



**La discrecionalidad como una amenaza a los derechos de los migrantes en Colombia**

María Triana Torres

Trabajo de grado presentado para optar al título de Especialista en Derecho Administrativo

Asesor

José Luis Sánchez Cardona

Universidad de Antioquia  
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas  
Especialización en Derecho Administrativo  
Medellín, Antioquia, Colombia

2021

---

<b>Cita</b>	(Triana Torres, 2021)
<b>Referencia</b>	Triana Torres, M. (2021). <i>La discrecionalidad como una amenaza a los derechos de los migrantes en Colombia</i> . [Trabajo de grado especialización]. Universidad de Antioquia, Medellín, Colombia.
<b>Estilo APA 7 (2020)</b>	

---



Especialización en Derecho Administrativo, Cohorte XVI.



Biblioteca Carlos Gaviria Díaz

**Repositorio Institucional:** <http://bibliotecadigital.udea.edu.co>

Universidad de Antioquia - [www.udea.edu.co](http://www.udea.edu.co)

**Rector:** John Jairo Arboleda Céspedes.

**Decano/Director:** Luqueji Gil Neira.

**Jefe departamento:** Olga Amparo Barrientos Yepes.

El contenido de esta obra corresponde al derecho de expresión de los autores y no compromete el pensamiento institucional de la Universidad de Antioquia ni desata su responsabilidad frente a terceros. Los autores asumen la responsabilidad por los derechos de autor y conexos.

## **Dedicatoria**

A María Clara por ser mi familia, la base y el faro de mi vida.

## Tabla de contenido

Resumen .....	6
Abstract .....	7
Introducción .....	8
1. Potestad discrecional de Migración Colombia: una mirada desde la Administración .....	9
1.1. La relación entre soberanía y la discrecionalidad de Migración Colombia .....	11
1.2. Los sustentos normativos de la discrecionalidad de Migración Colombia .....	13
2. Discrecionalidad administrativa vs arbitrariedad administrativa: una revisión de las expulsiones de migrantes desde la etnografía burocrática .....	15
2.1. Migración Colombia: entre la aspiración weberiana y la realidad de los burócratas callejeros.....	20
Conclusiones .....	25
Referencias .....	26

## **Siglas, acrónimos y abreviaturas**

<b>ACNUR</b>	Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados
<b>DAS</b>	Departamento Administrativo de Seguridad
<b>UdeA</b>	Universidad de Antioquia

## **Resumen**

El propósito de este artículo es evidenciar cómo el principio de soberanía afecta las garantías de los migrantes en Colombia. Para ello, se explicará cómo la soberanía es la base de las acciones en materia de migración, específicamente de la expulsión. Luego, se analiza cómo dichas acciones están enmarcadas en la etnografía burocrática del Estado para, finalmente, argumentar que la discrecionalidad de Migración Colombia en ocasiones viola derechos de los migrantes como el debido proceso. La metodología de la investigación será la revisión documental de textos digitales, y el análisis de sentencias y normas internacionales y nacionales a la luz de los casos de migrantes expulsados por Migración Colombia bajo la figura de discrecionalidad. Todo este proceso permite concluir que la discrecionalidad administrativa, aunque necesaria en algunos casos, puede convertirse en una arbitrariedad administrativa. Y más aún cuando la aplicación de la norma pasa por la determinación personal de un agente administrativo.

*Palabras clave:* Soberanía, Migración, Colombia, Discrecionalidad Administrativa

### **Abstract**

The purpose of this article is to show how the principle of sovereignty affects the migrants' guarantees in Colombia. To do this, I will explain how sovereignty is the basis of actions regarding migration, specifically expulsion. Then, it is analyzed how these actions are framed in the bureaucratic ethnography of the State to, finally, argue that the discretion of Migración Colombia sometimes violates migrants' rights such as due process. The research methodology will be the documentary review of digital texts, and the analysis of international and national judgments and standards in light of the cases of migrants expelled by Migración Colombia under the figure of discretion. This whole process allows us to conclude that administrative discretion, although necessary in some cases, may turn into administrative arbitrariness. And even more so when the application of the rule goes through the personal determination of an administrative agent.

*Keywords:* Sovereignty, Migration, Colombia, Administrative Discretion

---

## Introducción

La crisis que atraviesa Venezuela ha despertado la mayor ola de migración en la historia de ese país y la segunda más grande en todo el mundo hasta el 2020, con más de cuatro millones de refugiados y desplazados venezolanos viviendo en el extranjero (ACNUR, 2021). Casi la mitad de esas personas, 1,7 millones para ser más exactos, fueron acogidas en Colombia; lo que hace de este el país extranjero con mayor población venezolana en su territorio.

Sin embargo, no es la única población migrante que hay ni que ha habido en Colombia. La pregunta gira en torno a cómo se deciden sus permisos de estadía, sus deportaciones y sus expulsiones. La autoridad competente antes era el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), pero tras su eliminación, la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia asumió las competencias de regular la migración al país.

El Artículo 7 de la Resolución 2357 de 2020 (Migración Colombia, 2020) establece que tanto el director de Migración Colombia como los directores regionales tienen la potestad de ordenar las llamadas expulsiones por facultad discrecional. Además, son ellos quienes resuelven los recursos en primera instancia, cuando haya lugar.

Estas y todas las facultades que tiene Migración Colombia se basan en el principio de soberanía del Estado colombiano y, de este, se desprende la discrecionalidad administrativa para expulsar migrantes en ciertas circunstancias que se explorarán en esta investigación.

De allí puede afirmarse que la discrecionalidad de Migración Colombia es tan amplia al momento de expulsar a extranjeros que puede convertirse en arbitrariedad y vulnerar derechos fundamentales como el debido proceso, tal como ha sucedido en múltiples casos.

