

Sentencia T-183/17

ARCHIPIELAGO DE SAN ANDRES, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA-Medidas adoptadas por el Gobierno para controlar la densidad poblacional

Con el fin de proteger la identidad cultural de las comunidades nativas y preservar el medio ambiente y los recursos naturales del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, la Constitución Política ordenó establecer un régimen especial para el territorio

insular de la Nación (artículo 310 Superior), determinar controles a la densidad de su población, regular el uso de su suelo y someter a condiciones especiales la enajenación de los bienes inmuebles ubicados en dicho territorio. En desarrollo de esta norma, y haciendo uso de las facultades que le otorgó el artículo transitorio 42 Superior, el Presidente de la República expidió el Decreto 2762 de 1991 con el objetivo de controlar la densidad poblacional en las Islas, y posteriormente se expidió la Ley 43 de 1993.

REGIMEN DE CONTROL DE DENSIDAD POBLACIONAL EN EL DEPARTAMENTO ARCHIPIELAGO DE SAN ANDRES, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA-Reiteración de jurisprudencia

DERECHO DE RESIDENCIA EN EL DEPARTAMENTO ARCHIPIELAGO DE SAN ANDRES, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA-Jurisprudencia constitucional

DERECHO AL DEBIDO PROCESO-Concepto y alcance

DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO-Definición

La Corte se ha referido al debido proceso administrativo como: “(i) el conjunto complejo de condiciones que le impone la ley a la administración, materializado en el cumplimiento de una secuencia de actos por parte de la autoridad administrativa, (ii) que guarda relación directa o indirecta entre sí, y (iii) cuyo fin está previamente determinado de manera constitucional y legal”. Así mismo, ha precisado que con dicha 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”.

DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO-Garantías mínimas

Con el propósito de asegurar la defensa de los administrados, la jurisprudencia ha señalado, en este sentido, que el debido proceso administrativo comprende, entre otros, los derechos (i) a ser oído durante toda la actuación; (ii) a la notificación oportuna y de conformidad con la ley; (iii) a que la actuación se surta sin dilaciones injustificadas; (iv) a que se permita la participación en la actuación desde su inicio hasta su culminación; (v) a que la actuación se adelante por la autoridad competente y con el pleno respeto de las formas propias previstas en el ordenamiento jurídico; (vi) a 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.

DEBIDO PROCESO EN LOS PROCEDIMIENTOS DE POLICIA Y REGIMEN DE RESIDENCIA QUE EXISTE EN EL DEPARTAMENTO ARCHIPIELAGO DE SAN ANDRES, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA

En el escenario objeto de estudio, el Decreto 2762 de 1991 estableció la competencia para hacer cumplir las disposiciones a propósito de quienes se encuentran en situación irregular en cabeza de la OCCRE, y señaló las medidas que proceden como consecuencia de esa situación, pero no estableció procedimiento alguno para su imposición, porque dichos actos constituyen medidas policivas de cumplimiento inmediato a las que no se les aplican los mandatos relativos al procedimiento administrativo. Sin embargo, ello no obsta para que la administración proceda a la notificación del acto administrativo y conceda los recursos de vía gubernativa.

AGENCIA OFICIOSA EN TUTELA-Se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa

AGENCIA OFICIOSA EN TUTELA-Requisitos

LEGITIMACION POR ACTIVA EN TUTELA-Improcedencia por no estar acreditados los requisitos de la agencia oficiosa

DERECHO AL DEBIDO PROCESO, PETICION Y TRABAJO-Orden a OCCRE reconocer y autorizar permiso de residencia provisional a accionante y su grupo familiar

Referencia: expedientes T-5930872 y T-5952403 (acumulados)

Expediente T-5930872: Acción de tutela presentada por Anuncy Tibabijo Páez, en calidad de agente oficiosa de José Gabriel Ospino Cervante, contra el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, Oficina de Control de Circulación y Residencia (OCCRE).

Expediente T-5952403: Acción de tutela promovida por Jenny Alexandra Camacho Torres contra el Departamento Archipiélago de San Andrés y Providencia, Oficina de Control de Circulación y Residencia (OCCRE).

