – 1910: de juez de la regeneración a juez constitucional. *Revista de Historia Constitucional*. No. 14. Pp. 425 a 465. <http://www.historiaconstitucional.com/index.php/historiaconstitucional/article/view/378>
- Carbajales, M. (2019). El Estado regulador. Implicancias para el control judicial de la discrecionalidad administrativa. *Díkaion*, Vol. 28 No. 1. Pp. 69 a 89. <https://doi.org/10.5294/dika.2019.28.1.3>
- Carvajal, L. (2020). El departamento de Nariño como sujeto de derechos, validez y aplicación del decreto 384 del 2019. *Revista Curso solidario internacional: “Constitucionalismo Latinoamericano, derechos y jurisprudencia constitucional*. Pp. 217 a 226. [https://tcpbolivia.bo/tcp/sites/default/files/pdf/publicaciones/REVISTA\\_CURSO\\_SOLIDARIO\\_II.pdf](https://tcpbolivia.bo/tcp/sites/default/files/pdf/publicaciones/REVISTA_CURSO_SOLIDARIO_II.pdf)
- Carrillo, F. (2023). Apuntes sobre el movimiento constituyente. En Andrés Gómez Roldan Editor. *30 años de la constitución política de Colombia*. (Pp. 15 a 25). Bogotá: Escuela Superior de Administración Pública
- Chávez, C. (2020). El derecho fundamental al debido proceso Vs. Procedimiento sancionatorio entre particulares. *IUSTITIA*, # 17. Pp. 107 a 120. <https://doi.org/10.15332/iust.v0i17.2424>
- Chinchilla, T. (1986). El mito de la constitución de 1886. *Estudios De Derecho*. No. 45, vol. 109. Pp. 25 a 40. <https://doi.org/10.17533/udea.esde.332539>
- Chinchilla, T. (1997). ¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales? *Estudios De Derecho*, No. 56, vol. 127. Pp. 37 a 83. <https://doi.org/10.17533/udea.esde.332589>
- Chinchilla, T. (2010). Concepciones sobre el Juez Constitucional en la Reforma de 1910: una cuestión de confianza. *Diálogos De Derecho Y Política*. No.3. Pp. 68 a 83. <https://revistas.udea.edu.co/index.php/derypol/article/view/5121>.
- Concepto 223811. (2020, 9 de junio). Función Pública (D.J. Armando López Cortez). <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=137534>

Constitución Política de Colombia de 1991. (1991, 1 de enero) Asamblea Nacional Constituyente de Colombia. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=4125>

Convención Americana sobre Derechos Humanos. Organización de los Estados Americanos, 11 de febrero de 1978. [https://www.oas.org/dil/esp/1969\\_Convenci%C3%B3n\\_Americana\\_sobre\\_Derechos\\_Humanos.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/1969_Convenci%C3%B3n_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf)

Convención sobre el Estatuto de los Refugiados. Organización de las Naciones Unidas, 22 de abril de 1954. [https://www.acnur.org/sites/default/files/2023-05/Convencion\\_1951.pdf](https://www.acnur.org/sites/default/files/2023-05/Convencion_1951.pdf)

Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, Organización de las Naciones Unidas, 4 de enero de 1969. <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-convention-elimination-all-forms-racial>

Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, Organización de las Naciones Unidas, 3 de septiembre de 1981. <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-elimination-all-forms-discrimination-against-women>

Convención sobre los Derechos del Niño, Organización de las Naciones Unidas, 2 de septiembre de 1990. <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-rights-child>

Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, Organización de las Naciones Unidas, 10 de diciembre de 1990. <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-convention-protection-rights-all-migrant-workers>

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Organización de las Naciones Unidas, 13 de diciembre del 2006. <https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/documentos/2019-05/Discapacidad-Protocolo-Facultativo%5B1%5D.pdf>

Cubides, J.; Navas, F; y Montes, L. (2021). El Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano (NCL). *Direitos Democráticos & Estado Moderno*. Pp. 3 a 14. <https://doi.org/10.23925/ddem.v0i2.54285>

Declaración Universal de los derechos Humanos expedida por la Organización de las Naciones Unidas, 10 de diciembre de 1948. <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>

Declaración de Cartagena sobre Refugiados. Organización de las Naciones Unidas, 22 de noviembre de 1984. <https://www.acnur.org/sites/default/files/legacy-pdf/5b076ef14.pdf>