La presente investigación demostrará que el principio de soberanía afecta las garantías de los migrantes en Colombia. Para sustentarlos, en este trabajo se utilizarán sentencias de la Corte Constitucional en materia migratoria, principalmente la T-321 de 1996 y T-500 de 2018. La primera es indispensable incluirla porque es la pionera sobre la protección del derecho al debido proceso en los procedimientos administrativos migratorios, mientras que la segunda trata de un médico cubano al que Migración Colombia deportó y expulsó alegando causales discrecionales, pero en su decisión no se respetó el debido proceso de la persona, como lo determinó la Corte. Es



decir, que la T-500 ejemplifica claramente los excesos que comete la Administración a nombre de la discrecionalidad.

En la línea jurisprudencial también se acude a la sentencia del 28 de agosto de 2014 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas contra República Dominicana. Esta última, argumenta por qué en las expulsiones discrecionales es importante analizar cada caso individualmente y reitera la importancia de respetar derechos fundamentales como el del debido proceso.

Además, se realiza una comparación entre la discrecionalidad administrativa y la arbitrariedad administrativa, en la que se puede convertir tras el exceso de autonomía. Para eso, se inicia con un paralelo entre la aspiración del funcionamiento de una burocracia administrativa impersonal -a la que incluso los decretos que regulan Migración Colombia hacen mención explícita- y la etnografía burocrática que existe en la práctica, como lo refleja la jurisprudencia existente en materia de migrantes expulsados.

Para poder argumentar la idea central, el siguiente texto estará dividido en cuatro secciones. La primera se dedicará a ofrecer un contexto de cómo el principio de soberanía es la base para la discrecionalidad de Migración Colombia. La segunda partirá de la teoría de Max Weber sobre que la Administración burocrática es la forma más racional de ejercer dominación y cómo lleva a la racionalización formal del derecho, para luego explicar cómo detrás de esa administración burocrática siempre ha habido un temor por el poder excesivo de la discrecionalidad.

Finalmente, se procederá a explicar la etnografía burocrática para plantear cómo la burocratización no siempre funciona de manera impersonal sino que, como ocurre con los migrantes en Colombia, deja abierta posibilidades para que el Estado se exceda en su poder justificando la discrecionalidad.

## **1. Potestad discrecional de Migración Colombia: una mirada desde la Administración**

El primer paso para entender qué es discrecionalidad y poder hablar de ella es compararla con los actos reglados que tiene la Administración. Estos limitan a la Administración al exigirle que comprueben que en su actuación cumplió con los supuestos de hecho normativo previamente dictados y que, por ende, puede aplicarse la consecuencia jurídica sin que haya espacio a la

valoración subjetiva. En la discrecionalidad, en cambio, la Administración tiene mayor libertad de juicio y decisión, pues tiene un amplio margen para realizar una estimación subjetiva de lo que debe hacer (Marín, 2007).

Existen al menos dos concepciones de discrecionalidad que apuntan a motivos diferentes por los que la Administración termina con dicho margen de maniobra. Esto es, con poderes para ejecutar las acciones que estima convenientes.

La corriente de definiciones materiales o positivas apunta a que la discrecionalidad se da cuando el legislador no ha precisado concretamente cómo se debe alcanzar el interés general que aspira a proteger el Derecho Administrativo, a pesar de que el Legislativo es el llamado a hacer aquellas precisiones. Ante esa laguna legal, la Administración valora discrecionalmente qué acciones debe tomar y cuáles son las medidas más adecuadas para satisfacer el interés público (Mozo; citado en Marín, 2007, p. 151).

La segunda corriente, definiciones formales o negativas, defiende en cambio que la discrecionalidad no surge de un vacío del legislador, sino que debe estar fundado en una norma. Esto se debe a que, en el derecho administrativo, los entes públicos solo están autorizados para hacer las actividades que les permite la normatividad. Por ello, dicha corriente sustenta que los poderes discrecionales de la Administración no están desvinculados de la ley y que, por el contrario, surgen del ordenamiento jurídico (Ríos; citado en Marín, 2007, p. 161).

Lo que tienen en común ambas definiciones es que el Legislador juega un papel determinante para que una entidad tenga poderes discrecionales, ya sea por la falta de regulación o por una autorización expresa en la norma. Sin embargo, en el caso de Migración Colombia, la discrecionalidad no emana del Congreso, sino que fue fundamentada por decretos presidenciales. Esto aumenta el riesgo de arbitrariedades porque es el mismo Gobierno el que le otorga poderes discrecionales a una entidad adscrita a la Rama Ejecutiva, lejos de los contrapesos de ese poder, que se explicarán más adelante en este trabajo.

La razón por la cual el Gobierno es el que fundamentó la discrecionalidad de Migración Colombia se remite a mayo de 2011, cuando el Congreso le dio al entonces presidente Juan Manuel

---

Santos facultades extraordinarias durante seis meses para que modificara la estructura de la Administración Pública (Congreso, 2011).

### **1.1. La relación entre soberanía y la discrecionalidad de Migración Colombia**

Aunque el centro del debate en ese momento y lo que justificó la votación de los congresistas era eliminar el Departamento Administrativo de Seguridad -DAS- tras las múltiples denuncias de corrupción y las chuzadas que hacía ilegalmente (McFarland Sánchez-Moreno, 2018), el Gobierno aprovechó la oportunidad para modificar otras instituciones en el ojo de la picota pública, dividir ministerios que su antecesor había combinado y crear más instituciones. Todo con el argumento de garantizar la transparencia de la administración pública.

En total, Santos firmó cerca de 80 decretos (Ámbito Jurídico, 2011) con los que modificó y creó instituciones dentro del Estado. Cinco días antes de que se acabaran las facultades extraordinarias del presidente, el Gobierno emitió el Decreto 4062 del 31 de octubre de 2011, con el que creó la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia.

Y si bien el decreto que reglamenta todo el sector administrativo de Relaciones Exteriores y por ende Migración Colombia se creó cuatro años después cuando ya el presidente no tenía las facultades extraordinarias; desde el origen de esta entidad, el Ejecutivo sentó las bases para que Migración Colombia cumpliera sus funciones misionales con un amplio rango de discrecionalidad.

