

Sentencia T-1117/02

ARCHIPIELAGO DE SAN ANDRES-Régimen especial/PERSONA NO RESIDENTE-Límites

FUNCIONARIO DE LA CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA-Restricción irrazonable por la OCCRE para ingresar al archipiélago de San Andrés

FUNCIONARIO DE LA CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA-Discriminación en entrega de tarjetas de residencia por la OCCRE/DERECHO A LA IGUALDAD-Trato discriminatorio

LIBERTAD DE LOCOMOCION-Valores constitucionales que justifican su restricción

Referencia: expediente T-510126

Acción de tutela de Omar Alfredo Ramírez Piña contra la Oficina de Control y Circulación de Residencia, OCCRE

Magistrado Ponente:

Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Bogotá, D.C., nueve (9) de diciembre de dos mil dos (2002)

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño y Rodrigo Escobar Gil, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y previo el cumplimiento de los requisitos y trámites legales y reglamentarios, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

en el proceso de revisión del fallo adoptado por la sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, dentro de la acción de tutela de Omar Alfredo Ramírez Piña contra la oficina de Control y Circulación de Residencia, OCCRE.

El presente expediente fue escogido para revisión por medio de auto de junio 17 de 2002 proferido por la Sala de Selección Número Seis y repartido a la Sala Tercera de Revisión.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos

Omar Alfredo Ramírez Piña presentó el 26 de junio de 2001 acción de tutela contra la Oficina de Control y Circulación de Residencia, OCCRE (San Andrés, Islas), por considerar que la decisión adoptada por dicha entidad de negarse a otorgarle una tarjeta de residencia viola su derecho constitucional al trabajo, a la igualdad, a la libre circulación y al debido proceso. La decisión no sólo cobijó al accionante sino a un grupo de personas que se encontraban en la misma situación, por lo que presentaron ante el Tribunal Superior de Distrito Judicial de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, despacho que adelantaba la actuación judicial, un escrito mediante el cual coadyuvaban la acción presentada por el señor Ramírez Piña.¹ Los hechos que sirven de fundamento al amparo solicitado son los siguientes:

1.1. Mediante Resolución 05095 de junio 16 de 2000 emanada del Contralor General de la República, se estableció el sistema de selección o concurso de méritos de la Contraloría General de la República, como lo estableció el decreto sobre el régimen especial de carrera administrativa.

1.2. La reestructuración de la entidad creó nuevas dependencias y nuevos cargos destinados a mejorar el desempeño global de la entidad, lo que exigió, especialmente en el nivel departamental, la necesidad de realizar concursos para proveer las nuevas vacantes.

1.3. La Contraloría General de la República suscribió un contrato con la Universidad Nacional de Colombia² para que esta institución se encargara de levantar los perfiles de los cargos, realizar las convocatorias, hiciera las pruebas y publicara los resultados. El concurso fue debidamente convocado y publicitado. En los niveles departamentales la Universidad Nacional, sostiene el accionante, no efectuó algunas etapas del proceso como la entrega de formularios, el análisis de requisitos mínimos y las inscripciones, para lo cual se determinó que habría un equipo de funcionarios de la Gerencia de Talento Humano que asistiría a las gerencias departamentales en dichos procesos.

1.4. El 12 de septiembre de 2000 se publicó la lista de admitidos y no admitidos a concurso en la sede de la Contraloría General de la República y en las Gerencias Departamentales. Los resultados fueron publicados en la prensa, carteleras de la Contraloría General, en la Universidad Nacional, en el Departamento Administrativo de la Función Pública (DAFP), otras universidades y en el página en internet de la Contraloría General.

1.5. El grupo de personas que coadyuvaron la acción presentada sostiene que el concurso se realizó en condiciones de igualdad, teniendo en cuenta la especial situación de los isleños,

“(…) si bien es cierto las condiciones especiales que se presentan en el Departamento Archipiélago con respecto a la provisión laboral, la Contraloría General de la República en ningún momento ha desconocido o impedido a la comunidad residente en las islas su acceso al concurso en condiciones de igualdad, pues es claro afirmar que por tratarse de un concurso abierto, no era posible limitarlo al personal local únicamente; teniendo en cuenta que la finalidad principal de este sistema de provisión de cargos para el sector público, lo único que busca es la garantía de la mejor prestación de los servicios representados en la idoneidad de sus servidores quedando representado el archipiélago por la doctora Georleth Sofía Gordon, quien siendo raizal y domiciliada en el departamento insular, se presentó, y por sus méritos académicos se hizo acreedora a un cargo en la gerencia Departamental, así como el doctor José Fidardo Torres Castillo quien no obstante haber ganado un cupo no lo aceptó por motivos personales, esto prueba que efectivamente las garantías estuvieron dadas y que no es posible utilizar medios inadecuados para pretender restringir a la Entidad el acceso de otras personas que en iguales condiciones concursamos y nos ganamos un derecho.”