Magistrada Ponente:

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de marzo de dos mil diecisiete (2017)

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por la Magistrada María Victoria Calle Correa, y los Magistrados Alejandro Linares Cantillo y Luis Guillermo Guerrero Pérez, en ejercicio de sus competencias constitucionales, legales y reglamentarias, profiere la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de las siguientes decisiones judiciales:

1. El expediente con radicado T-5930872 fue conocido en única instancia por el Juzgado Primero Civil del Circuito de San Andrés Isla, que dictó sentencia el 31 de mayo de 2016 en el proceso de tutela instaurado por Anuncy Tibabijo Páez, en calidad de agente oficiosa de José Gabriel Ospino Cervante, contra el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, Oficina de Control de Circulación y Residencia (OCCRE).

Los expedientes de la referencia fueron seleccionados para revisión y acumulados por presentar unidad de materia, mediante Auto del 27 de enero de 2017, proferido por la Sala de Selección Número Uno de esta Corporación.

ANTECEDENTES

Los expedientes acumulados plantean como aspecto común la eventual afectación de los derechos fundamentales a la unidad familiar, al debido proceso, a la libre circulación y al

trabajo de los peticionarios, derivada de la orden de salida de la Isla de San Andrés (en adelante, San Andrés o SAI) de los accionantes emitida por la Oficina de Control de Circulación y Residencia del Departamento Archipiélago de San Andrés y Providencia (en adelante, la OCCRE). Sin embargo, los hechos materiales de cada caso, así como los problemas jurídicos, presentan también particularidades relevantes, por lo que la Sala adelantará la exposición de acuerdo con el siguiente esquema:

Primero, narrará los antecedentes fácticos y jurídicos de cada caso, incluidas las intervenciones de las partes accionadas y las decisiones adoptadas por los jueces constitucionales de instancia; segundo, definirá cada uno de los problemas jurídicos a tratar; tercero, presentará los fundamentos jurídicos, comunes a ambos casos, sobre el control poblacional en el Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina; y, cuarto, analizará cada uno de los casos concretos.

1. Expediente T-5930872. Anuncy Tibabijo Páez, en calidad de agente oficiosa de José Gabriel Ospino Cervante, contra la OCCRE.

1.1 Antecedentes fácticos y jurídicos de la demanda.

1.1.1 La señora Anuncy Tibabijo Páez anuncia que actúa como agente oficiosa en defensa de los derechos del señor José Gabriel Ospino Cervante y quien fue expulsado del Archipiélago por la autoridad accionada. (En adelante, además de los nombres propios, la Sala utilizará las expresiones “la agente” y “el agenciado” para referirse a cada uno de ellos).

1.1.2. La señora Anuncy Tibabijo Páez presentó acción de tutela el 19 de mayo de 2016 en defensa de los derechos fundamentales del señor José Gabriel Ospino Cervante, retirado de

la Isla de San Andrés y sancionado por la OCCRE con multa de tres salarios mínimos y la prohibición de ingresar a la Isla durante los próximos diez años, a través del auto 117 de 10 de mayo de 2016.

1.1.3. La agente indica que nació en San Andrés el 19 de mayo de 1975 y que tiene dos hijas con el señor José Gabriel Ospino Cervante (el agenciado), a quien en algunas ocasiones se refiere como su compañero y en otras como su esposo; señala que sus dos hijas son mayores de edad, nacieron en San Andrés y precisa que la menor de ellas padece de lupus. Añade que el agenciado está a cargo del sustento de la familia y afirma que tiene derecho a residir en la Isla.

1.1.4. Manifiesta que desde que se creó la OCCRE, en 1992, el agenciado presentó su documentación (aunque la accionante no lo dice, se infiere que con el fin de obtener su residencia), pero que la Oficina nunca dio razón “de nada”, pues en esa Dependencia “se pierde todo”.

1.1.5. En esta oportunidad, sin embargo, el señor José Gabriel Ospino no llegó con la intención de radicarse en la Isla, sino para colaborar en el hogar, debido a que la agente oficiosa tenía programada una cirugía. En efecto, el agenciado no pretendía quedarse en el Archipiélago, pues en su oficio de albañil tiene trabajos pendientes en la zona continental. En tal sentido, indica, tenía su tiquete de regreso para el 26 de mayo (de 2016), asunto que fue informado al Director de la OCCRE, quien “no oye razones” en su afán por desocupar la Isla.

1.1.6. Expone que, el día en que su esposo fue retenido por funcionarios de la OCCRE, sólo estaba acompañando al trabajo a un familiar porque estaba aburrido de permanecer en casa. Pero, enfatiza, no se hallaba trabajando, como lo consideró la autoridad mencionada, previa su expulsión de la Isla.