En el Artículo 3 del Decreto Ley 4062 de 2011, la Presidencia le encarga a Migración Colombia la vigilancia y el control migratorio y de extranjería del Estado colombiano (funciones que tenía el extinto DAS) y le autorizó ejercer esa función “dentro del marco de la soberanía nacional” (Departamento Administrativo de la Función Pública, 2011).

Una vez está respaldada por el principio de soberanía, Migración Colombia lo utiliza como argumento para justificar su discrecionalidad administrativa, al punto que la soberanía no solo cimienta el objetivo misional de la institución, sino que se convierte incluso en una causal para inadmitir a un extranjero en territorio colombiano o para expulsarlo. Todo debido al principio de soberanía sobre el que el Ejecutivo fundamentó a Migración Colombia.

La relación que hace Migración Colombia entre la soberanía y la discrecionalidad se desarrolla más claramente en el Decreto 1067 de 2015, que regula el sector administrativo de las Relaciones Exteriores de Colombia. Su Artículo 2.2.1.11.2. precisa que “es competencia discrecional del Gobierno nacional, fundado en el principio de soberanía del Estado, autorizar el ingreso, permanencia y salida de extranjeros del territorio nacional, así como regular el ingreso y salida de nacionales del territorio nacional”.

Ese mismo decreto puntualiza más adelante que una de las causales para inadmitir a un extranjero en suelo colombiano es “por razones de Soberanía, cuando existan hechos o información fundada que indiquen que representa un riesgo para la Seguridad del Estado o la convivencia ciudadana” (Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, 2015). Es decir, que se escudan en el principio de soberanía para justificarlo como un supuesto de hecho normativo, a pesar de que no hay lineamientos técnicos para definir cómo puede aplicarse dicha soberanía. Esto hace de la soberanía un concepto jurídico indeterminado.

Dicho concepto nace del hecho de que los actos de las sociedades muchas veces son ambiguos y no se pueden reglar o determinar de forma objetiva. El resultado de esta ambigüedad y la incapacidad de reglar de forma determinada son saneados entonces a través de conceptos que carecen de determinación jurídica y, por lo tanto, dejan abierto el abanico de interpretación. Ahora bien, la Corte Constitucional (2012) advierte que los conceptos jurídicos indeterminados no deben analizarse en abstracto sino que deben aplicarse a casos específicos y ser interpretados por el juez natural del caso. Señala, además, que “el criterio para establecer la admisibilidad de un concepto indeterminado en un contexto particular es su incidencia e impacto en los principios y derechos constitucionales”.

Afirma el alto tribunal que si el criterio se aplica sin tener en cuenta la particularidad de los casos, puede resultar en una violación o restricción principios y derechos constitucionales, y en este caso el concepto indeterminado carecería de validez. Por el contrario, si el concepto indeterminado no atenta contra lo constitucionalmente reconocido a la persona, tendrá la validez de aplicación y por tanto estaría ajustado a derecho.

De allí que pueda afirmarse que es el concepto jurídico indeterminado de la soberanía el que debe aplicarse a los casos concretos que están relacionados con la expulsión de extranjeros. Pues si bien, por el principio de Soberanía, los estados pueden autorregularse y organizarse políticamente según se pueda determinar la necesidad de la sociedad que administra; siguen existiendo unos principios que debe respetar, y estos son los principios constitucionales y los derechos fundamentales.

De hecho, la Corte Constitucional colombiana ha estudiado el principio de Soberanía desde la indeterminación de su aplicación en algunos casos y sobre los conceptos indeterminados exhorta a realizar una evaluación de criterio de aplicabilidad de estos teniendo en cuenta la particularidad de los casos y la incidencia e impacto en los principios y derechos constitucionales.

## **1.2. Los sustentos normativos de la discrecionalidad de Migración Colombia**

A pesar de que la Corte es clara en que el concepto jurídico indeterminado debe aplicarse a cada caso, la normativa que regula las acciones de Migración Colombia está atravesada por el principio de soberanía del Estado colombiano. Esa misma soberanía es la que sustenta el poder discrecional que tiene la entidad, sin precisar específicamente sus límites.

Para entender mejor esto, es necesario primero diferenciar la deportación de la expulsión. La primera es la sanción que aplica Migración Colombia a los extranjeros que no cumplen con la normatividad para estar en el país. Es decir, quienes están en una condición irregular respecto a sus documentos. Mientras que la expulsión incluye a los extranjeros que tienen una permanencia legal en Colombia y que incurren en alguna de las causales para ser expulsados, más relacionadas con su actuación general dentro del territorio nacional.

Este artículo no se concentrará en la deportación, aunque las improcedencias de los recursos contra las resoluciones de deportación pueden dar cabida a una arbitrariedad administrativa, Migración Colombia no tiene discrecionalidad para deportar a extranjeros. Por el contrario, el 2.2.1.13.1.2. del Decreto 1067 enumera las causales de deportación, muy puntuales en la mayoría de los casos.

Entonces, la discusión girará en torno a uno de los dos tipos de actos administrativos que Migración Colombia puede ejecutar en relación con la expulsión. El tipo que se excluye es el reglado en el Artículo 2.2.1.13.2.1. Al igual que en el caso de deportación este plantea cuatro causales tan específicas, que la entidad tiene menos margen de maniobra para interpretar la norma. Además, contra los actos administrativos que impongan este tipo de expulsiones sí proceden recursos que, de alegarse, dejan en efecto suspensivo la decisión de Migración Colombia.