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Organización de los Estados Americanos, 2 de mayo 1948. <https://www.oas.org/es/cidh/mandato/basicos/declaracion.asp>

Dejusticia. (2021). Expulsiones discrecionales de migrantes: la excepción que se convirtió en regla. <https://www.dejusticia.org/expulsiones-discrecionales-de-personas-migrantes-la-excepcion-que-se-convirtio-en-regla/>

Decreto 1067 del 2015. (2015, 26 de mayo) Viceministro de asuntos multilaterales encargado de las funciones del despacho de la ministra de relaciones exteriores (Vice ministro Francisco Javier Echeverri Lara). Diario oficial No. 49523. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=74000>

Decreto 1743 del 2015. (2015, 31 de agosto). Ministerio de Relaciones Exteriores (Ministra María Angela Holguín Cuellar). Diario Oficial No. 49621. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=62959>

Hart, H. (2014). Discrecionalidad. *DOXA. Cuadernos De Filosofía Del Derecho*, No. 35. Pp. 85 a 98. <https://doi.org/10.14198/DOXA2014.37.05>

Hernández, R.; Fernández, C; Baptista, P. (2014). *Metodología de la investigación*. Mexcio : McGraw Hill – Interamericana Editores S.A.

- Hernández, C; Ortega, P; Ortega, F; Franco, J. (2017). *Metodología de la investigación jurídica*. Bogotá: Universidad Libre sede Bogotá.
- Jiménez, W. (2021). *La Corte Constitucional y sus magistrados: derecho constitucional para la humanidad*. Universidad Libre sede Bogotá. <https://doi.org/10.18041/978-958-5578-69-2>
- Kingman, S. (2021). La migración: Un riesgo convertido en amenaza. *Cuadernos Nacionales*. # 28. Pp. 33 a 48. <https://doi.org/10.48204/j.cnacionales.n28a3>
- Lifante, I. (2024). Sobre el ejercicio y control de la discrecionalidad. *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*. Vol. 9. Pp. 39 a 59 [https://doi.org/10.37417/RDP/vol\\_9\\_2024\\_2097](https://doi.org/10.37417/RDP/vol_9_2024_2097)
- Ley 1437 del 2011. (2011, 18 de enero). Congreso de Colombia, Diario oficial No. 47956. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=41249>
- Martínez, G.; Cobo, D.; Narváez, J. (2015). Trazando rutas de la migración de tránsito irregular o no documentada por México. *Perfiles latinoamericanos*, No. 23 – vol. 45. Pp. 127 a 155. [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0188-76532015000100006&lng=es&tlng=es](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0188-76532015000100006&lng=es&tlng=es).
- Ministerio de Salud. (2018). Aseguramiento y atención a población migrante proveniente de Venezuela. boletín electrónico para los actores del sistema de salud en Colombia boletín electrónico para los actores del sistema de salud en Colombia no. 63. <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/COM/Enlace-MinSalud-97-Migrante-Venezolano.pdf>
- Montero, D. (2020). Intervención psicosocial en la migración forzada. En Hugo Arias Flores, Editor. *Migración forzada éxodo en la gran Colombia*. Quito: Editorial Universidad Tecnológica Indoamericana. <https://repositorio.uti.edu.ec/bitstream/123456789/1675/2/Libro%20Migraci%c3%b3n%20forzada.pdf>
- Mora, R. (2012). El concepto de discrecionalidad en el que hacer de la administración pública. *Justicia Juris*. Vol. 8 # 1. Pp. 92 a 105. <https://doi.org/10.15665/rj.v8i1.255>