Agrega que el citado funcionario dictó un acto administrativo con base en normas que fueron declaradas nulas “por la Justicia” (sic), como la Ordenanza 19 de 2010 o el Acuerdo 01 de 2010, ambos anulados por el Tribunal Administrativo de San Andrés:

“el director de la OCCRE con el afán de desocupar esta isla, comete tantos errores que cometió uno gravísimo y solicito por este medio, que se anulado (sic), este auto, puesto que, se basó en normas que están fuera del ordenamiento jurídico como son la ordenanza 19 de 2010 (...), que fue anulada mediante sentencia proferida por el tribunal Contencioso Administrativo de San Andrés, Isla, el pasado 14 de diciembre de 2015, y el acuerdo 01 de 2010 también fue anulado por el mismo tribunal, en sentencia del 25 de junio del mismo año, por lo tanto este acto administrativo carece de valides (sic)”. En consecuencia, añade, el director de la OCCRE cometió prevaricato por acción al emitir actos administrativos contrarios a la ley, por lo que solicita que se remitan copias a la Fiscalía General de la Nación para que se pronuncie sobre la configuración de responsabilidad penal.

1.1.7. Posteriormente, la agente incorpora amplias transcripciones de sentencias de la Corte Constitucional, relacionadas con (i) el prevaricato por parte de funcionarios públicos, (ii) el debido proceso administrativo y (iii) la unidad familiar.

1.1.8. La agente aportó al trámite (i) su historia clínica, donde consta el procedimiento que debe realizarse; (ii) el registro civil de las hijas; (iii) constancia de que su hija menor padece de lupus (iii) las sentencias que declararon la nulidad de la Ordenanza 019 de 2010 y del acuerdo 001 de 2010; (iv) el Auto 117 de 10 de Mayo de 2016, de la OCCRE; (v) “carta donde mi esposo regresaba el 26 de mayo”; (vi) fotocopias de las cédulas de la señora Anuncy Tibabijo y el Señor José Gabriel Ospino Cervante.

El 19 de mayo de 2016, Anuncy Tibabijo Páez, en calidad de agente oficiosa de José Gabriel Ospino Cervante, presentó acción de tutela contra la OCCRE y el 20 de mayo de 2016, el Juez Primero Civil del Circuito de San Andrés admitió la demanda y ordenó notificar al Gobernador del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, pues la OCCRE carece de personería jurídica.

1.2. Intervenciones

1.2.1. Gobernación del Departamento de San Andrés y Providencia.

La autoridad departamental presentó escrito en el que solicitó negar el amparo. Señaló que (i) el Señor José Gabriel Ospino Cervante no podía estar en 1992 en el Archipiélago, pues, de conformidad con el registro civil de nacimiento de una de sus hijas, Anyi Esther Ospino Tibabijo, esta nació el 27 de abril de 1992 y fue registrada en Campo de la Cruz (Atlántico); sostuvo que no es posible, en el caso concreto, aplicar el literal a del artículo 3º del Decreto 2762 de 1991, para sostener que el agenciado ha adquirido el derecho de residencia permanente en el Archipiélago, pues (ii.1) según la agente, él no vino para quedarse, sino para colaborar por unos días; (ii.2.) de acuerdo con la información migratoria, la agente y el agenciado no residen juntos en el Departamento; (ii.3) el agenciado no manifestó que su esposa e hijas vivieran en el archipiélago, sino que “llegó a visitar a su familia, unos primos y tíos que tiene aquí”, al tiempo que manifestó que se hallaba trabajando en la obra por la avenida 20 de julio, diagonal a la Iglesia Adventista, “donde trabaja un amigo que viene siendo sobrino de una mujer con la que vivía en el campo de la Cruz”.

Según la Gobernación, de la versión libre citada se concluye que el afectado ya no convive con la Agente y que la mujer a la que se refiere, con quien vivía en el municipio Campo de la Cruz “viene siendo la accionante” (sic), por lo que no existe prueba alguna de violación a los derechos al núcleo familiar, debido proceso y dignidad humana y, en cambio, queda

demostrado que la OCCRE respetó los derechos del señor Ospino Cervante y efectuó los procedimientos pertinentes antes de proceder a su embarque.

Por otra parte, indica, la acción de tutela no es el mecanismo judicial idóneo y adecuado para solicitar la nulidad de un acto administrativo; es decir, la acción no cumple el requisito de subsidiariedad.