1.6. El 13 de febrero de 2001 se fijaron en lista por 5 días los puntajes definitivos, sumados y ponderados, de los profesionales universitarios grados 01 y 02 y tecnólogos. Posteriormente, mediante oficio número 80880-80881-043 de febrero 20 de 2001, el Gerente Departamental de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, islas, Contraloría General de la República, elevó solicitud al Director de la Oficina de Circulación y Residencia, OCCRE, con el fin de pedirle la expedición de las tarjetas de residencia temporal para los funcionarios que habían aprobado todas las etapas del concurso y entrarían a formar parte de la planta de personal dicha Gerencia Departamental de la Contraloría. En el mismo sentido, el 21 de marzo de 2001 el Director de Carrera Administrativa de la Contraloría General de la República, en carta dirigida al Director de la OCCRE, le expuso las consideraciones del caso en torno al concurso abierto adelantado por la Contraloría General de la República.

1.7. La OCCRE, por medio del oficio DIR 198-01 de abril 9 de 2001 informó al Director de Carrera Administrativa, de la Contraloría General de la República que los servidores públicos nombrados por dicho ente estaban también condicionados al Decreto 2762 de 1991 (Por

medio del cual se adoptan medidas para controlar la densidad poblacional en el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina)³ para efectos de someterlos al control de la Oficina en cuestión, si no ejercían autoridad o jurisdicción administrativa. Indicó que en caso de que fuera así, se debía acreditar tal situación, sujetándose a los procedimientos de la Junta Directiva de la OCCRE e individualizando a cada persona nombrada, ya que dicha dependencia consideró que hasta la fecha no se había acreditado que las personas nombradas eran servidores públicos del orden nacional que ejercían jurisdicción administrativa.

1.8. La Directora de la Oficina de Control de Circulación y Residencia (OCCRE), mediante la Resolución 318 de junio 11 de 2001 decidió negar las tarjetas de residencia temporal a 9 funcionarios de la Gerencia Departamental de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, islas, de la Contraloría General de la República. La OCCRE consideró que dichos funcionarios no tenían derecho a recibir dicha tarjeta, pues no están contemplados en alguna de las hipótesis del Decreto 2762 de 1991, ni está comprendidos dentro de alguna de las excepciones establecidas por la Corte Constitucional en la sentencia C-530 de 1993, fallo en el cual estudió una demanda de inconstitucionalidad en contra de dicho Decreto.⁴ Para tomar esta decisión, la OCCRE también consideró que a pesar del estado legal en el que se encontraban "(...) las personas nombradas ingresaron a principios de marzo a la isla sin cancelar el costo de la respectiva tarjeta de la OCCRE (artículo 32, Decreto 2762/91) y comenzaron a laborar sin que se le haya otorgado dicho documento."

2. Argumentos de la demanda y solicitud

En su demanda Omar Alfredo Ramírez Piña, coadyuvado por los demás interesados que aspiran a recibir también protección de sus derechos constitucionales, pretende que se le tutele su derecho al trabajo, a la igualdad, a la libre circulación y al debido proceso, por lo que solicita se ordene a la OCCRE expedirle su tarjeta temporal de residencia.

2.1. El señor Ramírez Piña, en primer lugar, considera que la decisión de la OCCRE se fundó en una interpretación errada de la sentencia C-530 de 1993 de la Corte Constitucional. Luego de citar apartes de ella, sostiene en su demanda,

"Como se ve, la Corte Constitucional expresa y enfáticamente señaló que la limitación para la concesión de la tarjeta de residencia no se aplica a los "servidores públicos nacionales que

ejerzan jurisdicción o autoridad política, judicial, civil, administrativa o militar”, cual es el carácter de los funcionarios de la Contraloría General de la República, tanto por tratarse de una entidad del orden nacional, que precisamente posee jurisdicción en todo el territorio de la Nación, como por ejercer funciones de policía judicial, conforme lo establecen los artículos 271 de la Constitución Política (“Los resultados de las indagaciones preliminares adelantadas por la contraloría tendrán valor probatorio ante la Fiscalía general de la Nación y el juez competente”), (...)”

El accionante también invoca como sustento jurídico el artículo 312 del Código de Procedimiento Penal, según el cual “ejercen funciones especiales de policía judicial, en asuntos de su competencia”, entre otros, la Contraloría y la Procuraduría General de la Nación. Concluye entonces, con relación a este punto que,

“(...) de lo que se trata es de conciliar el legítimo interés de los habitantes insulares, con el de la necesidad de garantizar la adecuada prestación de los servicios públicos a cargo de la Nación, entre ellos, el de control y vigilancia de la actividad administrativa que cumplen las entidades nacionales la exclusión. Entre otras cosas porque, como se sabe, estos suelen tener su sede en la capital de la República.”

Por lo tanto, considera que la decisión de la Directora de la OCCRE de negarle la tarjeta de residencia vulneró sus derechos, pues se le obliga a salir de la isla por un motivo no previsto en la ley, impidiéndole la posibilidad de continuar trabajando y residiendo allí.

2.2. El accionante alega que también se está desconociendo su derecho a la libre circulación porque,

“(...) según se ha demostrado, si bien la Ley establece restricciones para la expedición de las tarjetas de residencia temporal, para los colombianos no raizales dentro del territorio insular, tratándose de funcionarios públicos del orden nacional, éstas sólo tienen una función de registro, más no de control, por lo cual a éstos no les son aplicables las normas relativas al cumplimiento de los requisitos señalados en el inciso segundo del artículo 8°, ni el tiempo de duración de la tarjeta (art. 10), ni las causales de pérdida de tarjeta (art. 11), ni el pago de la tarjeta (art. 22), conforme lo manifestó expresamente la Honorable Corte Constitucional, en las sentencia citada.”

