



**El deber del requerimiento para garantizar el debido proceso administrativo en las
solicitudes de visas**

Roger Adrian Villalba Ortega

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

Asesor

David Sierra Sorockinas, Doctor (PhD) en Derecho

Universidad de Antioquia
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Especialización en Derecho Administrativo
Medellín, Antioquia, Colombia
2023

Cita

(Roger Villalba, 2023)

Referencia

Roger Villalba, (2023). *El deber del requerimiento para garantizar el debido proceso administrativo en las solicitudes de visa* [Trabajo de grado especialización]. Universidad de Antioquia, Medellín, Colombia.

Estilo APA 7 (2020)



Especialización en Derecho Administrativo, Cohorte XIX.



Biblioteca Carlos Gaviria Díaz

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

Universidad de Antioquia - www.udea.edu.co

Rector: John Jairo Arboleda Céspedes.

Decana: Ana Victoria Vásquez Cárdenas.

Coordinador de Posgrados: Cristian Guardia López.

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.

Resumen

El objetivo de este artículo es analizar los actos administrativos discrecionales de negación e inadmisión que se expiden tras las solicitudes de visas en la regulación colombiana. Para ello, se analiza el procedimiento empleado por el Ministerio de Relaciones Exteriores a la luz del debido proceso colombiano. Igualmente, se realiza un análisis entre lo establecido por la norma especial con las normas generales del procedimiento administrativo, comparando con lo establecido por la Ley 1755 de 2015 y la Constitución Política. Se hace uso de la jurisprudencia constitucional y de lo contencioso administrativo. Se concluye que la expedición de los actos administrativos discrecionales de inadmisión y negación, sin que haya existido un requerimiento durante el trámite vulnera el debido proceso de los solicitantes.

Palabras clave: (I) Actos administrativos (II) Facultad discrecional (III) Ministerio de Relaciones exteriores (IV) Nulidad (V) Regulación migratoria.

Sumario

Introducción. 1. Introducción. 2. Breve contexto del procedimiento Administrativo 3. las solicitudes de visa como procedimiento administrativo 4. Algunos apuntes sobre el debido proceso. 5. El debido proceso en las solicitudes de visa. 6. Conclusión. 7. Referencias bibliográficas.

Introducción

El Ministerio de Relaciones Exteriores tiene la facultad reglamentaria residual en los aspectos procedimentales, administrativos y de trámite propio de las visas (Ley 2136 del 2021, Artículo 59). A lo largo de los años, se han creado diversos tipos de visas y se han reglamentado

temas como las decisiones que se pueden obtener tras las solicitudes de estas. Adicionalmente, en la actualidad se cuenta con tres tipos de visas: de visitante, de migrante y de residente. No obstante, este proceso no tiene vía administrativa regulada. Es importante agregar que el ministerio no solo tiene la facultad reglamentaria, sino que también se encarga de tomar las decisiones de aprobación, inadmisión o negación de cualquier solicitud de visa.

Las decisiones de inadmisión y negación han sufrido una leve modificación en los últimos años, sobre todo con la consecuencia que se deriva de recibir una negación; toda vez que el solicitante debe abandonar el país y aplicar desde un consulado en el país de origen o de residencia (Resolución 5477, 2022, Art. 99).

Teniendo en cuenta lo anterior, en la práctica, al no requerir al solicitante, ¿podría el Ministerio de Relaciones Exteriores no seguir algunos principios constitucionales básicos, como el debido proceso en los procedimientos administrativos?

En este sentido, las líneas argumentativas del presente artículo se desarrollan de la siguiente manera: i) se analiza el concepto de procedimiento administrativo y de acto administrativo; ii) se plantea las solicitudes de visas como procedimiento administrativo y se asume que el acto que se expide al finalizar el procedimiento de visas es un acto administrativo y iii) se explica la obligación de requerir por parte del ministerio en las solicitudes de visas como una garantía del debido proceso.

Una de las consecuencias de este trabajo sería que los actos de aprobación, inadmisión y negación de visa son actos administrativos; por tanto, son susceptibles de control ante la jurisdicción contenciosa. Además, se evidencia que, al no existir un requerimiento previo por parte del Ministerio de Relaciones Exteriores durante el trámite del proceso de visa, existe una vulneración de los derechos del solicitante (especialmente del debido proceso). Finalmente, se controvierte el argumento de que la facultad discrecional permite al ministerio no realizar dichos requerimientos y simplemente negar o inadmitir una visa.

1. Breve contexto sobre el procedimiento administrativo

Para analizar detalladamente el procedimiento de solicitud de visa, primero, se debe aclarar que este es un procedimiento administrativo y el acto que puede aprobar, inadmitir o negar una visa es un acto administrativo, contrario a lo que ha sostenido el Ministerio de Relaciones Exteriores, que es un acto de gobierno.

Es importante señalar que “todas las actuaciones administrativas se sujetan al procedimiento administrativo común y principal que establece el CPACA, sin perjuicio de los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales. En lo no previsto en dichas leyes se aplica las disposiciones de la Parte Primera del CPACA” (Ley 1437, 2011, Art. 34). En este punto, el Consejo de Estado ha indicado que,

Al respecto, La primera parte del Código Contencioso Administrativo, [sic] establece las reglas generales de la actuación administrativa, es decir el procedimiento administrativo que en general las autoridades estatales -y los particulares que ejerzan funciones administrativas-, en defecto de un procedimiento especial establecido por el legislador, deben seguir cuando se proponen expedir un acto administrativo, procedimiento que contiene los requisitos mínimos de un trámite que resulta sencillo y relativamente descomplicado, en consideración a que en él, cuando apunta a la expedición de un acto administrativo de carácter particular y concreto, pueden participar todos los administrados que de una u otra forma resultarán afectados con las decisiones administrativas sujetas a dicha regulación procedimental, de modo que se debe facilitar su acceso a las actuaciones de la Administración (Consejo de Estado, 2009, Rad. 11001-03-26-000-2004-00020-00).