- Moreno, V.; Pelacani, G. (2020). Corte Constitucional colombiana: ¿un escenario posible para el Experimentalismo Constitucional en materia migratoria? *Revista Latino Americana de Derecho*, #5. Pp. 139 a 157. <https://doi.org/10.29263/lar05.2020.07>
- Moreno, C. (2024). La sombra de la discrecionalidad en la emisión de visas en Colombia. <https://ambitojuridico.com/noticias/columnista-online/constitucional-y-derechos-humanos/la-sombra-de-la-discrecionalidad-en-la>
- Mosquera, G. (2022). Derechos fundamentales, estado de excepción y uso progresivo de la fuerza: Un acercamiento a los controles políticos y jurisdiccionales en el Estado constitucional. *Digital Publisher CEIT*, # 7 Vol. 5-1. Pp. 388 a 404. <https://doi.org/10.33386/593dp.2022.5-1.1229>
- Murillo, M. (2014). Las facultades discrecionales en el estado social de derecho colombiano: una aproximación a la discrecionalidad técnica desde la doctrina y la jurisprudencia. *Tesis de Maestría, Universidad Del Rosario*. <https://repository.urosario.edu.co/items/3776218f-d849-4cf4-8d45-61ada465b432>
- Observación General, N.º 32, al Pacto de los Derechos Civiles y Políticos, Organización de las Naciones Unidas, 27 de junio del 2007. <https://www.refworld.org/es/leg/coment/ccpr/2007/es/52583>
- Observatorio de Migración Internacional. (2021). Migración y salud. *Observatorio de Migración Internacional*. Gobierno de México. [http://www.omi.gob.mx/work/models/OMI/Resource/2754/Mig\\_y\\_Salud\\_ed\\_2021.pdf](http://www.omi.gob.mx/work/models/OMI/Resource/2754/Mig_y_Salud_ed_2021.pdf)
- Olano, H. (2019). Historia de la regeneración constitucional de 1886. *IUS revista del instituto de ciencias jurídicas de Puebla*. Vol. 13 No. 43. Pp. 161 a 177. [https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1870-21472019000100161](https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472019000100161)
- Ortega, J; Argüello, L. (2020). Los conceptos jurídicos indeterminados, la discrecionalidad administrativa y la jurisprudencia contencioso administrativa costarricense. *Revista de Ciencias Jurídicas*, Vol.153, Pp.107 a 144. <https://doi.org/10.15517/rcj.2020.44532>



Pacto Internacional de derechos civiles y políticos. Organización de las Naciones Unidas, 23 de marzo de 1976. <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>

Pacto Mundial para una Migración Segura, Ordenada y Regular: Organización de las Naciones Unidas, 13 de julio del 2018. [https://refugeesmigrants.un.org/sites/default/files/180713\\_agreed\\_outcome\\_global\\_compact\\_for\\_migration.pdf](https://refugeesmigrants.un.org/sites/default/files/180713_agreed_outcome_global_compact_for_migration.pdf)

Pozzolo, S. (1998). Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional. *DOXA. Cuadernos De Filosofía Del Derecho*, # 21, v2. Pp. 339 a 353. <https://doi.org/10.14198/DOXA1998.21.2.25>

Resolución 6045 del 2017. (2017, 2 de agosto) Ministerio de Relaciones Exteriores (Ministra María Angelica Holguín Cuellar). Diario Oficial 50313. [https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/Normograma/docs/resolucion\\_minrelaciones\\_6045\\_2017.htm](https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/Normograma/docs/resolucion_minrelaciones_6045_2017.htm)

Resolución 5477 del 2022. (2022, 22 de julio) Ministerio de Relaciones Exteriores (Ministra Martha Lucia Ramírez Blanco). Diario Oficial No. 52103. <https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/2022-12/5477%20del%202022%20de%20julio%20de%202022%20%281%29.pdf>

Rico, J. (2023). La protección de la seguridad social en pensiones del trabajador migrante venezolano regular en Colombia. *Tesis para optar al título de Magister en derecho del trabajo, procesal del trabajo y seguridad social: Universidad Externado de Colombia*. <https://bdigital.uexternado.edu.co/entities/publication/3d398b9e-7a37-4c09-a007-f7cb6659e826>

Salazar, D.; Pulido, M. (2022). El sistema de salud para el migrante irregular en Colombia. Los venezolanos en el país. *Trabajo de grado para optar al título de abogado: Universidad Santo Tomas sede Bogotá*.

<https://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/47033/el%20sitema%20de%20salud%20para%20el%20migrante%20irregular%20en%20colombia.pdf?sequence=3&isAllowed=y>

SCHLINK, B. (2022). El principio de proporcionalidad. In *La ponderación en el derecho*. <https://doi.org/10.2307/j.ctv31zqd8k.8>

Sentencia T – 406 de 1992. (1992, 5 de junio) Corte Constitucional (M.P. Ciro Angarita Barón). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/t-406-92.htm>

Sentencia T - 463 de 1992. (1992, 16 de julio) Corte Constitucional (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-463-92.htm>

Sentencia C-560 de 1992. (1992, 20 de octubre). Corte Constitucional (M.P. Simón Rodríguez Rodríguez). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/C-560-92.htm>

Sentencia C – 031 de 1995. (1995, 3 de febrero). Corte Constitucional (M.P. Hernando Herrera Vergara). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-031-95.htm>