2.3. Finalmente considera que se le está violando su derecho a la igualdad, pues,

“(…) a funcionarios de otras dependencias del orden nacional, que se encuentran en las mismas condiciones que las mías, como los de la Procuraduría General de la Nación, adscritos a la Regional de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, entre otros, que igualmente ejercen, como las mías, autoridad administrativa con jurisdicción nacional, se les expide la tarjeta de residencia, (…)”

3. Participación del Contralor General de la República

Mediante escrito de marzo 11 de 2002, el Contralor General de la República, Carlos Ossa Escobar, intervino dentro del proceso de la referencia para solicitar que se ordenara a la OCCRE expedir las tarjetas de residentes a todos los funcionarios que accedieron a los cargos asignados a la planta de personal de la Gerencia Departamental de San Andrés y Providencia, mediante el sistema de concurso de méritos, tal como lo disponen la Constitución y las normas que regulan la materia, a fin de que éste órgano de control pueda cumplir con su función constitucional y legal.

Luego de relatar brevemente los antecedentes del caso, haciendo especial énfasis en las oportunidades brindadas a los raizales⁵ y en el carácter perentorio de la decisión de la OCCRE,⁶ fundó su solicitud en los siguientes términos.

3.1. En primer lugar, el Contralor establece el lugar institucional que le fija la Constitución Política de 1991 a la Contraloría General de la República en los siguientes términos,

“El Ordenamiento Superior, le asigna a la Contraloría General de la República, la función pública de vigilar la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación.

Las entidades y recursos públicos sujetos a su control, están determinados en el artículo segundo de la Ley 42 de enero 26 de 1993, por la cual se establecen los sistemas de control fiscal y los órganos que lo ejercen.

‘Son sujetos de control fiscal los órganos que integran las ramas legislativa y judicial, los órganos autónomos e independientes como los de control y electorales, los organismos que hacen parte de la estructura de la administración nacional y demás entidades nacionales, los

organismos creados por la Constitución Nacional y la ley que tienen régimen especial, las sociedades de economía mixta, las empresas industriales y comerciales del Estado, los particulares que manejen fondos o bienes del Estado, las personas jurídicas y cualquier otro tipo de organización o sociedad que maneje recursos del Estado en lo relacionado con éstos y el Banco de la República.

Se entiende por administración nacional, para efectos de la presente ley, las entidades enumeradas en este artículo.' (resaltado fuera del texto)

En este orden normativo la jurisdicción y competencia de la Contraloría General de la República, se moviliza en un campo condicionado por el principio de legalidad, artículo sexto de la C.P., por los principios reguladores del Estado Social de Derecho y por los principios rectores de la función pública, artículos 121 y 122 concordantes ibidem, carácter limitativo de las competencias y artículo 123 sobre el carácter reglado de las competencias.

En este sentido es palmario el ámbito de fijación normativa del actuar del ente de control nacional, el cual confluye en el carácter esencial de la función pública, que supera el simple campo de la obligación derivada de ese actuar, cuya misión se encamina a determinar la rentabilidad pública de la gestión de la administración, y su nexo inseparable con el servicio público, sin desligarse por supuesto de la órbita laboral-administrativa.

Para efectos del ejercicio de la función fiscalizadora encomendada al Órgano de Control, la Contraloría General de la República de conformidad con lo establecido en el Decreto Ley 2762 de 2000, está organizada en dos niveles básicos: central y desconcentrado. El nivel central está conformado por las dependencias con sede en Bogotá, y el nivel desconcentrado está constituido por 31 Gerencias Departamentales.

Finalmente concluye el Contralor que la "(...) competencia de la Contraloría General de la República para fiscalizar la gestión fiscal de la administración se circunscribe al orden nacional; y su autoridad es eminentemente administrativa como lo han expresado las Altas Cortes (...)".

3.2. De la sentencia C-530 de 1993, resalta en su escrito los siguientes apartes,

"(...) Es por ello que deben tener mucha prudencia y mesura las autoridades encargadas de

calificar los conceptos jurídicos indeterminados contenidos en la norma estudiada, con el fin de evitar la arbitrariedad.

(...) las limitaciones a los derechos de las personas no residentes en el Departamento que nos ocupa deben ser entendidas en el sentido de que ellas no cobijan a las autoridades nacionales en el ejercicio de sus funciones.”

Considera el Contralor que la jurisprudencia constitucional “(...) al eximir del cumplimiento de la disposición normativa señalada, a las autoridades nacionales, lo que es lógico dentro de nuestro Estado Social de Derecho y el ordenamiento jurídico que lo rige, toda vez que la limitación a los derechos de circulación y residencia en el archipiélago en aras del control de densidad de población en las islas, es una finalidad razonable, en la medida en que la misma se ajuste a la Constitución y la Ley.”

3.3. En su escrito, recuerda la necesidad de que los cargos para acceder a puestos de trabajo en la administración pública se provean mediante concursos públicos, abiertos a todos los ciudadanos en condiciones de igualdad. Por ello sostiene que estos proceso de selección tienen que darse

“(...) con la garantía del principio de igualdad de oportunidades de acceso a la Entidad, el cual habría sido echado de lado si con miras a cubrir la totalidad de los cargos de la Contraloría por el sistema de concurso de méritos se hubieran tenido que realizar dos (2) procesos de selección de funcionarios, el uno para escoger a los servidores públicos que iban a laborar en todo el país (excepto para el departamento archipiélago de San Andrés), y el otro para el caso exclusivo de la Gerencia del Departamento antes mencionado, lo cual no era jurídicamente viable pues de haberse procedido así, ambos procesos de selección de entrada habrían resultado ilegales, por desconocimiento del principio de igualdad predicado por dicha disposición legal.”