De la cita anterior se entiende que los actos administrativos surgen de actuaciones administrativas, las cuales se deben sujetar al procedimiento administrativo establecido en las normas especiales y subsidiariamente al CPACA. En caso de no existir una norma especial, se deberá seguir el procedimiento general del CPACA.

Por consiguiente, se definirá lo que es el procedimiento administrativo al cual deben acogerse todas las actuaciones administrativas. Al respecto, Jaime Orlando Santofimio Gamboa define el procedimiento administrativo como:

El sendero preestablecido legalmente, y que consiste en trámites y formalidades, a los cuales deben someterse las autoridades administrativas en ejercicio de sus actuaciones, tendientes a la producción de actos administrativos, para que éstos en su formación obedezcan a una trayectoria garante de los derechos de los interesados y de la comunidad en general; lo mismo que de las ritualidades tendientes a impedir la arbitrariedad o el incumplimiento de los fines sociales y el interés general (Santofimio Gamboa, 1998, p. 123).

Cabe resaltar, así, varios puntos: i) el procedimiento administrativo consiste en una cadena de trámites y formalidades; ii) el sujeto que debe seguir el procedimiento administrativo es la autoridad administrativa, así como los particulares en ejercicio de funciones administrativas, según lo establecido en el Artículo 2º de la Ley 1437 del 2011; iii) estos sujetos deben aplicar dicho procedimiento en sus actuaciones cuando se busque la producción de un acto administrativo para evitar la arbitrariedad o incumplimiento de los fines sociales y el interés general y iv) se busca garantizar los derechos los derechos de los interesados y de la comunidad en general.

Por otro lado, la Corte Constitucional ha establecido que:

A partir de una noción de “procedimiento” que sobrepasa el ámbito de lo estrictamente judicial, el procedimiento administrativo ha sido entendido por la doctrina contemporánea como el modo de producción de los actos administrativos. Su objeto principal es la satisfacción del interés general mediante la adopción de decisiones por parte de quienes ejercen funciones administrativas (Corte Constitucional, 2002, Sent. C-640).

En lo establecido por la Corte Constitucional se mencionan varios puntos también importantes: i) el procedimiento administrativo se debe cumplir cuando se busque crear actos administrativos, como se había mencionado anteriormente; ii) el procedimiento administrativo busca satisfacer el interés general mediante las decisiones adoptadas por quienes ejercen funciones administrativas.

Es importante resaltar que “la función administrativa del Estado busca la satisfacción de las necesidades generales de todos los habitantes, de conformidad con los principios, finalidades y

cometidos consagrados en la Constitución Política” (Ley 489,1998, Art. 4º). Por consiguiente, para saber quiénes ejercen funciones administrativas el Consejo de Estado ha establecido que:

Corresponden en principio a actividades encomendadas al ejecutivo y dirigidas a la aplicación de la Constitución, de la ley, y de los ordenamientos inferiores. En un sentido más amplio y acorde con nuestra realidad institucional, por función administrativa se entiende aquella que se ejerce por parte de los agentes del Estado y los particulares expresamente autorizados por la ley, y que, excepto para las supremas autoridades administrativas, se caracteriza por la presencia de un poder de instrucción. Entonces, el género es la función pública y una de sus especies es la función administrativa, de suerte que su primera característica es la de ser inherente al poder del Estado. Así las cosas, la función administrativa es siempre actividad del poder estatal, sea que se realice por órganos o autoridades públicas o por particulares, con la finalidad de materializar los derechos y principios consignados en la parte dogmática de la Constitución (Consejo de Estado, 2019, Rad. 11001-03-06-000-2019-00051-00).

Se concluye, entonces, que la función administrativa i) es una actividad del poder estatal, ii) la ejercen los agentes del Estado o particulares expresamente autorizados por la ley, iii) se caracteriza por un poder de instrucción y iv) busca materializar principios constitucionales.

Se destaca, por lo tanto, los elementos del procedimiento administrativo. Estos son: i) sujeto: la autoridad administrativa o el particular en ejercicio de la función administrativa porque están obligados a seguirlo; ii) forma: consiste en trámites y formalidades por esa razón es reglado; iii) teleología: se busca garantizar los derechos de los interesados y de la comunidad en general; por consiguiente, busca garantizar los derechos de los administrados; iv) materialidad: se evita la arbitrariedad o incumplimiento de los fines sociales y el interés general y v) objetivo: la producción de un acto administrativo.

Ahora bien, si el procedimiento administrativo crea actos administrativos, es importante aclarar qué es un acto administrativo. El Consejo de Estado lo ha definido como “toda manifestación de voluntad de la Administración que produce efectos jurídicos. Esto quiere decir, que un pronunciamiento de la Administración es un acto administrativo si tiene por contenido crear, extinguir o modificar una situación jurídica general o particular” (Consejo de Estado, 2011, Rad.

05001-23-31-000-2002-03531-01). No obstante, se debe tener muy claro que no siempre todos los actos emitidos por una autoridad estatal son actos administrativos, también existen actos jurisdiccionales emitidos por una autoridad del Estado. Al respecto, la Corte Constitucional ha establecido que:

Existen elementos formales que permiten establecer una diferencia entre ambos tipos de actos. De un lado, por sus efectos, pues el acto administrativo no goza de fuerza de cosa juzgada mientras que el jurisdiccional es definitivo, por lo cual el primero puede ser revocado, incluso estando ejecutoriado, a menos que exista una situación jurídica consolidada, mientras que el acto jurisdiccional, una vez resueltos los recursos ordinarios y, excepcionalmente, los extraordinarios, es irrevocable. De otro lado, estos actos también se diferencian por la naturaleza de sujeto que los emite, pues sólo puede producir actos judiciales un funcionario que tenga las características de predeterminación, autonomía, independencia e inamovilidad propia de los jueces, En efecto, lo propio del juez es que no sólo deber estar previamente establecido por la ley (juez natural) sino que, además, debe ser ajeno a las partes en la controversia (imparcial), sólo está sujeto al derecho y no a instrucciones de sus superiores o de los otros poderes (independiente), y goza de una estabilidad suficiente para poder ejercer su independencia y autonomía (inamovilidad). Por el contrario, el funcionario administrativo carece de algunos de esos rasgos. Desde el punto de vista constitucional, la distinción entre acto administrativo y acto jurisdiccional es en el fondo el carácter definitivo o no de la decisión tomada por la autoridad estatal (Corte Constitucional, 1998, Sent. C-189).