1.3. Decisión de única instancia

El Juzgado Primero Civil del Circuito de San Andrés, en sentencia del 31 de mayo de 2016, declaró improcedente la acción de tutela, por incumplimiento del requisito de subsidiariedad; en su concepto, la accionante contaba con otros recursos para cuestionar la validez del acto administrativo y, según su propia manifestación, ya hizo uso de esos mecanismos (se refiere a los recursos de la vía administrativa).

La sentencia no fue impugnada.

A continuación, la Sala presenta los antecedentes del segundo proceso acumulado.

2. Expediente T-5952403. Jenny Alexandra Camacho Torres contra el Departamento Archipiélago de San Andrés y Providencia y la OCCRE.

2.1. Antecedentes fácticos y jurídicos de la demanda.

2.1.1. La ciudadana Jenny Alexandra Camacho Torres presentó acción de tutela contra la OCCRE porque considera que esa autoridad violó sus derechos fundamentales al debido proceso, al trabajo, la libre circulación, la unidad familiar y la salud, al imponerle la sanción de abandonar la Isla y sancionarla con multa de diez (10) salarios mínimos mensuales vigentes, sin tomar en consideración su condición de funcionaria con autoridad civil en la Isla, como Directora Seccional de la DIAN.

2.1.2. La peticionaria afirma que el 22 de enero de 2016, el Ministerio de Defensa Nacional la designó, mediante Resolución Ministerial 0429, en comisión administrativa permanente en la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) de San Andrés.

2.1.3. El 30 de marzo de 2016 fue nombrada como Directora Seccional de Impuestos y Aduanas Nacionales de San Andrés, mediante Resolución N° 002315 del Director Nacional de la DIAN y, el 4 de abril de 2016, se llevó a cabo su posesión en la ciudad de Bogotá.

2.1.4. La accionante ingresó a San Andrés, con el fin de ejercer el cargo para el que fue designada en compañía de su familia, es decir, sus dos hijas de seis años y seis meses de edad, y su madre, quien le ayudaría con el cuidado de las menores. Explica que no llevó a cabo, por su cuenta, el proceso de solicitud de la tarjeta de residencia, pero señala que, al ingresar a la Isla de San Andrés, quiso entregar copias del acto administrativo que la designó en comisión como Directora Seccional de la DIAN a los funcionarios de la OCCRE, en el Aeropuerto Gustavo Rojas Pinilla, y estos se negaron a recibir el documento.

2.1.5. El trámite de la tarjeta de control de circulación y residencia para la accionante y su

familia, en donde se menciona que su lugar de trabajo es la DIAN de San Andrés, fue solicitado mediante los oficios números 014-CBN4-JSEPER del 11 de abril de 2016, 019-CBN4-JSEPER del 2 de mayo de 2016 y 020-CBN4-JSEPER del 4 de mayo de 2016, suscritos por el Jefe Seccional de Personal de la Base Naval ARC “San Andrés”.

2.1.6. El 25 de abril de 2016, la OCCRE le informó a la peticionaria que, mediante Auto N° 092 del 21 de abril de 2016, había iniciado una investigación previa en su contra, a raíz de diversas quejas presentadas por la comunidad, en las que se denunciaba su presencia irregular en la Isla.

2.1.7. El 21 de mayo de 2016, la misma autoridad expidió las tarjetas de residentes temporales de su hija Jenny Alexandra Camacho Torres (número 235557), su esposo Juan Manuel Castro Amador (número 335559) y su madre Mariana Castro Camacho (número 335568).

2.1.8. El 31 de mayo de 2016, la OCCRE recibió versión libre a la peticionaria, quien, además de responder algunas preguntas y explicar las razones de su presencia en la Isla, incorporó al expediente el acta de posesión, la resolución de nombramiento en comisión por parte del Ministerio de Defensa y sus alegatos. Además, solicitó copias de la denuncia por la cual se le estaba investigando.

2.1.9. El 1° de julio de 2016, la accionante fue notificada de la Resolución 002446 del 29 de junio de 2016, por la cual la OCCRE decidió negar la expedición de las copias solicitadas, imponer una sanción económica en su contra y ordenar su retiro inmediato de la Isla.

2.1.10. El 5 de julio de 2016, solicitó copia del expediente y, según indica, el 6 de julio le

hicieron entrega sólo de una parte del mismo; el 7 de julio la OCCRE le envió un documento en donde manifestó dejar constancia de que se le entregaron 17 folios, pero ella se negó a firmar, considerando que esa información no correspondía a la realidad.