3.4. Concluye entonces el Contralor, que incurre la OCCRE en una violación de los derechos constitucionales de los accionantes. Dice el escrito,

“¿Qué hacer en este momento, con los funcionarios que luego de haber recorrido el

dispendioso y agotador proceso de selección por méritos, se ganaron el derecho a ser nombrados en cargos cuyas funciones se deben cumplir en la Isla de San Andrés, los mismos que a esta fecha las autoridades de circulación y residencia locales les advierten que para poder trabajar tienen que obtener una Tarjeta de Residencia Temporal, ante lo cual se hacen los trámites que se han previsto para que las misma sean expedidas, no como legitimadoras de sus posibilidades de circulación y de tránsito dentro del territorio insular sino en cumplimiento de un requisito de registro que nosotros valoramos y respetamos, al cabo de todo lo cual se niega su expedición y se apremia su inmediata salida de la Isla bajo la circunstancia, de estar ya en curso y en trámite la imposición de sanciones de índole económica para el ente fiscalizador y hasta persecutorias a nivel personal, para los funcionarios, de no ser acatadas en todos su inflexible rigor?

En este orden de ideas, vemos como se materializa la vulneración del derecho fundamental al trabajo de estos servidores públicos, al ser expulsados de la Isla, lo que consiguientemente genera perjuicios económicos para ellos, para sus familias y para la Entidad.

3.5. Finalmente el Contralor hace mención a las funciones que en virtud de la Ley7 no va a ser posible cumplir en las dependencias de las Islas, al igual que alega que la entidad se vio en la obligación de "(...) sacar a los funcionarios y ubicarlos en provisionalidad en sedes diferentes para la cual concursaron, mientras se resuelve la controversia aquí planteada; como que no existen vacantes en las Gerencias donde fueron ubicados y en tal virtud, le corresponde a la instancia respectiva ordenar a la OCCRE, la expedición de las tarjetas de residente de los funcionarios afectados con la medida a fin de evitar un perjuicio tanto a los trabajadores como a este Organismo de Control."

3.6. El Gerente Departamental de San Andrés, Islas, Contraloría General de la República, Heber Esquivel Benítez, participó en el proceso de la referencia con el mismo texto presentado por el Contralor General.

4. Sentencia de primera instancia

En sentencia del 15 de marzo de 2002, la Sala de Decisión del Tribunal Superior de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, Islas, negó el amparo solicitado, por considerar que la Oficina de Control de Circulación y Residencia, OCCRE, no desconoció los derechos al trabajo, a la igualdad, a la circulación y al debido proceso de Omar Alfredo Ramírez Piña.⁸ El Tribunal

consideró que existen otros medios de defensa judicial para tratar el presente caso. Señaló al respecto,

“(…) los actos administrativos expedidos por las distintas entidades mencionadas son susceptibles de las acciones correspondientes ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en la cual se pueden solicitar la suspensión del acto o pronunciamiento que desconoce sus derechos fundamentales. Además para el fallador de tutela no es de su competencia examinar si las resoluciones emitidas por la OCCRE o la Gobernación se hizo acorde con la ley, ni mucho menos emitir órdenes, solamente le es dable cumplir con lo preceptuado en el artículo 86 de la Carta Magna, desarrollado en el Decreto 2591 de 1991.”

No obstante lo dicho, el Tribunal entra a analizar la eventual violación del derecho al trabajo, pero concluye que la OCCRE en modo alguno lo desconoce, en las siguientes palabras,

“En cuanto a la vulneración al derecho del trabajo éste no se observa afectado pues no hay constancia de haber sido desvinculados de la Contraloría y en caso de ocurrir tienen la vía ordinaria para controvertir esa eventual decisión del Contralor General de la República.”

5. Impugnación

El 19 de marzo Omar Alfredo Ramírez Piña impugnó el fallo proferido por la Sala de Decisión del Tribunal Superior de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, Islas. Además de presentar las razones ya esbozadas en la demanda, el accionante reiteró la discriminación de que era víctima, en comparación con el trato que reciben funcionarios de otras entidades tales como la Procuraduría General de la Nación.

Por su parte el Contralor coadyuvó la impugnación indicando que la tutela ha debido tramitarse como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. “(…) dada la perentoriedad del término señalado en la actuación referida de abandonar el territorio insular en un término de diez (10) días, mediante una actuación que es, a todas luces, arbitraria, constituyéndose en una verdadera vía de hecho.” Reitera varias de los motivos presentados en su primera intervención, haciendo énfasis en señalar que el Tribunal “(…) no examinó las verdaderas razones (…)” que llevaron a la OCCRE a negarle las tarjetas de residencia a los funcionarios de la Contraloría.

6. Sentencia de segunda instancia

Por medio de sentencia de 7 de mayo de 2002, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, decidió confirmar el fallo de tutela proferido por el Tribunal Superior, con base en dos razones.