Pero esas cuatro condiciones no son las únicas para expulsar a un extranjero y es allí donde la Administración tiene mayor libertad de juicio y decisión, que es precisamente lo que se analizará. El Artículo 2.2.1.13.2.2. regla la conocida como expulsión discrecional, a través de la cual Migración Colombia “o sus delegados, podrán expulsar a los extranjeros que a juicio de la autoridad migratoria” realicen alguna de las siguientes actividades:

- 1. Atentar “contra la seguridad nacional, el orden público, la salud pública, la tranquilidad social, la seguridad pública,*
- 2. O cuando existan informaciones de inteligencia que indiquen que representa un riesgo para la seguridad nacional, el orden público, la seguridad pública, o la tranquilidad social*
- 3. O cuando se haya comunicado por autoridad extranjera al Estado colombiano, que en contra de la persona se ha dictado en ese país providencia condenatoria o una orden de captura, por delitos comunes o se encuentre registrado en los archivos de Interpol”.*

De todas estas causales, la jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha enfocado especialmente en las expulsiones sustentadas en la afrenta a la seguridad nacional, el orden público, la salud pública, la tranquilidad social, la seguridad pública; como se analizará en el segundo capítulo de este artículo. Y esto no es una casualidad, pues ese motivo es justo donde la autoridad migratoria tiene mayor libertad para determinar su “juicio” ante la falta de precisión de la norma.

El poder es todavía mayor si se tiene en cuenta que, a diferencia del primer tipo de expulsión, en el segundo tipo no proceden los recursos contra la decisión. Así, cuando la Administración tiene mayor libertad para decidir qué acciones de los extranjeros considera como

un atentado contra el país, es justo cuando el implicado tiene menos margen de maniobra para defenderse.

El resultado es un poder de la Administración que en muchos casos ya se ha tornado excesivo y que es más preocupante si se tiene en cuenta que su capacidad discrecional no proviene ni de las ausencias ni de los mandatos del legislador, sino de un poder que le otorgó la misma Rama Ejecutiva a la que Migración Colombia pertenece.

Todo lo anterior contraría la idea que planteaba Weber de una administración burocrática y representa un riesgo para los límites del poder discrecional que explicó en su momento García de Enterría (1962). Las relaciones interpersonales son fundamentales al analizar las sanciones de expulsión que aplica la entidad. En otras palabras, en Colombia muchas expulsiones están originadas por motivos políticos y no por razones técnicas, como lo demuestra la jurisprudencia.

## **2. Discrecionalidad administrativa vs arbitrariedad administrativa: una revisión de las expulsiones de migrantes desde la etnografía burocrática**

Que las decisiones sean impersonales es lo que marca la racionalidad de la administración burocrática en términos de Max Weber. Sin embargo, esta característica está ausente en gran parte de las decisiones que toma Migración Colombia para expulsar a los extranjeros. Para desarrollar esto, primero es necesario explicar la aspiración del funcionamiento de una burocracia administrativa impersonal -a la que incluso los decretos que regulan Migración Colombia hacen mención de manera explícita-. Posteriormente, se hace preciso hablar de cómo la discrecionalidad se ha intentado regular desde la Revolución Francesa, a pesar de que en la práctica los burócratas callejeros (Lipsky; citado en Buchely, 2014) ejercen las órdenes administrativas según su discrecionalidad. Esto último se ve reflejado en algunas de las sanciones que ha aplicado Migración Colombia para expulsar a extranjeros y que han sido objeto de juicio en la jurisprudencia colombiana.

Es preciso entonces comenzar por el planteamiento de Weber, conocido como el padre de la administración por su concepto de burocracia. En una de sus obras esenciales, el sociólogo

alemán explicó que existen tres tipos puros de dominación legítima sobre los administrados: la racional, la tradicional y la carismática (1977). De ellas, Weber dice que la más válida es la dominación legal que se ejerce racionalmente y que, a su vez, la dominación legal más pura es la que se ejerce a través de un cuadro administrativo burocrático.

El autor argumenta dicha postura afirmando que en la administración burocrática hay un derecho pactado que se instaura de modo racional. Esto es que la administración cuida los intereses delimitados por las normas jurídicas. Además, según Weber, la autoridad obedece al “orden impersonal” (Weber, 1977, p. 174) de la ley y con eso orienta sus mandatos. Esto contribuye a que los administrados obedezcan no porque hacen parte de una sociedad ni por respeto o admiración al gobernante, sino porque obedecen al derecho y al orden impersonal del mismo.

En otras palabras, los administrados deben creer en que la ley que se les aplica es válida porque en efecto hace parte de un esquema de competencias creado con normas racionales que todos los funcionarios aplican por igual. Una de las razones por las que aceptan obedecer las normas y regular sus conductas de acuerdo con ellas es porque las normas son técnicas y su aplicación responde a criterios racionales.

Además de que la administración en el modelo weberiano se guía por normas impersonales y abstractas, las otras grandes características es que esas órdenes hacen parte de un sistema jerarquizado con orden burocrático que centraliza el poder. El objetivo es que la estructura de la administración sea vertical y responda a lo técnico para que los funcionarios se deban a la aplicación de las normas impersonales y no a sus superiores jerárquicos y, por último, que haya una lógica para remunerar a los funcionarios.

De allí que el esquema de ejercicio de la dominación racional se base en una estructura de autoridad especializada y técnica, en el que los funcionarios se elijan por mérito y apliquen las normas administrativas siguiendo unas reglas determinadas para que, al final, sus decisiones sean impersonales.

Todo lo anterior, en conjunto, crea lo que Weber considera un Estado de derecho que separa la política de la administración como garantía de operaciones óptimas de lo público (Buchely, 2014).



Sin embargo, esa impersonalidad al momento de aplicar la administración no surge desde los preceptos de Weber. De hecho, fue la Revolución Francesa y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 la que pretende instaurar un poder que dependa única y exclusivamente de la aplicación de la ley. Por eso, la Revolución Francesa transforma la esencia del poder. Para usar las palabras de Weber, ya no será el carisma ni la tradición lo que legitima la autoridad, como sí ocurría en la monarquía; sino que ahora lo hace el derecho.