Sentencia T 242 de 1999. (1999, 16 de noviembre) Corte Constitucional (M.P. Martha Victoria Sáchica de Moncaleano). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/T-242-99.htm>

Sentencia C - 734 del 2000. (2000, 21 de junio) Corte Constitucional (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/C-734-00.htm>

Sentencia C – 131 del 2002. (2002, 26 de febrero) Corte Constitucional (M.P. Jaime Córdoba Triviño). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-131-02.htm>

Sentencia T - 909 del 2009. (2009, 7 de diciembre). Corte Constitucional (M.P. Mauricio Gonzales Cuervo). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-909-09.htm>

Sentencia C - 034 del 2014. (2014, 29 de enero) Corte Constitucional (M.P. María Victoria Calle Correa). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/c-034-14.htm>

Sentencia SU-917 del 2010. (2010, 16 de noviembre). Corte Constitucional (M.P. Jorge Ivan Palacio Palacio). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/su917-10.htm>

Sentencia C – 610 del 2012. (2012, 1 de agosto). Corte Constitucional (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/c-610-12.htm>

Sentencia C – 034 del 2014. (2014, 29 de enero) Corte Constitucional (M.P. María Victoria Calle Correa). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/c-034-14.htm>

Sentencia SU – 288 del 2015. (2015, 14 de mayo) Corte Constitucional (M.P. Mauricio Gonzales Cuervo). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/SU288-15.htm>

Sentencia T – 623 del 2017. (2017, 6 de octubre) Corte Constitucional (M.P. Diana Fajardo Rivera). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/T-623-17.htm>

Sentencia T – 295 del 2018. (2018, 24 de julio) Corte Constitucional (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/T-295-18.htm>

Sentencia T – 500 del 2018. (2018, 19 de diciembre) Corte Constitucional (M.P. Diana Fajardo Rivera). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/T-500-18.htm>

Sentencia T – 143 del 2019. (2019, 29 de marzo) Corte Constitucional (M.P. Alejandro Linares Cantillo) <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/T-143-19.htm>

Sentencia T – 530 del 2019. (2019, 12 de noviembre) Corte Constitucional (M.P. Alejandro Linares Cantillo). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/T-530-19.htm>

Sentencia C – 029 del 2021. (2021, 10 de febrero). Corte Constitucional. (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2021/c-029-21.htm>

Sentencia SU 174 del 2021. (2021, 3 de junio) Corte Constitucional. (M.P. José Fernando Reyes Cuartas). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2021/SU174-21.htm>

Sentencia T – 471 del 2024. (2024, 8 de noviembre). Corte Constitucional (M.P. Paola Andrea Meneses Mosquera). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2024/T-471-24.htm>

- Torrano, A. (2016). Las políticas de visado en el dispositivo de seguridad de Michel Foucault. *Enclaves del Pensamiento*, No. X, vol.20. Pp. 79 a 96. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=141148867004>
- Urpimny, R. (2008). *Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y proceso penal*. Bogotá: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. <https://escuelajudicial.ramajudicial.gov.co/sites/default/files/biblioteca/m17-3.pdf>
- Vanegas, L. (2023). Derecho de asilo y estatuto de refugiado: avances y vacíos de protección en la jurisdicción constitucional de Colombia. *Trabajo de grado para obtener el título de Magíster en Derecho, Gobierno y Gestión de la Justicia: Universidad de los Andes*. <https://doi.org/10.18272/iu.i32.3003>
- Viciano, R.; y Martínez, R. (2010) El nuevo Constitucionalismo en América Latina. *Memorias del encuentro Internacional El nuevo constitucionalismo: desafíos y retos para el siglo XXI*. Quito: Corte Constitucional.
- Vidotte, M; Albornoz, M; Carvajal, L. (2023). El debido proceso administrativo y su vulneración en la solicitud de refugio dentro del estado de excepción. *Revista Saber, Ciencia y Libertad*, # 18, Vol. 1. Pp. 142 – 156. <https://doi.org/10.18041/2382-3240/saber.2021v16n2.7747>
- Villar, L. (2007). Estado de derecho y Estado social de derecho. *Revista Derecho del Estado*, # 20, vol. 73. Pp. 73 a 96. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/705>
- Witker, J. (2021). *Metodología de la investigación jurídica*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Yong, S. (2009). *Elementos para el estudio de la constitución política de Colombia*. Bogotá: Corporación Universitaria Minuto de Dios – UNIMINUTO.