6.1. En primer lugar la sentencia precisa que en el caso bajo estudio no existe la amenaza de un perjuicio irremediable que amerite la admisión de la acción como mecanismo transitorio. Dijo la Sala

“(…) las razones aducidas por los quejosos no demuestran la existencia de una amenaza grave e irremediable por el hecho de que la OCCRE les negara la tarjeta de residencia provisional. Aparte de la imposibilidad de ejercer el cargo al que accedieron por concurso de méritos, invocan la imposibilidad de que la Contraloría General de la República pueda ejercer en la isla el control fiscal. Tales supuestos no traducen la necesidad de que el juez de tutela adopte medidas urgentes, porque de ellos no se desprende la afectación directa o indirecta de un derecho fundamental.”

6.2. La Sala de la Corte Suprema considera que el problema jurídico del presente caso supone establecer si los funcionarios de la Contraloría en cuestión tenían o no derecho a residir en San Andrés, Isla, problema que a su juicio no le corresponde conocer al juez de tutela.

“No está dentro de las atribuciones del Juez de tutela entrar a examinar la legalidad de ese tipo de actuaciones, ni mucho menos emitir órdenes, como la supresión del acto administrativo, que desconozcan los mandatos allí dispuestos porque para ello, como se vio, el ordenamiento jurídico tiene prevista la vía administrativa.”

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

En mérito de lo expuesto, esta Corte es competente para revisar el presente fallo de tutela, de conformidad con los artículos 86 y 241 de la Constitución Política y el Decreto 2591 de 1991. Considera esta Sala que la tutela es procedente en el presente caso, pues aunque los accionantes cuentan con la posibilidad de recurrir a la jurisdicción contencioso

administrativa, su petición no es la de evaluar la adecuación o no del acto administrativo a la normatividad vigente, sino que su pretensión es que se impida una discriminación y se exija, por tanto, a la OCCRE darles el mismo tratamiento que le otorga a los funcionarios de la Procuraduría General. El medio judicial idóneo para plantear una cuestión en torno a una eventual discriminación por violación del derecho a la igualdad es la acción de tutela en este caso.

2. Problema jurídico

Para estudiar el presente caso se empleará como metodología de análisis la dispuesta por la propia jurisprudencia constitucional específicamente para este caso.

3. El ejercicio del Control al ingreso a San Andrés, Islas.

3.1. A propósito del análisis de Constitucionalidad al Decreto 2762 de 1991 (diciembre 13) Por medio del cual se adoptan medidas para controlar la densidad poblacional en el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, en uso de las facultades que le confiere el artículo transitorio 42, de la Constitución Política de Colombia, previa consideración y no improbación por la Comisión Especial, la Corte Constitucional señaló en la sentencia C-530 de 1993 (M.P. Alejandro Martínez Caballero) lo siguiente:

“(…) los derechos plenos son la regla general y sus limitaciones son la excepción. Ello porque en un Estado social de derecho la vida digna de las personas es el fin último del poder. Tal dignidad, que bebe en las fuentes del humanismo y la democracia, implica entonces que allí donde por circunstancias excepcionales sea necesario limitar los derechos debe hacerse con el mínimo de sacrificio de los mismos. En este marco entonces se inscribe la norma sub júdice, de suerte que su lectura por parte de los operadores jurídicos debe apuntar siempre a minimizar las limitaciones a los derechos que en ella se restringen.

(…) en el Decreto estudiado se establece, como se anotó, un régimen especial, que en algunas de sus disposiciones (art. 3º literal b) consagra facultades discrecionales para la Junta Directiva de la Oficina de Control de Circulación y Residencia del Departamento Archipiélago, las cuales deben ser ejercidas de manera razonable y no arbitraria, como por

ejemplo la calificación de la “buena conducta” de las personas y aún la calificación de su “solvencia económica”. Estos conceptos son denominados por la doctrina “cláusulas abiertas” o “conceptos jurídicos indeterminados”. Respecto de ellos ha sostenido García de Enterría que el margen de apreciación que los conceptos jurídicos indeterminados permiten no implican en ningún caso una discrecionalidad para determinar si ellos objetivamente existen o no.⁹ En este sentido el artículo 36 del Código Contencioso Administrativo señala que “en la medida en que el contenido de 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”. Es por ello que deben tener mucha prudencia y mesura las autoridades encargadas de calificar los conceptos jurídicos indeterminados contenidos en la norma estudiada, con el fin de evitar la arbitrariedad.”

Precisando entonces, respecto al uso de las facultades para controlar el ingreso de las personas a las islas, que éstas deben ser entendidas en el marco del respeto al principio de la unidad nacional, la Corte indicó en aquella oportunidad que

“(...) las limitaciones a los derechos de las personas no residentes en el Departamento que nos ocupa deben ser entendidas en el sentido de que ellas no cobijan a las autoridades nacionales en el ejercicio de sus funciones.

Fijado así el alcance de la norma en estudio, ha de entenderse en lo sucesivo que dicha norma se refiere a los extranjeros y a los nacionales colombianos no residentes en el Departamento que no sean autoridades nacionales en el ejercicio de sus funciones.”

Así pues, por una parte se establece que la restricción es una excepción que debe estar plenamente justificada, por lo que el ejercicio de la función específica y propiamente de control que ejerce la OCCRE excluye los casos en que se carezca de razones constitucionales para imponer ese límite, lo cual, señala la Corte Constitucional, ocurre por ejemplo cuando se niega el ingreso a un funcionario que se desempeñe como autoridad del orden nacional.