Así lo explicaba García de Enterría (1990): “Tras la Revolución Francesa, el instrumento de gobierno dejará de ser la prudencia y la buena voluntad, la discreción del príncipe. Surge un instrumento radicalmente diferente en cuya formación participan todos los ciudadanos: ese instrumento es la ley”. Es decir que, a partir de entonces, la ley se convirtió en la expresión legítima de la voluntad general con la aspiración de alejarse de las decisiones personalizadas.

A pesar de ello, la discrecionalidad seguía estando presente en la administración, pero ahora era vista como un acto que ameritaba castigo, como quedó consignado en la Constitución Francesa de 1793, creada tras la Revolución. El principio del nuevo esquema de administración era que la ley debía proteger la libertad pública individual contra la opresión de quienes gobiernan y la manera de hacerlo era limitando las funciones públicas a lo que dijera estrictamente la ley. De hecho, el Artículo 11 de la Constitución Francesa de 1793 apuntaba que todo acto ejercido contra los ciudadanos y que esté por fuera de la ley “es arbitrario y tiránico” y le otorga el poder al ciudadano de repelerlo por la fuerza. El Artículo 12, además, ordena castigar a quienes apliquen o autoricen actos arbitrarios.

Posteriormente, fue el mismo derecho el que le otorgó a los administrados las herramientas para defenderse. Partiendo del hecho de que “el ciudadano se enfrenta con el poder primariamente en cuanto poder administrativo” (García de Enterría, 1962, p.161), la normatividad incluyó principios a favor de los ciudadanos. El principio de legalidad, por ejemplo, no acepta poderes personales, que todo el poder sea derivado de la ley. O el principio de la libertad como garantía jurídica, que le da al ciudadano el derecho de oponerse a la opresión que no venga en nombre de la ley. Es esto precisamente lo que, según García de Enterría, impulsa el surgimiento de la justicia administrativa pues, desde la Revolución Francesa, los ciudadanos pueden exigirle al poder una justificación de su comportamiento.

Aun así, ese poder fiscalizador no es total y uno de los que más protegido está frente a la fiscalización es la discrecionalidad. Aun así, si bien este último es un poder en el que la administración tiene más libertad para aplicar la norma precisamente por la falta de precisión de la misma (Marín Hernández, 2007, p. 142), no significa que sea un poder ilimitado. García de Enterría (1962) plantea que los poderes discrecionales no se dan para cumplir cualquier fin, sino el fin que considere la ley porque la finalidad pública es de interés general. Y si un acto discrecional se desvía del fin para el cual el ordenamiento le dio poder, entonces se “ha cegado la fuente de su legitimidad” (p. 169). En otras palabras, no es legítimo el acto discrecional que no tenga por fin el interés general.

Vemos entonces cómo desde la Revolución Francesa se ha promovido la idea de que la ley sea la que impere por encima de las decisiones personales de quienes gobiernan. Aunque en esa aplicación de la ley cabe la discrecionalidad, que es donde se encuentra la mayor dificultad de la administración, al menos a la luz de las ideas weberianas.

Ahora bien, existen otras lecturas del concepto de Weber sobre la administración burocrática. Autores como Lipsky plantean que al momento de llevar esos principios weberianos a la realidad, el modelo impersonal, centralizado y jerarquizado que plantea el sociólogo alemán no se aplica. Lipsky, en cambio, habla de que el papel de las burocracias termina por recaer en agentes que están alejados de la centralidad del poder y, por ende, operan según su discrecionalidad.

A esos agentes, Lipsky los llama “burócratas callejeros” (citado en Buchely, 2014). Según él, dichos funcionarios son quienes toman las decisiones reales de la política pública, pero no actuando según las normas establecidas sino que, como estas son extensas y complicadas, los burócratas callejeros terminan actuando en gran medida con discrecionalidad. Además, como son la expresión del Estado que está más cercana al ciudadano, “no operan con guiones de sujetos abstractos” (Buchely, 2014, p. 33).

Esta burocracia de calle llevada al plano migratorio recae en las oficinas de Migración Colombia. Concretamente, los burócratas callejeros (para utilizar el término de Lipsky) son el director de esta unidad administrativa y sus delegados, que son quienes tienen la potestad de

ordenar las expulsiones del territorio nacional, según el Decreto 1067 de 2015 (Ministerio de Relaciones Exteriores, 2015). Son ellos quienes aplican la discrecionalidad administrativa y es en esos niveles que se acentúa la arbitrariedad de los actos, pues estos dependen de funcionarios del gobierno de turno que pueden tener una visión política que comprometa sus decisiones, como lo evidenciaremos con ejemplos más adelante.

Dicha arbitrariedad corre el riesgo de aumentar teniendo en cuenta que no es únicamente en el líder de Migración Colombia que recae la decisión sino también en los 13 directores regionales que tiene la entidad. Es decir, más de una decena de posibilidades de que cada quien actúe según su propia racionalidad. Todo sin seguir necesariamente las reglas burocráticas que plantea Weber y que intenta establecer la misma autoridad administrativa.

Y es que dentro de Migración Colombia existe la Subdirección de Verificación Migratoria. El Artículo 18 de la Resolución 2357 de 2020 establece que las tareas de una unidad son “proponer los criterios, dentro del marco de la normativa vigente, para la imposición de sanciones a colombianos y extranjeros, empleadores (...)” y “orientar y asesorar a las Direcciones Regionales en la expedición de los actos administrativos para la anotación de terminación o cancelación de visas en los pasaportes, así como para la deportación y expulsión de extranjeros y demás temas de su competencia”.

La misma resolución en su Artículo 19 afirma que la sanción responderá a “los principios de proporcionalidad, objetividad y razonabilidad”. Pero varios casos de la jurisprudencia evidencian que estos no siempre se cumplen.