Por consiguiente, el acto administrativo es emitido por un funcionario que no tiene las características de predeterminación, autonomía, independencia e inamovilidad propia de los jueces. El acto administrativo no goza de fuerza de cosa juzgada, pero sí es importante resaltar que, según el Artículo 88 de la Ley 1437 del 2011, los actos administrativos gozan de presunción de legalidad hasta que no hayan sido anulados por un juez administrativo. La Corte Constitucional ha mencionado sobre la presunción de legalidad de los actos administrativos que:

Como expresión del poder estatal y como garantía para los administrados, en el marco del Estado de Derecho, se exige que el acto administrativo esté conforme no sólo a las normas de carácter constitucional sino con aquellas jerárquicamente inferiores a ésta. Este es el principio de legalidad, fundamento de las actuaciones administrativas, a través del cual se le garantiza a los administrados que [sic] en ejercicio de sus potestades, la administración actúa dentro de los parámetros fijados por el Constituyente y por el legislador, razón que hace obligatorio el acto desde su expedición, pues se presume su legalidad (Corte Constitucional, 2000, Sent. C-1436).

La legalidad del acto administrativo se presume, porque se le garantiza a los administrados que la administración actuó en cumplimiento de los parámetros fijados por la Constitución y la ley. Adicionalmente, tenemos que los actos administrativos surgen de un procedimiento administrativo que comienza con una actuación administrativa según lo establecido en la Ley 1437 de 2011, Artículo 4.

Finalmente, los actos administrativos tienen varias clasificaciones, pero una de las más importante es “según sus destinatarios, los actos administrativos pueden ser singulares, individuales o concretos los cuales tienen efectos respecto de una o varias personas determinadas y generales, cuando los destinatarios son indeterminados y su contenido es abstracto” (Consejo de Estado, 2013, Rad. 11001-03-28-000-2013-00017-00).

Se concluye que en el acto administrativo i) su destinatario puede ser determinado o indeterminado; ii) crea, extingue o modifica una situación jurídica general o particular; iii) lo emite una autoridad administrativa o un particular en ejercicio de funciones administrativas, no en ejercicio de funciones judiciales y iv) se presume legal hasta que no sea anulado por un juez.

2. Las solicitudes de visa como procedimiento administrativo

De acuerdo con los elementos del procedimiento administrativo, antes señalados, se demostrará a continuación que las solicitudes de visas colombianas cumplen con cada uno de esos elementos. Por tanto, el acto que aprueba, inadmite o niega una visa es un acto administrativo contrario a lo afirmado por el Consejo de Estado en sentencia de nulidad simple que estudiaba la violación del Artículo 29 de la Constitución Política por parte del Decreto 2371 de 1993 que regulaba el temas de las visas colombianas en ese entonces.

En la sentencia mencionada, el demandante afirmaba que, al no contemplar causales propias que se deben tener en cuenta para la cancelación de visas y al no permitir interponer recursos administrativos, se presentaba una violación al debido proceso. No obstante, dentro del fallo el Consejo de Estado indicó un punto relevante para este trabajo:

Al respecto la Sala encuentra, que del texto del artículo 29 constitucional se deduce claramente que en el trámite de la actuación administrativa debe respetarse el derecho de defensa, pero de dicho precepto no se deriva, necesariamente, que los actos administrativos relacionados con el tema que ocupa a la Sala, [sic] deban ser, por principio, susceptibles de recursos en la vía gubernativa, cuando en realidad no se adelanta una verdadera actuación administrativa previa a dicha decisión. Lo cierto es que como pueden ser controlados por la jurisdicción contencioso administrativa, y en la práctica lo son en ejercicio de las acciones respectivas, con. Ello se asegura el derecho de defensa del interesado (Consejo de Estado, 1999, Rad. 5123).

Se debe considerar que, para el Consejo de Estado a la sazón, en el trámite de visas no se adelanta una verdadera actuación administrativa previa a la decisión; por consiguiente, era lógico en ese entonces que el trámite no tuviese vía gubernativa. Sin embargo, hay que advertir que este fallo es de hace más de 20 años. En consecuencia, se emitió bajo los parámetros del Decreto 01 de 1984 (Código Contencioso Administrativo). A la luz de la actual normatividad, desconocería lo regulado en la Ley 1437 del 2011 que señala que toda actuación que inicie una persona se realiza en ejercicio del derecho de petición.

Así, al presentarse una petición se inicia una actuación administrativa que, para el caso concreto, debe guiarse bajo los parámetros de la Ley 2136 del 2021; es decir, la Política Integral Migratoria del Estado Colombiano, respetando las garantías que le ofrece al solicitante la Ley 1755 del 2015. Se resalta que se debe proteger el debido proceso del solicitante durante el trámite al finalizar la actuación con un acto administrativo de negación o inadmisión que están incluidos en la Resolución 5477 del 2022 –esto se explicará posteriormente cuando se analice el debido proceso en las solicitudes de visa–. Se evidencia, pues, que estas normas no existían al momento del fallo

del Consejo de Estado. Así, se puede concluir que las circunstancias y la legislación han cambiado. En consecuencia, este fallo no es aplicable hoy en día. Toda vez que sí existe una actuación administrativa previa a la decisión.