Aunque en la sentencia C-530 de 1993 se reconoció que es razonable a la luz de la Constitución la limitación de los derechos a la libre circulación de los ciudadanos colombianos y extranjeros en general, para ingresar a San Andrés, Islas, también señaló con relación a los funcionarios nacionales que la función de la OCCRE es de registro, no de control. Dice la sentencia,

“No obstante lo anterior, la Corte Constitucional desea aclarar el alcance de esta limitación respecto de los servidores públicos nacionales que ejercen jurisdicción o autoridad política, judicial, civil, administrativa o militar, al igual que todos los integrantes de las fuerzas militares o de policía y los funcionarios del Departamento Administrativo de Seguridad DAS, que ingresen en ejercicio de sus funciones al Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, así:

Este grupo de servidores públicos del nivel nacional son ciertamente objeto de la tarjeta de residente temporal, pero con fines de registro mas no de control, de suerte que no les son aplicables las normas relativas al cumplimiento de los requisitos señalados en el inciso segundo del artículo 8°, ni el tiempo de duración de la tarjeta (art. 10), ni las causales de pérdida de la tarjeta (art. 11), ni tendrán que pagar por la tarjeta (art. 32).”

Por lo tanto, considera esta Sala que el parámetro claramente establecido por la jurisprudencia constitucional (que las restricciones sean razonables y respeten el principio de unidad nacional), implica que constituye una intervención ilegítima impedir que los funcionarios de la Contraloría General de la República designados mediante concurso de méritos puedan ingresar a la Isla para cumplir las labores de vigilancia y control fiscal en esta parte del territorio nacional. Se trata de funciones que la Constitución valora especialmente pues de éstas depende en gran medida que el Estado cuente con los recursos necesarios para llevar adelante sus cometidos. Los intereses constitucionales en juego son pues de gran entidad, pues el propio texto señala que el control sobre el patrimonio y el erario público es una importante función constitucional. Por ello el artículo 122 indica que el servidor público que sea condenado por delitos contra el patrimonio del Estado, quedará inhabilitado para el desempeño de funciones públicas, y el artículo 88, permite que las acciones populares, medio de protección de derechos e intereses colectivos, sean incoadas para salvaguardar el patrimonio público y la moral administrativa.

3.2. Pero no sólo se trata de una importante función que busca evitar la corrupción y que se dilapiden los recursos públicos. El control posterior y selectivo previsto en el artículo 267 de la Carta también pretende que tales recursos se usen de la manera más eficiente, como una forma de garantizar la adecuada prestación de los diferentes servicios que le permiten al

Estado cumplir con los cometidos que se le han encomendado.

El especialísimo y único poder que se le confiere a la OCCRE para limitar los derechos de las personas, sólo se justifica con base en la protección de los valores y principios constitucionales que llevaron a la Corte a declarar exequible el Decreto 2762 de 1991, es decir el control del problema de densidad de la población en las Islas y la preservación de la diversidad cultural del Archipiélago, así como la conservación del medio ambiente en la zona. Encuentra la Corte entonces ajustado a la Constitución y la ley que la OCCRE decida, en algunos eventos, negar a un grupo de ciudadanos colombianos que desean irse a vivir al Archipiélago el derecho a permanecer en las Islas; pero cuando se trata de un funcionario de la Contraloría General de la República que tiene la importante y delicada misión de ejercer el control fiscal a las finanzas de quienes manejan dineros públicos, la situación es diferente, puesto que tales funcionarios tienen el deber de cumplir sus funciones constitucionales y legales en el ámbito territorial correspondiente.

No obstante que lo dicho permite concluir que no era razonable que la OCCRE impusiera esta restricción a los funcionarios de la Contraloría General de la República, afectando así los derechos de quienes fueron elegidos para esos cargos, pasa esta Corporación a analizar si se trata de una posición constante de esta oficina con la cual pretende proteger con gran recelo la Isla, o si por el contrario se trata de un altísimo nivel de exigencia que sólo se le impone a esta entidad del Estado.

4. La decisión adoptada por la OCCRE con relación a los funcionarios de la Contraloría constituye un trato discriminatorio

4.1. El universo de comparación natural de los miembros de la Contraloría General de la República son los miembros de la Procuraduría General de la Nación, puesto que ambos constituyen los organismos de control mediante los cuales la Constitución pretende garantizar el buen desempeño de los funcionarios del Estado y el buen manejo de los recursos públicos. En razón a esto y a que era una de las solicitudes expresas de los accionantes, la Sala solicitó a la Procuraduría General de la Nación que indicara cuántos y cuáles funcionarios se desempeñan en las Islas, especificando su lugar de nacimiento y desde cuándo residen allí.

4.2. Según oficio remitido por la Procuraduría en la planta de personal de la Procuraduría

Regional de San Andrés y Providencia en este momento se encuentran laborando 14 personas, de los cuales tan sólo 2 son isleños, los 12 restantes provienen de diferentes partes del país e incluso del exterior (Atlántico, Bolívar, Valle, Bogotá, Cesar y Colón, Panamá).