2.1.11. El 8 de julio de 2016, mediante apoderada, interpuso recurso de apelación contra la Resolución 002446 del 29 de junio de 2016. En este afirmó que (i) la decisión tomada por la OCCRE desconoció su derecho fundamental al debido proceso administrativo, (ii) en aplicación del principio pro homine debía acogerse la interpretación más favorable para el análisis de su situación, y tomar en cuenta que contaba con tarjeta de residente temporal, expedida por la OCCRE; y (iii) se configuró una vulneración de su derecho al trabajo, pues no se le permitió la prestación de sus servicios a la DIAN, en el cargo para el que fue designada.

2.1.12. El 13 de julio de 2016, presentó escrito adicional, en el que reiteró algunos de los argumentos presentados por su apoderada el 8 de julio de 2016 y señaló, además, que en lo relacionado con el idioma, la OCCRE se fundó en una norma de carácter general, y no en el artículo 45 de la Ley 47 de 1993, que es el que regula de manera específica lo relacionado con los servidores públicos: “es claro que en lo atinente a exigir el idioma ingles (sic) a un funcionario directivo del orden nacional como es la DIAN, que no tiene la función de atender el público, tal y como se puede vislumbrar en las funciones del cargo, violenta directamente las normas especializadas para el tema en la isla de San Andrés”.

2.1.13. El 12 de julio de 2016 presentó acción de tutela ante el Tribunal Superior de Bogotá, por considerar que fueron vulnerados sus derechos fundamentales al trabajo, al debido proceso, a la igualdad, a la libre circulación, a la unidad familiar y a la salud, como consecuencia de la decisión de la OCCRE de imponerle la sanción de abandonar la isla de forma inmediata, a pesar de su condición de funcionaria de la DIAN con autoridad civil en la Isla.

2.1.14. Además, señaló que el desconocimiento de su derecho fundamental al debido

proceso también tuvo lugar por la negativa para conocer la totalidad del expediente; afirmó que la OCCRE desconoció el precedente establecido en las sentencias C-530 de 1993 y T-1117 de 2002, en las que se establecieron los parámetros a los que “deben ceñirse los servidores públicos que ejercen cargos dentro de entidades del Orden Nacional en el Archipiélago de San Andrés”, así como la sentencia de tutela dictada el 13 de noviembre de 2013 (radicado N° 50438, MP Luis Gabriel Miranda Buelvas), de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la que se aplicó el precedente sentado en la sentencia C-530 de 1993.

Insistió en que (i) a las autoridades del orden nacional, que están en ejercicio de sus funciones, no les resulta aplicable el “régimen exceptivo”, por lo que no deben solicitar tarjeta de residencia, de acuerdo con los decretos 2782 de 1991, 2171 de 2001 y la sentencia C-530 de 1993; (ii) la OCCRE interpretó incorrectamente el artículo 42 de la Ley 47 de 1993, disposición que establece los idiomas oficiales en la Isla, pues la norma aplicable en su caso, en virtud a su condición de funcionaria y por el criterio hermenéutico de especialidad, era el 45 de la misma ley, relativo únicamente a la exigencia del Inglés para los funcionarios que deban atender directamente al público; agregó que la OCCRE (iii) violó su derecho a la igualdad pues a otros funcionarios que ejercieron el cargo de Director Seccional de la DIAN no se les exigieron tales requisitos, como tampoco ocurre con los que laboran en la Fiscalía y la Procuraduría General de la Nación; (iv) trasgredió su derecho a la libre locomoción, pues la accionada incurrió en una decisión arbitraria, que no le permite estar en la Isla, pese a reunir los requisitos legales y constitucionales para hacerlo; (v) desconoció su derecho al trabajo, pues no se le permitió el ejercicio de las funciones encomendadas, hecho que, además, afectó la función pública; (vi) lesionó su derecho a la salud por la afectación emocional derivada de la situación descrita; y finalmente, (vii) vulneró el derecho a la educación de su hija mayor, de 7 años, quien se encontraba estudiando en el Liceo del Caribe, por lo que se vio obligada a retirarla inmediatamente del Plantel Educativo.

2.1.15. En ese contexto, solicitó que se declare la medida cautelar de suspensión inmediata de la sanción prevista en la Resolución OCCRE 002446 del 29 de junio de 2016, en tanto que,

como pretensión de amparo requiere que el juez de tutela le ordene a la OCCRE, Gobernación del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina que, en un término de 48 horas, permita el goce del derecho al trabajo. Además, solicitó que se ordenen las investigaciones del caso por extralimitación de OCCRE, al omitir aplicar el régimen exceptivo previsto en la sentencia C-530 de 1993.