Ahora bien, la visión de Lipsky sobre la discrecionalidad de las acciones de los burócratas callejeros es que su intervención humana es “necesaria para la efectividad del ejercicio” (Buchely, 2014, p. 59), incluso si no siguen los parámetros burocráticos previamente estandarizados. Así, los burócratas callejeros se relacionan en gran medida con la redistribución más allá de las políticas trazadas y crean lazos emocionales con los usuarios al punto que, muchas veces, ceden a sus posturas.

Pero no siempre esa discrecionalidad es a favor del ciudadano o para simplificar los complejos modelos administrativos para que se adapten al ciudadano según la empatía del

burócrata. Esa discrecionalidad y personalización de la norma también puede llevar a que se pase por encima de las reglas de la administración para imponer su propio punto de vista, como ha ocurrido con expulsiones ordenadas por agentes de Migración Colombia.

## **2.1. Migración Colombia: entre la aspiración weberiana y la realidad de los burócratas callejeros**

Los preceptos de Weber han pretendido aplicarse a las administraciones modernas, al menos desde la teoría. De hecho, en el caso de la normativa de Migración Colombia también están presentes la burocracia administrativa y las aspiraciones weberianas, como lo evidencia la Resolución 2357 de 2020, que establece los criterios para el cumplimiento de obligaciones migratorias y el procedimiento sancionatorio.

Dicha Resolución afirma que las sanciones potestativas de la entidad -incluyendo las expulsiones- deben aplicarse siguiendo conceptos técnicos y razonamientos lógicos, como lo enfatiza el siguiente artículo.

*Artículo 20. Para imponer o no la sanción, el funcionario competente deberá ajustarse en todo momento a las reglas de la lógica, a las máximas de la experiencia y a los conocimientos técnicos del ejercicio migratorio, lo cual deberá quedar plasmado en el razonamiento probatorio empleado en el texto de la Resolución, como forma de controlar su racionalidad y coherencia en la dosificación sancionatoria.*

La norma, además, asegura que las expulsiones discrecionales como las llama deben hacerse en armonía con el Artículo 44 del Código de Procedimiento Administrativo. Dicho artículo se basa en la impersonalidad de la que habla Weber como esencia de las decisiones administrativas porque señala que para que una decisión sea discrecional “debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa”. Esto, a la luz de la teoría de Weber, es que las normas sean impersonales y abstractas para que exista una racionalidad en su aplicación y no se convierta en el capricho del funcionario de turno.

Sin embargo, la realidad del caso de Migración Colombia está alejada de esa impersonalidad y se acerca más a las burocracias callejeras de las que habla Lipsky. Casos como

los que ha tratado la jurisprudencia de la Corte Constitucional en esta materia evidencian que el Estado esconde con el manto de la discrecionalidad las decisiones políticas de sus agentes y bajo esa figura las hace pasar como decisiones administrativas. En otras palabras, en la práctica, Migración Colombia no aplica las normas de manera impersonal y abstracta en todos los casos de expulsión discrecional. Por el contrario, dentro de la potestad administrativa, personaliza la ley y la aplica dependiendo de cuál sea el sujeto a la que se aplicará.

De hecho, la Corte Constitucional ha fallado en contra de Migración Colombia por sobrepasar los límites de la discrecionalidad en los procedimientos administrativos de carácter migratorio, al punto que la Alta Corte ha considerado que la entidad ha violado derechos fundamentales como el debido proceso. Tanto la T-321 de 1996 como la T-500 de 2018 apuntan que, en ocasiones, las prácticas burocráticas de las autoridades migratorias colombianas se han excedido hasta convertirse en arbitrariedad administrativa.

La Sentencia T-321 de 1996 fue la pionera sobre la protección del derecho al debido proceso en los procedimientos administrativos migratorios. Sin embargo, no se profundizará en ella ya que no es en relación con Migración Colombia sino con el DAS, que entonces tenía la función de vigilancia de migración.

En cambio, la T-500 de 2018 no solo se refiere a la entidad migratoria actual, sino que además sienta las bases para evitar que los poderes discrecionales se conviertan en arbitrariedad administrativa en derecho de migración. El fallo es por el caso de un médico cubano al que Migración Colombia deportó y expulsó alegando causales discrecionales, pero en su decisión no se respetó el debido proceso de la persona, como lo determinó la Corte.

Para entender el caso, primero la Alta Corte explica que el Estado tiene ese poder discrecional de determinar qué extranjero entra y sale del país y de aplicar las medidas necesarias contra quienes no respeten el marco legal colombiano para “asegurar los fines esenciales del Estado, esto es, promover la prosperidad general, garantizar la efectividad de los principios y valores, asegurar la convivencia pacífica y el respeto por la vigencia de un orden justo”. En otras palabras, la discrecionalidad es una herramienta para proteger los fines esenciales del Estado de

quienes quieran atentar contra este. Y por eso es que Migración Colombia debe tener margen de maniobra para decidir la expulsión de quienes considera un riesgo contra esos fines estatales.

Pero la Corte también advierte que esto no implica que la discrecionalidad se convierta en arbitrariedad y que sus límites son los derechos fundamentales. “El ejercicio de tal potestad estatal no debe, sin embargo, confundirse con una atribución arbitraria, pues encuentra límites claros derivados de la titularidad de derechos fundamentales por parte de los extranjeros”.

Ahí, la Sentencia T-500 explica que antes de que la autoridad emita la Resolución final, debe haber por lo menos dos momentos en los que el implicado puede defenderse. El primero es durante los 15 días siguientes a la notificación de la formulación de cargos, cuando podrá presentar descargos y oponerse a los cuestionamientos que se le formulan. El segundo es cuando el implicado puede defender otra vez su posición, esto después de que tanto el implicado como la autoridad administrativa presenten las pruebas. Y solo después de todo eso es que la autoridad emite la resolución y si con esa decide sancionar, deberá explicar:

*(i) La individualización de la persona natural a sancionar; (ii) la descripción típica de los hechos, así como el análisis de las pruebas con base en las cuales se impone la medida correctiva y (iii) las normas migratorias infringidas conforme los supuestos probados, es decir, la medida sancionatoria de la que será destinataria el sujeto de control, su clasificación y si existen criterios que la atenúan, agravan o dan lugar a su exención.*

Pero contrario al proceso que se debía respetar para garantizar una aplicación impersonal de la norma, Migración Colombia hizo todo en un único día y, además, no notificó al procesado en su lugar de vivienda. En palabras de la Corte, en este caso existió “un irrespeto por tales facetas previamente establecidas para el efectivo desarrollo del procedimiento sancionatorio, pues nunca se llevaron a cabo”.