Ahora bien, en temas migratorios es importante resaltar que el sujeto que emite el acto de aprobación, inadmisión o negación de una visa es una autoridad administrativa, siendo más precisos el Ministerio de Relaciones Exteriores, en cumplimiento de sus funciones¹.

Para otorgar esas autorizaciones de ingreso, el Artículo 59 de la Ley 2136 del 2021 le permite al ministerio crear un procedimiento especial mediante su facultad residual reglamentaria. Procedimiento que actualmente está reglado por los Artículo 8, 11, 13, 94, 95, 97, 19, 96, 12 de la Resolución 5477 del 2022. Es decir, se sigue un trámite reglado.

Por esta razón, se debe aclarar que los extranjeros, según el Artículo 100 de la Constitución Política, tienen los mismos derechos civiles que los colombianos, pero la ley puede por razones de orden público subordinar a condiciones especiales, incluso negar el ejercicio de alguno de ellos. Al respecto, la Corte Constitucional ha establecido:

Los extranjeros gozarán, en el territorio de la República, de las garantías concedidas a los nacionales, salvo las limitaciones que establezcan la Constitución y la ley; así, es evidente que la mencionada disposición constitucional garantiza a los extranjeros el derecho al trato igual y asegura la protección jurídica de los mismos derechos y garantías de que son titulares los nacionales. Dicho reconocimiento genera al mismo tiempo la responsabilidad en cabeza del extranjero de atender cabal y estrictamente el cumplimiento de deberes y obligaciones que la misma normatividad consagra para todos los residente en el territorio de la República pues, así lo establece, entre otras disposiciones, el artículo 4o. inciso segundo de la Carta que expresa: "Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades." En este sentido es preciso advertir que bajo el nuevo marco constitucional, en ningún caso el legislador está habilitado y mucho menos la autoridad administrativa, ni siquiera por vía del reglamento como es el caso de los Decretos 2268 de 1995 y 2241 de 1993, para desconocer la vigencia y el alcance de los derechos fundamentales ni los derechos inherentes a la persona humana garantizados en la Carta Política y en los tratados

¹ "Formular, orientar, ejecutar y evaluar la política migratoria de Colombia y otorgar las autorizaciones de ingreso de extranjeros al país, en coordinación con la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia" (Decreto 869, 2016, Numeral 17, Artículo 4).

internacionales en el caso de los extranjeros, así aquéllos se encuentren en condiciones de permanencia irregular (Corte Constitucional, 1996, Sent. T-215).

Se entiende, entonces, que los extranjeros tienen derechos y deberes en Colombia; incluso si estos se encuentran en condición irregular no se pueden vulnerar sus derechos fundamentales. Por tanto, ellos, al igual que los nacionales colombianos, hacen parte de los administrados; es decir, de la comunidad en general y son los interesados directos en que se resuelva su solicitud.

La manera como ingresan al país tiene gran relevancia para el ejercicio de los demás derechos autorizados por la ley, entendiéndose que existen otros derechos civiles aparte de los derechos fundamentales. Sin embargo, para el goce de estos, deben encontrarse de manera regular en el territorio nacional, en virtud de que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 en su Artículo 12 señala que toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular libremente en él y puede escoger en él su residencia.

Por consiguiente, el Estado colombiano, para propender por una migración segura, ordenada y regular –a través de un acto administrativo expedido por el Ministerio de Relaciones Exteriores– establece los países exentos de visa. La Resolución 5488 del 2022 señala que los nacionales de esa lista de países no necesitarán visa si efectuaran tránsito aeroportuario o actividades de corta estancia, siempre que dichas actividades no generen pagos por servicios, salario o sueldo en Colombia. Adicionalmente, el Artículo 3 de Resolución en mención indica que una actividad de corta estancia es aquella cuya duración es menor de 90 días y que puede ser extensible hasta 180 días.

Es importante resaltar que los extranjeros para aplicar a una visa deben encontrarse de manera regular, como se mencionó anteriormente; por consiguiente, deben probar que cuentan con un salvoconducto, visa o días de turismo en cumplimiento de lo ordenado en el Artículo 13 de la

Resolución 5477 del 2022, entendiéndose que no pueden solicitar una visa encontrándose irregularmente en el país.

Ahora bien, a través de su facultad reglamentaria residual, el ministerio reglamenta mediante resolución los aspectos procedimentales, administrativos y de trámite propio de las visas de aquellos países que no se encuentran exentos de visa o aquellas personas de nacionalidades exentas de visas que requieran estar por mucho más tiempo en el territorio nacional.

Se destaca que estos actos antes señalados son de carácter general, pero también son políticos o de gobierno porque surgen en cumplimiento del Artículo 226 de la Constitución Política, es decir, de la dirección de las relaciones internacionales que tiene el Presidente de la República, concretamente la internacionalización de las relaciones políticas, económicas, sociales y ecológicas.

No obstante, una vez reglamentado los requisitos para obtener una visa, para darle cumplimiento y ejecutar lo establecido en esos actos, se debe realizar un trámite administrativo y los actos resultantes de ese procedimiento son actos administrativos de carácter particular, contrario a lo que sostiene el Ministerio de Relaciones Exteriores que son actos políticos o de Gobierno. Es decir, no se puede confundir el acto que aprueba, inadmite o niega una visa con los actos políticos que regulan la lista de países que pueden ingresar con días de turista o el acto que crea los diferentes tipos de visas.

Es importante tener en cuenta lo anterior, toda vez que el acto que aprueba inadmite o niega una visa crea una situación jurídica específica al solicitante, a tal punto que puede permitir que un extranjero se encuentre de manera legal y goce de los derechos civiles permitidos por la legislación colombiana en territorio nacional.