Desde el año 2000, año en que los funcionarios de la Contraloría inician su solicitud, de los 14 funcionarios de la Procuraduría han ingresado 7. Por ejemplo, el 4 de diciembre de 2000 ingresó un procurador de Bolívar a un cargo de libre nombramiento y remoción; el 4 de mayo de 2001 ingresó un asesor bogotano, provisionalmente; el 1 de agosto de 2001, también en provisionalidad, un procurador del Cesar; el 10 de diciembre, también de 2001, ingresó provisionalmente un procurador del Atlántico; el 11 de enero de 2002 a un cargo de libre nombramiento y remoción una procuradora oriunda del Valle.

Como se ve, la OCCRE no ha dado el mismo trato a los funcionarios de la Contraloría y de la Procuraduría. Mientras que a los unos les exige acreditar y probar debidamente su condición de “funcionarios nacionales” a los otros no, así la entidad donde prestan sus servicios se denomine “Procuraduría Regional”. A los primeros no los acepta por no ser de las Islas, a pesar de que su elección se realizó con base en un concurso público de méritos en el que participaron personas de las Islas, mientras que a los segundos, que se encuentran en cargos provisionalmente o en cargos de “libre nombramiento y remoción”, se les expidió su tarjeta de residencia sin ningún problema.

Es decir, mientras que a los procuradores simplemente se les adelantó un trámite con fines de registro, como lo indica la sentencia C-530 de 1993 que debe hacerse, a los contralores se les sometió a un verdadero control que concluyó en una restricción a sus derechos, carente de razonabilidad.

4.3. No presenta la OCCRE razón alguna para justificar este trato diferenciado, pese a que los accionantes y el mismo Contralor General en su escrito de coadyuvancia allegado al proceso inquirieron a la entidad acusada respecto a por qué se brindaba este trato diferencial. ¿Cuál es la finalidad buscada por la OCCRE, para tratar a los miembros de la dependencia regional de un órgano de control de una manera (Procuraduría) y a los miembros del otro organismo de control de otra?

La única razón que alega la OCCRE para no entregarles a los accionantes sus tarjetas de

residencia, es que los miembros de la Contraloría no caen bajo la categoría de aquellos servidores excluidos taxativamente por la sentencia C-530 de 1993, y en esa medida sí son objeto de control. No explica por qué se exige esto a los contralores pero no a los procuradores que se encuentran en una situación similar. La Sala de Revisión tampoco advierte alguna finalidad legítima constitucionalmente que justifique este trato diferenciado.

4.4. Adicionalmente, en ningún momento la OCCRE demostró que la llegada de los funcionarios de la Contraloría produciría, efectivamente, un daño ambiental en el Archipiélago, afectaría a la comunidad raizal, incidiría negativamente en la preservación del principio de multiculturalismo o implicaría un problema en términos de crecimiento de la población.

4.5. Así pues, en tanto que ni siquiera se satisface el primer paso del test de igualdad, es decir, no se cuenta con un fin legítimo que justifique el trato diferencial, es preciso concluir que los accionantes fueron efectivamente sometidos a un trato discriminatorio que violó sus derechos, y en consecuencia se revocará el fallo de instancia y se concederá la tutela, ordenando a la OCCRE que, si aún no lo ha hecho, expida las tarjetas de residencia de los accionantes para que éstos puedan ingresar a San Andrés, Islas, a desempeñarse en los cargos que ganaron por concurso de mérito.

5. Las autoridades públicas debe propender por la salvaguarda de las islas de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

Como se mencionó son tres los valores constitucionales que justifican las restricciones constitucionales a la libertad de locomoción (artículos 310 y 42, C.P.). El primero es un problema de sobrepoblación, que además de afectar físicamente a la isla, perjudica a sus habitantes, pues la administración no cuenta con los suficientes recursos para atender las necesidades básicas de la población. En segundo lugar se encuentra la protección al medio ambiente, como se dijo, la sobrepoblación puede afectar considerablemente el frágil ecosistema de las Islas. Y finalmente, pero no por ello menos importante, la protección a la diversidad cultural, pues buena parte de los isleños son integrantes de comunidades nativas, un grupo humano con diferencias culturales considerables respecto del resto de la población del país, y con una identidad cultural protegida por la Constitución (artículo 7, C.P.).

Según el Asesor de la Dirección de Censos y Demografía del Departamento Administrativo

Nacional de Estadística DANE, en comunicación remitida a esta Corporación el 7 de octubre de 2002 dentro del proceso de la referencia, el crecimiento de la población del Archipiélago durante la segunda mitad del siglo XX fue la siguiente,

Año	Densidad
1951	116
1964	341
1973	468
1985	732
1993	1021
1999	1168

Como se ve entre 1993 y 1999, un lapso de 6 años, el crecimiento de la población de las Islas fue de 147 personas, es decir, un promedio de 24,5 personas por año. Ahora bien, en el presente caso 9 funcionarios de la Contraloría están solicitando su permiso de residencia, es decir una cifra equivalente al 36% de lo que en promedio ha crecido anualmente la densidad poblacional de las Islas. La Contraloría General de la República debe ser consciente del impacto que produzca en las Islas las medidas que se adopten en cuanto al personal que residirá allí, impidiendo que se afecten los valores constitucionales mencionados.

Ahora bien, si el comportamiento de dichas entidades es indiferente a la protección de estos principios y valores constitucionales, y pudiese afectar de manera manifiesta, grave y evidente a la comunidad raizal, el medio ambiente o la densidad poblacional del archipiélago, la OCCRE, en aplicación del criterio de razonabilidad fijado por la jurisprudencia y reiterado en este fallo, podrá ejercer las facultades que le confieren las leyes.