Esto contraría el principio de racionalidad que, a la luz de la teoría de Weber, debería primar en las normas para garantizar que la administración sea burocrática y que esta no se base en la decisión personal del funcionario que la aplica. Además, la consecuencia afectó los derechos del procesado, quien no pudo defenderse ante la discrecionalidad.

La problemática de aplicar las facultades discrecionales sin la adecuada motivación y sin seguir los procedimientos que establece la administración es que esto vulnera los derechos fundamentales de la persona, en este caso al debido proceso. Y es entonces cuando la Corte reconoce la potestad discrecional que tiene el Estado, pero, a su vez, advierte que el límite de la misma son los derechos fundamentales. En ningún caso, la discrecionalidad puede violar esos derechos.

Además, la relevancia de que los actos discrecionales estén sustentados es aún mayor si se tiene en cuenta que, en casos como este, no procede ningún recurso administrativo. En últimas, las únicas defensas que tiene el ciudadano frente a los riesgos de arbitrariedad en la discrecionalidad son sus derechos y si estos se ven vulnerados, no hay manera de garantizar que el Estado actúe de manera impersonal.

En este mismo sentido se pronunció la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En su Sentencia del 28 de agosto de 2014, la CorteIDH argumenta por qué en las expulsiones discrecionales es importante analizar cada caso individualmente y reitera la importancia de respetar derechos fundamentales como el del debido proceso. Al igual que lo hizo la Corte Constitucional, en el caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas contra República Dominicana, la CorteIDH afirma que los derechos fundamentales son el límite de la discrecionalidad.

*En materia migratoria, la Corte ha señalado que en el ejercicio de su facultad de fijar políticas migratorias los Estados pueden establecer mecanismos de control de ingreso a su territorio y salida de él con respecto a personas que no sean nacionales suyas, siempre que dichas políticas sean compatibles con las normas de protección de los derechos humanos establecidas en la Convención Americana. Es decir, si bien los Estados guardan un ámbito de discrecionalidad al determinar sus políticas migratorias, los objetivos perseguidos por las mismas deben respetar los derechos humanos de las personas migrantes.*

Para el caso de Colombia, la Constitución Política le confiere a los extranjeros que estén en el territorio nacional los mismos derechos fundamentales que tiene cualquier colombiano “con independencia de su estatus o condición migratoria”, según la Corte Constitucional en la T-500.

Por ende, ellos también tienen derecho al debido proceso, independientemente de la discrecionalidad de Migración Colombia.

Otro punto relevante es que la CorteIDH advierte que los procedimientos contra los migrantes no deben basarse en una discriminación por nacionalidad, color, raza, opinión política u origen social. Sin embargo, varias expulsiones de Migración Colombia han estado íntimamente ligadas con la posición política o el origen de los extranjeros, como en el caso del cubano del que trata la T-500.

Un caso más reciente que así lo demuestra fue la expulsión de la ciudadana alemana Rebecca Sprößer, quien ayudaba a la primera línea de Cali que respaldaba a quienes protestaban en contra del Gobierno colombiano durante el paro nacional de 2021.

Para justificar su expulsión, Migración Colombia utilizó su discrecionalidad argumentando que la extranjera afectaba “el orden y la tranquilidad ciudadana” por su participación en el Paro Nacional y argumentó razones como la seguridad nacional para sustentar su decisión. Sin embargo, la entidad no probó cómo la extranjera violaba la tranquilidad o atentaba contra la seguridad. Además, el procedimiento lo realizó con tanta premura que impidió “analizar, de manera previa e individual, el contexto familiar del expulsado” (Moreno, 2021).

Esta expulsión es un buen ejemplo de cómo los burócratas callejeros interfieren no solo positivamente, como lo plantea Lipsky, sino que también pueden llegar a afectar al ciudadano por la discrecionalidad de los agentes. Y es que la expulsión de la alemana se dio en un contexto de efervescencia política, en el que las protestas eran principalmente contra el Gobierno de turno, Gobierno al cual pertenecen los agentes de Migración Colombia.

Estos casos demuestran entonces cómo la discrecionalidad puede convertirse en arbitrariedad administrativa; lejana de los preceptos técnicos e impersonales de Weber, y más cercana a las implicaciones de las relaciones interpersonales y las voluntades políticas de los administradores, concebidas en la burocracia callejera de Lipsky.



## Conclusiones

La administración está sujeta por un complejo sistema de normas que, en algunos casos, no son del todo precisas. Esto, visto a la luz de la soberanía de los Estados, justifica la existencia de la discrecionalidad para que la administración tenga libertad al aplicar ciertas normas. Sin embargo, esa libertad no es ni debe ser ilimitada.

Y es que, si bien, el Estado en su calidad de sujeto independiente (soberanía) tiene la facultad para definir sus asuntos internos como el sistema jurídico con el cual administra, esto no lo exime de cumplir con los fines consagrados en la Constitución. Por el contrario, aun cuando tiene total independencia, esta debe estar enmarcada en los principios, derechos constitucionales y tratados internacionales como el límite entre las relaciones Estado y administrados.