Es relevante resaltar que “toda actuación que inicie cualquier persona ante las autoridades implica el ejercicio del derecho de petición consagrado en el artículo 23 de la Constitución Política,

sin que sea necesario invocarlo” (Ley 1437, 2011, Art. 13). En el caso de las solicitudes de visa, todas ellas se deben realizar a través de la plataforma digital dispuesta para ello como lo establece el Artículo 8 de la Resolución 5477 del 2022. Por consiguiente, las solicitudes de visas inician con la presentación de una petición virtual con el fin de obtener una respuesta que, como señalamos anteriormente, crea una situación jurídica que afecta los derechos o posibles derechos que tiene un extranjero en territorio nacional; dicho de otra forma, busca la expedición de acto administrativo que puede ser de aprobación, inadmisión o negación.

Se debe recordar nuevamente que, si bien es cierto el legislador autorizó al Ministerio de Relaciones Exteriores a crear un procedimiento especial para las solicitudes de visas, sus etapas se encuentran regladas. Esto se ve reflejado en “el estudio de las solicitudes de visa, así como los procedimientos para cancelación y terminación anticipada de la vigencia de la visa, se guían por los principios de legalidad, carga del solicitante, economía procesal, publicidad y buena fe” (Resolución 5477, 2022 Art. 5º). Por lo tanto, en lo no establecido, siempre se debe guiar por los parámetros del CPACA.

Se concluye en este acápite que las solicitudes de visas constan de etapas y pasos a seguir los cuales se encuentran reglados, cumpliendo con el principio de legalidad, que inician con la radicación virtual de una petición. Además, una vez agotado el procedimiento, la aprobación de una visa acredita que “el portador extranjero reúne los requisitos de admisión al territorio nacional por un plazo de permanencia y actividad determinados” (Ley 2136, 2021, Art. 59). Por consiguiente, estamos ante un acto expedido por una autoridad administrativa en el ejercicio de funciones administrativas que crea una situación jurídica específica tras agotarse un procedimiento administrativo especial reglado que debe respetar el debido proceso.

3. Algunos apuntes sobre el debido proceso

Se debe tener presente que por mandato constitucional el debido proceso se aplica a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas (Constitución Política, 1991, Art. 29). No obstante, el debido proceso, aunque se extiende a actuaciones administrativas, no se aplica de igual manera en los procedimientos administrativos que en los judiciales. Al respecto, la Corte Constitucional ha sostenido que:

La extensión de las garantías del debido proceso al ámbito administrativo no implica, sin embargo, que su alcance sea idéntico en la administración de justicia y en el ejercicio de la función pública. A pesar de la importancia que tiene para el orden constitucional la vigencia del debido proceso en todos los escenarios en los que el ciudadano puede ver afectados sus derechos por actuaciones públicas (sin importar de qué rama provienen), es necesario que la interpretación de las garantías que lo componen tome en consideración los principios que caracterizan cada escenario, así como las diferencias que existen entre ellos (Corte Constitucional, 2014, Sent. C-034).

Por consiguiente, al ser un derecho fundamental pilar en cualquier procedimiento administrativo, es importante saber qué es el debido proceso administrativo. Al respecto, la Corte Constitucional ha definido el debido proceso administrativo como:

(i) un 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 guarda relación directa o indirecta entre sí, y (iii) cuyo fin está previamente determinado de manera constitucional y legal. Se ha precisado también que con esta garantía se busca (i) asegurar el ordenado funcionamiento de la administración, (ii) la validez de sus propias actuaciones y, (iii) resguardar el derecho a la seguridad jurídica y a la defensa de los administrados (Corte Constitucional, 2006, Sent.T-796).

Se puede entender, entonces, que el debido proceso es una secuencia de actos o etapas por parte de la autoridad que guardan una relación entre sí, con una finalidad previamente determinada en la Constitución Política. Al respecto, el Consejo de Estado ha señalado sobre el debido proceso que “hace referencia a la aplicación de los procedimientos legalmente establecidos por parte de las entidades del Estado, en el curso de cualquier actuación administrativa, con el propósito de

garantizar los derechos de las personas que puedan resultar afectadas por las decisiones de la administración” (Consejo de Estado, 2020, Rad. 41001-23-33-000-2013-00445-01).

El debido proceso se aplica a cualquier actuación administrativa con la finalidad de garantizar los derechos de las personas que pueden resultar afectadas. En este punto es importante señalar que el incumplimiento de cualquier etapa no necesariamente acarrea una violación al debido proceso. Sobre esto, el Consejo de Estado determinó que:

Una irregularidad acaecida en el curso de un procedimiento administrativo se considera como sustancial, cuando incide en la decisión de fondo que culmina con la actuación administrativa, contrariando los derechos fundamentales del administrado, es decir, que [sic] de no haber existido tal irregularidad, el acto administrativo que define la situación jurídica debatida hubiese tenido un sentido sustancialmente diferente. Por el contrario [sic] las irregularidades o vicios, que no afectan el fondo del asunto discutido, esto es, que [sic] de no haber ocurrido, la decisión definitiva hubiese sido en igual sentido, no tienen la relevancia para generar la nulidad del mismo, pues esto no desconoce la finalidad del debido proceso administrativo, es decir, la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos (Consejo de Estado, 2019, Rad. 05001-23-33-000-2014-02189-01).

Se entiende de lo anterior que no toda irregularidad dentro de las etapas adelantadas en el procedimiento administrativo o inobservancia de algunos requisitos formales vulneran el debido proceso, sino que este derecho se vulnera cuando dentro del procedimiento para la expedición de un acto administrativo se presenten irregularidades sustanciales o esenciales, que afecten al administrado. Ahora bien, la Corte Constitucional, en la Sentencia T-279 de 2023, reitera lo señalado en su extensa jurisprudencia a cerca de las garantías que hacen parte del debido proceso, citando lo siguiente:

El debido proceso administrativo garantiza, entre otros, los siguientes derechos: (i) ser oído durante toda la actuación, (ii) a la notificación oportuna y de conformidad con la ley, (iii) que la actuación se surta sin dilaciones injustificadas, (iv) que se permita la participación en la actuación desde su inicio hasta su culminación, (v) que la actuación se adelante por autoridad competente y con el pleno respeto de las formas propias previstas en el ordenamiento jurídico, (vi) gozar de la presunción de inocencia, (vii) al ejercicio del derecho de defensa y contradicción, (viii) a solicitar, aportar y controvertir pruebas, y (ix) a impugnar las decisiones y a promover la nulidad de aquellas obtenidas con violación del debido proceso.