Finalmente, advierte la Corte que la Constitución no impide que en los concursos que se realicen para proveer cargos públicos de órganos nacionales, y con sede en el Archipiélago, se incluyan criterios de evaluación para promover la diversidad cultural y desarrollar el régimen constitucional especial de este departamento. Sin embargo, ello no puede convertir

el concurso en cerrado ni llevar a que el mérito pase a un segundo plano. En este caso, no se está cuestionando el diseño del concurso y por eso la Corte no se detiene a analizar este asunto.

Por lo tanto, pasa la Sala de Revisión a conceder el amparo solicitado, ordenando a la entidad accionada que si aún no lo ha hecho, expida las tarjetas de residencia solicitadas por los accionantes.

III. DECISIÓN

En conclusión, constituye un trato discriminatorio que la OCCRE exija requisitos a los funcionarios de la Contraloría, que no exige a los funcionarios de la Procuraduría, para entregarles la tarjeta de residencia que les permite permanecer en San Andrés, Islas, desempeñando sus labores.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Primero.- Revocar la sentencia de mayo 7 de 2002 proferida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia dentro del proceso de la referencia, y en su lugar tutelar los derechos a la igualdad y a la libertad de circulación a Omar Alfredo Ramírez Piña, Alfredo Bettin Verbel, Gustavo Armando Castro Cárdenas, Juan Diego Marulanda Cerón, Alejandra Mejía Jaramillo, Maritza Peláez Falla, Lorena Margarita Pérez Franco, Fener Arsenio Pérez Parra y Juan Manuel Uribe Gutiérrez.

Segundo.- Ordenar a la Oficina de Control y Circulación de Residencia, OCCRE que, si no lo ha hecho aún, expida las tarjetas de residencia de los ACCIONANTES en el término de 48 horas contadas a partir de la notificación del presente fallo.

Tercero.- Librar, por medio de la Secretaría General, las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991. El fallo se comunicará también a la Contraloría General de la República, a la Procuraduría General de la Nación y a la Defensoría del Pueblo.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 El Tribunal aceptó la coadyuvancia de Alfredo Bettin Verbel, Gustavo Armando Castro Cárdenas, Juan Diego Marulanda Cerón, Alejandra Mejía Jaramillo, Maritza Peláez Falla, Lorena Margarita Pérez Franco, Fener Arsenio Pérez Parra y Juan Manuel Uribe Gutiérrez, quienes alegaban estar en la misma situación. Igualmente se aceptó la coadyuvancia de Carlos Ossa Escobar, Contralor General de la República y Heber Esquivel Benítez, Gerente Departamental de la Contraloría, San Andrés, Islas.

2 Contrato número 029 de 21 de junio de 2001.

3 El Presidente de la República de Colombia expidió este Decreto en uso de las facultades que le confirió el artículo transitorio 42 de la Constitución de 1991, previa consideración y no improbación por la Comisión Especial.

4 En la sentencia C-530/93 (M.P. Alejandro Martínez Caballero) se decidió que “(...) el alcance de esta limitación (la establecida por el Decreto 2763 de 1991) respecto de los servidores públicos nacionales que ejercen jurisdicción o autoridad política, judicial, civil, administrativa o militar, al igual que todos los integrantes de las fuerzas militares o de policía y los funcionarios del Departamento Administrativo de Seguridad DAS, que ingresen en ejercicio de sus funciones al Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, así: || Este grupo de servidores públicos del nivel nacional son ciertamente objeto de la tarjeta de residente temporal, pero con fines de registro mas no de control, de suerte que no

les son aplicables las normas relativas a el cumplimiento de los requisitos señalados en el inciso segundo del artículo 8°, ni el tiempo de duración de la tarjeta (art. 10), ni las causales de pérdida de la tarjeta (art. 11), ni tendrán que pagar por la tarjeta (art. 32).”

5 Dijo el Contralor General al respecto: “(...)el proceso de selección brindaba las mismas garantías para todos los interesados que desearan participar. Así muchos raizales atendieron la invitación al concurso, toda vez que se presentaron a éste 79 raizales, luego de verificado el estudio de requisitos fueron formalmente admitidos 57 de ellos, de los cuales, a su vez, sólo acudieron a presentar las pruebas escritas adelantadas por la Universidad Nacional 38, y realizada la calificación pertinente sólo fueron aprobados los respectivos exámenes por dos profesionales.”

6 Al respecto se mencionó el Contralor: “La OCCRE no sólo niega la tarjeta a los funcionarios sino que adicionalmente ordena que en el plazo de 10 días abandonen la isla so pena de multar a la Contraloría General de la República con 100 salarios mínimos mensuales.”

7 Cita la Ley 42 de 1993 y la Ley 610 de 2000.

8 El caso había sido resuelto en primera instancia por la Sala de decisión del Tribunal Superior de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, Islas, el 19 de julio de 2001, y en segunda instancia, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, el 6 de septiembre de 2001. Sin embargo, mediante auto de febrero 11 de 2002, la Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional decidió declarar la nulidad de todo lo actuado dentro del proceso, por no haberse vinculado al mismo a la Contraloría General de la República.

9Vid. García de Enterría, Eduardo. La lucha contra las impunidades del poder. Tercera edición. Cuadernos Civitas. Madrid, 1983. pag 63