De allí que el mayor de los límites es que las decisiones administrativas no transgredan los derechos fundamentales de los ciudadanos porque, si así lo hiciera, la discrecionalidad administrativa se convierte en arbitrariedad administrativa. Esto no solo contradice toda la protección que el derecho ha pretendido otorgarles a los ciudadanos para que se defiendan de las acciones de la administración, sino que además, la arbitrariedad administrativa está excluida totalmente de la función propia del Estado.

Por ello lo referente a la potestad discrecional de los Estados es manejado como instrumento normativo importante en los casos donde la potestad reglada no alcanza a llegar. Aclara la Corte Constitucional que en una buena administración pública la discrecionalidad se hace indispensable en los escenarios donde el funcionario debe decidir sobre ciertas decisiones impostergables. El llamado es a limitar las posiciones personales de los funcionarios públicos con potestad discrecional a su cargo, pues es en este escenario donde el riesgo de arbitrariedad, convirtiendo las decisiones administrativas en normativa aplicada de manera personal y lejos de lo constitucionalmente establecido.

A pesar de este deber ser, la discrecionalidad depende en gran parte de las ocasiones de las posiciones personales de los agentes que están aplicando la norma y es allí donde aumenta el riesgo contra los ciudadanos. Si bien los preceptos de Weber guían la burocracia administrativa y se

evidencian incluso en los principios de Migración Colombia, varias expulsiones discrecionales que ha ordenado esta última entidad contra extranjeros demuestran que son los burócratas callejeros y no una normatividad impersonal la que determina la permanencia o no de esas personas en el país.

Finalmente, la Corte Constitucional menciona el principio de mensurabilidad cuando amplía el llamado a que la potestad administrativa en ningún caso puede tratarse de un poder absoluto y, por el contrario, se debe enmarcar siempre en los principios constitucionales que se le ha sido entregado a los administrados. Recuerda que en un Estado social de derecho las actuaciones administrativas son regladas y enmarcadas en unos principios constitucionales sobre los cuales debe navegar sus decisiones, de no ser así, la actuación pública estaría totalmente deslegitimada y por fuera de principio de legalidad.

### Referencias

Akhil, G. et al. (2014). *Las burocracias: una aproximación distinta a la manera en la que pensamos el Estado*. Estudio preliminar de Buchely Ibarra, L.F. Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana-Instituto Pensar: Bogotá.

Ámbito Jurídico. (2011). *Gobierno Santos renueva la estructura del Estado*. Disponible en: <https://www.ambitojuridico.com/noticias/administrativo/administrativo-y-contratacion/gobierno-santos-renueva-la-estructura-del>

Buchely, L. (2014). Más allá del modelo weberiano: el debate sobre las burocracias y el Estado. En: *Las burocracias. Una aproximación distinta a la manera en la que pensamos el Estado*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar. Pp. 13-95

Congreso de la República. (2011). *Ley 1444 del 4 de mayo de 2011*. Secretaría del Senado: Bogotá. Disponible en: [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1444\\_2011.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1444_2011.html)

Constitución Francesa. (1793). Disponible en:

[http://www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdig/const\\_mex/const\\_fra.pdf](http://www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdig/const_mex/const_fra.pdf)

Corte Constitucional. (1996). *Sentencia T-321 de 1996*.

Corte Constitucional. (2012). *Sentencia C-910 de 2012*.

Corte Constitucional. (2018). *Sentencia T-500 de 2018*.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Sentencia del 28 de agosto de 2014*. Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas contra República Dominicana. Disponible en:

[https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_282\\_esp.pdf](https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_282_esp.pdf)

Departamento Administrativo de la Función Pública. (2011). *Decreto Ley 4062 de 2011*.

Secretaría del Senado: Bogotá. Disponible en:

[http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/decreto\\_4062\\_2011.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_4062_2011.html)

García de Enterría. (1962). *La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)*.

(Conferencia). Facultad de Derecho de Madrid: España

García de Enterría, E. (1990). *El Estado y la Administración. La formación del Derecho Público*. (Conferencia). Fundación Juan March: Madrid, España. Disponible en:

<https://canal.march.es/es/coleccion/revolucion-francesa-derecho-iii-estado-administracion-formacion-20079>

Jaramillo Sierra, I. C. y Buchely Ibarra, L.F. (2019). La etnografía burocrática como herramienta crítica en el derecho administrativo. En: *Etnografías burocráticas: una nueva forma de pensar el estado en Colombia*. Ediciones Uniandes: Bogotá. PP. 9-36

Marín Hernández, H. A. (2007). *Discrecionalidad administrativa*. Universidad Externado de Colombia: Bogotá.

McFarland Sánchez-Moreno, M. (2018). *Aquí no ha habido muertos. Una historia de asesinato y negación en Colombia*. Editorial Planeta Colombia: Bogotá.

Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia. (2015). *Decreto 1067 de 2015*. Cancillería de Colombia: Bogotá. Disponible en:

[https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/Normograma/docs/decreto\\_1067\\_2015.htm](https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/Normograma/docs/decreto_1067_2015.htm)

Migración Colombia. (2020). *Resolución 2357 de 2020*. Disponible en:

[https://www.migracioncolombia.gov.co/jdownloads/Resoluciones/Resoluciones%20-%202020/RESOLUCION%202357%20DE%2029%20SEPTIEMBRE%202020%20SANCIONATORIA%20\(1\).pdf](https://www.migracioncolombia.gov.co/jdownloads/Resoluciones/Resoluciones%20-%202020/RESOLUCION%202357%20DE%2029%20SEPTIEMBRE%202020%20SANCIONATORIA%20(1).pdf)

Moreno, C. (2021). *Dedo acusador a las expulsiones de Migración Colombia*. Proyecto Migración Venezuela, Publicaciones Semana: Bogotá. Disponible en:

<https://migra venezuela.com/web/articulo/columna-dedo-acusador-a-las-expulsiones-por-parte-de-migracion-colombia/2779>

Weber, M. (1977). *Economía y Sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*. Fondo de Cultura Económica: Bogotá. Tercera reimpresión.