Se debe resaltar que la afectación de cualquiera de estas garantías produce que el acto administrativo sea demandable vía la acción de nulidad y restablecimiento por violación al derecho fundamental del debido proceso.

4. El debido proceso en las solicitudes de visa

Las solicitudes de visas inician con la radicación de la petición y el pago de la tasa de estudio (Resolución 5477, 2022, Art. 11). Una vez estudiada la solicitud, el proceso termina con un acto de aprobación, inadmisión (Resolución 5497, 2022, Art. 98) o negación (Resolución 5477, 2022, Art. 99). Es importante señalar que, si bien es cierto el trámite es reglado, el Ministerio de Relaciones Exteriores conserva la facultad discrecional de decidir si aprueba, inadmite o niega una visa, incluso puede cancelar una visa ya aprobada. No obstante, esa facultad discrecional no es absoluta y no puede ser sinónimo de arbitrariedad. Al respecto, el Consejo de Estado estableció que:

sí se hace preciso requerir al Ministerio de Relaciones Exteriores para que, en lo sucesivo, al adoptar decisiones que comprometan la libertad de los extranjeros para permanecer en el país, tenga en cuenta que el hecho de ejercer una facultad discrecional no puede ser pretexto para actuar de forma arbitraria, lo que sucede si para cancelar una visa se tiene en cuenta, solamente, una denuncia contenida en un informe de inteligencia, que no ha sido verificada por la jurisdicción tras adelantar un proceso en donde se respeten las garantías del debido proceso (Consejo de Estado, 2017, Rad. 25000-23-26-000-1998-00844-01).

Es posible extraer de la cita lo siguiente: se le ordenó al Ministerio de Relaciones Exteriores al adoptar decisiones que comprometan la libertad de los extranjeros para permanecer en el país que: i) no tome decisiones arbitrarias bajo la excusa de la facultad discrecional y ii) respetar las garantías del debido proceso.

Para comprender la aplicación de lo mencionado por el Consejo de Estado en el trámite de visas, se debe mencionar que las consecuencias jurídicas de una aprobación, inadmisión o negación son diferentes. En los casos de aprobación, se crea una situación jurídica en la cual se autoriza al extranjero ingresar al territorio colombiano por un determinado tiempo a desarrollar ciertas actividades limitadas al tipo de visa.

Por otro lado, en el caso de las inadmisiones el extranjero no podrá ingresar o permanecer en el país por un periodo de tiempo mayor a los días de turista, en caso de que sea una de las nacionalidades exentas. Adicionalmente, perderá el pago de la tasa de estudio, pero podría aplicar nuevamente. No obstante, cuando la solicitud de visa termina con una negación, la normatividad migratoria establece que el extranjero “deberá abandonar el país dentro de los treinta (30) días calendario siguientes a la negación y no podrá registrar una nueva solicitud dentro de los seis (6) meses siguientes al rechazo.” (Resolución 5477, 2022, Art. 99). En la misma disposición se señala que el extranjero tendrá que presentar la solicitud desde su país de origen; por otro lado, se le comunica que su solicitud fue negada bajo la facultad discrecional del Estado, pero, las razones de fondo que motivaron la negación están sujetas a reserva y solo se le informan a la autoridad competente que lo requiera.

Varios puntos importantes resaltables con la negación de una visa: i) es un acto con fundamento en la facultad discrecional del Estado; ii) las razones de fondo tienen reserva legal; iii) aunque sea un acto administrativo motivado, las razones de fondo no son informadas al solicitante, solamente, si una autoridad competente lo requiere; iv) el extranjero deberá abandonar el país dentro de los 30 días siguientes; v) deberá presentar una nueva solicitud después de 6 meses desde el país de origen o residencia permanente y vii) perderá lo pagado en la tasa de estudio.

Es importante resaltar que la decisión de negación tiene reserva legal, sobre este punto el Consejo de Estado en sentencia que resolvía el medio de control de nulidad simple señaló que:

Se observa que el pretranscrito artículo 51 establece una reserva sobre el archivo del Ministerio de Relaciones Exteriores, y de suyo se entiende que tal archivo está conformado por los documentos e información a cargo de dicho Ministerio relativos a sus funciones, entre las cuales se encuentran, justamente, las relacionadas con el otorgamiento de visas, luego, los documentos que se presenten para la solicitud de las mismas son parte de ese archivo y quedan cobijados por la reserva de éste establecida mediante norma con fuerza de ley, lo cual, incluso, ha sido elevado a la categoría de principio rector de la carrera diplomática mediante el artículo 4, numeral 9, del Decreto Ley 274 de 2000, que regula el servicio exterior y la carrera diplomática y consular (Consejo de Estado, 2002, Rad. 11001-03-24-000-2001-00224-01).

Sin embargo, el contexto de la decisión del Consejo de Estado fue sobre el Decreto 2371 de 1996, el cual decía en sus artículos 21 y 169 que tenían carácter reservado los documentos presentados para la solicitud de una visa; además, del registro de extranjeros, la información de inteligencia, la judicial y la información del movimiento migratorio que reposa en los archivos del Departamento Administrativo de Seguridad DAS. No obstante, el solicitante (el extranjero) podía solicitar fotocopia o desglose de estos. Con el nuevo reglamento, el extranjero no puede tener conocimiento de los motivos de una negación, incluso de una inadmisión como consecuencia de la facultad discrecional, vulnerando gravemente el Artículo 8º de la Ley Estatutaria del 1581 de 2012².

Se tiene, entonces, que la negación de una visa está realmente planteada en el reglamento como una especie de sanción al extranjero ejercida por facultad discrecional. Además, los motivos, que dieron origen a la negación tienen reserva legal, no le son dados al extranjero solicitante de la visa.

Así, con la negación se compromete la libertad de los extranjeros de permanecer en el país, en virtud de que deben abandonar el país y aplicar después de 6 meses desde el lugar de origen o residencia. Esto podría incluso, en algunos casos, resultar violatorio a la Convención Americana

² “a) Conocer, actualizar y rectificar sus datos personales frente a los Responsables del Tratamiento o Encargados del Tratamiento. Este derecho se podrá ejercer, entre otros frente a datos parciales, inexactos, incompletos, fraccionados, que induzcan a error, o aquellos cuyo Tratamiento esté expresamente prohibido o no haya sido autorizado”.

sobre Derechos Humanos, debido a la prohibición de que “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 raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas” (Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969, Art. 22). Se debe tener presente que, al tomar una decisión de negación, el extranjero debe abandonar el país en el plazo de 30 días calendario, desconociendo si realmente su libertad o vida se encuentra bajo amenaza en el país de origen o residencia, sobre todo, porque nunca fue escuchado durante el trámite de su solicitud de visa, desconociendo la situación del extranjero al momento de presentar la solicitud; es decir, si se encuentra en una situación donde requiere especial protección.

Por consiguiente, para garantizar que no se tomen decisiones arbitrarias en las solicitudes de visa o para evitar vulnerar gravemente, en ciertos casos, los mandatos de la convención antes señalados con las consecuencias de una negación, el Ministerio de Relaciones Exteriores debe respetar el debido proceso del extranjero y no sería válido negar una visa con la excusa de la facultad discrecional sin el respeto al derecho en mención. Es decir, se debe aplicar el debido proceso obligatoriamente a las solicitudes de visa, no solo a las cancelaciones de ellas.

Por otro lado, el Ministerio de Relaciones Exteriores cuenta –dentro del procedimiento especial reglado– con la figura del requerimiento, la cual funciona un poco diferente que en el CPACA. En el procedimiento administrativo general el requerimiento aplica, según el Artículo 17 de la Ley 1437 del 2011, cuando una petición se encuentra incompleta o sea necesario que el peticionario realice un trámite a su cargo que sea importante para que se emita una decisión de fondo y la actuación pueda continuar. Mientras que, en las solicitudes de visas, el requerimiento aplica según la reglamentación cuando:

ARTÍCULO 97. REQUERIMIENTO. La Autoridad de Visas e Inmigración podrá requerir al solicitante, a través de la plataforma digital de visas, en una o más ocasiones cuando los documentos estén incompletos o ilegibles, cuando la foto no cumpla con los requerimientos

técnicos. cuando la información sea ambigua, o para solicitar información adicional. Igualmente, podrá requerir al solicitante y/o personas que avalan su solicitud una entrevista presencial, virtual o telefónica [...].

Del análisis del texto normativo anterior podemos agrupar el requerimiento de visas en dos categorías: por corrección de la solicitud o para ampliar la información. En los casos que se busque una corrección de la solicitud el ministerio lo podrá realizar: i) cuando los documentos estén incompletos, ii) cuando los documentos sean ilegibles, iii) cuando la foto no cumpla con los requerimientos técnicos, iv) cuando la información sea ambigua. Por otro lado, podrá requerir para ampliar la información cuando: i) solicite información adicional o ii) solicite una entrevista presencial, virtual o telefónica al solicitante y/o personas que avalan su solicitud.

Se debe tener en cuenta que el requerimiento en las solicitudes de visas en el fondo le permite a el extranjero: i) ser oído durante toda la actuación, ii) la participación en la actuación desde su inicio hasta su culminación y iii) ejercer del derecho de defensa y contradicción. Lo cual es trascendental para el cumplimiento del debido proceso administrativo, como se explicó en el acápite precedente.

Analizando lo anterior, en los casos en que se niegue una visa, se está adoptando una decisión que compromete la libertad de permanecer en el país del extranjero, como se demostró anteriormente, y para cumplir con los ordenado por el Consejo de Estado; es decir, para evitar decisiones arbitrarias bajo la excusa de la facultad discrecional se debe garantizar el debido proceso. Por tanto, se hace obligatorio el requerimiento al solicitante.

Igualmente, la garantía del debido proceso se extiende a los casos de las inadmisiones, no se puede entender erróneamente que solo se debe garantizar el debido proceso en las negaciones de visa; toda vez que la inadmisión de una visa es el resultado de un procedimiento administrativo, al cual se le debe garantizar, como a todos los procedimientos administrativos, el debido proceso, tal y como se demostró en los acápites anteriores.

De esta forma, en ambos casos (inadmisión y negación), a través de la obligación de requerimiento se le permite al extranjero participar de la actuación, ejercer su derecho de defensa y ser oído durante toda la actuación. Esto es trascendental para respetar el debido proceso administrativo, convirtiéndose en la única herramienta dentro de la reglamentación especial que garantiza el respeto del derecho en mención.

Por tanto, aunque existan varios puntos de la reglamentación especial que pueden resultar lesivos al debido proceso como no entregarle al solicitante las razones o motivos de la decisión de negación o, en algunos casos, inadmitir y solamente decir que es por facultad discrecional, sin dar ninguna explicación clara; también, inadmitir y negar sin requerir previamente. Igualmente, obligar a un extranjero a salir del país dentro de los 30 días calendario siguiente sin adelantarse un procedimiento administrativo migratorio sancionatorio en el cual se le garantiza un traductor oficial y que será escuchado durante todo el proceso.

El Ministerio de Relaciones Exteriores tiene el deber de acatar los mandatos constitucionales y los fallos tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado en los cuales se le exige el respeto al debido proceso; por consiguiente, para cumplir con estos parámetros, tiene que requerir previamente a una decisión de inadmisión o negación, convirtiéndose en una obligación por parte del ministerio.

Conclusión

A partir de lo expresado en este trabajo, se concluye que las solicitudes de visa en Colombia constituyen un procedimiento administrativo. En este sentido, los actos de aprobación, inadmisión y negación son actos administrativos. Justificados en estas premisas, es posible derivar de la argumentación que la administración –en cabeza del Ministerio de Relaciones Exteriores– debe

garantizar el debido proceso. Adicionalmente, estos actos al ser administrativos son susceptibles de control ante la jurisdicción contenciosa.

En el trámite del procedimiento administrativo, se evidencia que, al no existir un requerimiento previo por parte del Ministerio de Relaciones Exteriores durante el trámite de la solicitud de visa, existe una vulneración de los derechos del solicitante (especialmente del debido proceso). Así las cosas, se sostiene que, como garantía de ese derecho fundamental, existe un deber de la administración de requerir (cuando ello sea el caso) a los solicitantes, como correlativo deber de la administración al derecho de los solicitantes. Finalmente, se controvierte el argumento de que la facultad discrecional permite al Ministerio de Relaciones Exteriores no realizar dicho requerimiento y simplemente negar o inadmitir una visa.

Uno de los resultados más importantes de este trabajo fue demostrar la necesidad de la implementación del requerimiento en las solicitudes de visas por el Ministerio de Relaciones Exteriores como manifestación de un deber durante el procedimiento administrativo. Este deber, se reitera, protege el derecho al debido proceso que tienen todos los solicitantes, independientemente de su calidad.

Ahora bien, como resultados para otros trabajos académicos, a partir de estas conclusiones del análisis normativo, sería beneficioso que la autoridad administrativa en mención inicie la creación de un manual de buenas prácticas que ayude a los operadores jurídicos en su quehacer. Es decir, como resultado de lo elaborado en este trabajo (la existencia de un deber), en la operación del derecho (práctica jurídica) la autoridad debería tener instructivos claros para que los servidores no tuvieran el riesgo de vulnerar el derecho al debido proceso de los solicitantes. De esta manera, otra investigación podría ocuparse con una metodología de acción participación en la que se creara ese instrumento para la práctica jurídica.

Igualmente, se podría desprenderse de este trabajo otro que hiciese un análisis jurisprudencial de carácter particular, no solo los fallos de las Altas Cortes, sino de los jueces administrativos en primera instancia. En este trabajo se buscaría determinar cuál es el control que hacen los jueces administrativos de las actuaciones del Ministerio de Relaciones Exteriores. Esto tendría implicaciones prácticas cuando los extranjeros hagan valer su derecho al debido proceso administrativo; de esa manera, se evitarían las arbitrariedades disfrazadas de facultad discrecional.

Referencias

Congreso de la República (04 de agosto de 2021) Ley 2136 de 2021. Por medio de la cual se establecen las definiciones, principios y lineamientos para la reglamentación y orientación de la Política Integral Migratoria del Estado Colombiano - PIM, y se dictan otras disposiciones D.O. 51.756.

Congreso de la República (30 de junio de 2015) Ley 1755 de 2015. Por medio de la cual se regula el Derecho Fundamental de Petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Congreso de la República (02 de julio de 2012) Ley 1437 de 2011. Por medio de la cual se Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Consejo de Estado, Sección Primera (18 noviembre de 1999), Sentencia No 5123, C.P. Olga Navarrete.

Consejo de Estado, Sección Primera (10 de agosto del 2001), Sentencia No 7232, C.P. Manuel Urueta.

Consejo de Estado, Sección Tercera (13 de mayo de 2009), Rad. 11001-03-26-000-2004-00020-00. C.P, Ramiro Saavedra Becerra.

Consejo de Estado, Sección Cuarta, (5 de mayo del 2011), rad. 05001-23-31-000-2002-03531-01 C.P. Hugo Bastidas Bárcenas.

Consejo de Estado, Sección Tercera (19 de octubre de 2017), Subsección B, Sentencia No 26837, C.P: Danilo Rojas Betancourth.

Consejo de Estado, Sección Segunda (11 de abril de 2019), Subsección B, Rad. 05001-23-33-000-2014-02189-01 C.P. Sandra Ibarra Vélez.

Consejo de Estado, Sección Segunda, (27 de noviembre de 2020), Subsección B, Rad. 41001-23-33-000-2013-00445-01), C.P. Sandra Ibarra Vélez.

Constitución Política de Colombia (7 de julio de 1991) recuperado de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html

Convención Americana sobre Derechos Humanos (22 de noviembre 1969).

Corte Constitucional (29 de enero de 2014) Sentencia C-034 de 2014, MP María Calle Correa.

Corte Constitucional, (13 de agosto de 2002), Sentencia C-640 de 2002 MP Marco Monroy Cabra.

Corte Constitucional (15 de mayo de 1996), Sentencia T 215 de 1996, MP Fabio Morón Diaz.

Ministerio de Relaciones Exteriores (26 de mayo de 2015) Decreto 1067 del 2015. Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Relaciones Exteriores.

Ministerio de Relaciones Exteriores (22 de julio de 2022) Resolución 5477 de 2022. Por la cual se dictan disposiciones en materia de visas y se deroga la Resolución 1980 del 19 de marzo de 2014 y la Resolución 6045 del 2 de agosto de 2017.

Presidente de la República (31 de octubre de 2011) Decreto 4062 de 2011. Por el cual se crea la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, se establece su objetivo y estructura.

Presidente de la República (25 de mayo de 2016) Decreto 869 de 2016. Por medio del cual se modifica la estructura del Ministerio de Relaciones Exteriores y se dictan otras disposiciones.

Santofimio Gamboa (1998), Acto Administrativo Procedimiento, eficacia y validez, Bogotá, Universidad del Externado.