2.2. Discusión acerca de la competencia para decidir esta acción de tutela, en primera instancia.

La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá remitió, mediante auto del 13 de julio de 2016, el expediente a los juzgados del Circuito de San Andrés, y el 26 de julio de 2016, el Juzgado Primero (1º) Promiscuo de Familia de San Andrés decidió (i) admitir la tutela, (ii) vincular la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales y (iii) negar la medida provisional solicitada. El 28 de julio de 2016, la accionante solicitó al Juzgado mencionado declararse incompetente para conocer la acción de tutela, pues el Tribunal desconoció su competencia a prevención, así como los criterios establecidos por la Corte Constitucional en el Auto 002 de 2015. El Juzgado no accedió a esta solicitud.

2.3. Intervenciones

2.3.1. De la Gobernación de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

La Gobernación del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina señaló que, si bien la Armada Nacional solicitó expedición de la tarjeta de residencia para la peticionaria, “en ningún momento radicó permiso para laborar en el Cargo de DIRECTORA REGIONAL DE LA DIAN CON SEDE EN SAN ANDRÉS”, de manera que “lo que se censuró con la

Resolución No. 002446 del 29 de junio de 2016, no fue el cargo que ocupa la Sra. JENNY CAMACHO TORRES, como funcionaria pública perteneciente a las fuerzas militares, sino el que ocupa en calidad de DIRECTORA REGIONAL DE LA DIAN CON SEDE EN SAN ANDRÉS , ISLA, frente al cual sí debía dar cumplimiento a los requisitos contenido (sic) en las normas especiales que sobre control poblacional rigen para este territorio insular, los cuales no se cumplieron, en consecuencia no existe vulneración alguna al debido proceso”.

Añade que no existe prueba sobre una presunta violación al derecho a la igualdad, pues la accionante no aportó elemento de convicción alguno para demostrar que hubo nombramientos previos en el mismo cargo que hayan recaído sobre funcionarios que no residen en las Islas; no hay afrenta al derecho al trabajo porque la afectada es miembro de la Armada Nacional, donde tiene el rango de Capitana de Corbeta; no se configuró violación alguna al derecho a la unidad familiar, pues “la suerte que le ocurra a ella, es la misma que de manera consecencial correrá su núcleo familiar, estando la accionante lo suficientemente acostumbrada a ello, toda vez que es miembro de la Armada Nacional”.

Por último, afirmó que la acción de tutela interpuesta debe ser declarada improcedente, por cuanto se está decidiendo el recurso de apelación interpuesto contra la Resolución 002446 del 29 de junio de 2016.

2.3.2. Intervención del Ministerio Público.

Paula Andrea Ramírez Barbosa, en calidad de Procurador 85 Judicial II Penal de San Andrés, solicitó ser tenida como representante del Ministerio Público en el proceso de acción de tutela. El Juzgado Promiscuo de Familia de San Andrés accedió a su solicitud.

En escrito allegado al despacho el 8 de agosto de 2016, la Procuradora afirmó que (i) el expediente debe remitirse al Tribunal Superior del Distrito Judicial del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, por cuanto en el proceso están involucradas entidades de orden nacional; y, (ii) debe vincularse a la Gobernación del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, al Ministerio de Defensa Nacional, por haber expedido la Resolución 0429 del 22 de enero de 2016; y, a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN-, que profirió la Resolución N° 002315 del 30 de marzo de 2016.

2.4. Sentencia de primera instancia, anulación e intervención de la Armada Nacional.

El 9 de agosto de 2016, el Juzgado Primero Promiscuo de Familia de San Andrés dictó sentencia de primera instancia, en la que decidió negar la protección de los derechos a la salud, al debido proceso, al trabajo, a la libre circulación y a la unidad familiar de la peticionaria, y, en cambio, tutelar su derecho a presentar solicitudes respetuosas y obtener respuesta. Posteriormente se presentaron un conjunto de impugnaciones que, sin embargo, no fueron resueltas, porque la decisión fue anulada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, por indebida integración del contradictorio (Auto de 24 de agosto de 2016).

En consecuencia, el despacho judicial procedió a vincular al Ministerio de Defensa Nacional (Comando General Fuerzas Militares, Base Naval ARC). El 1 de septiembre de 2016, dicha entidad sostuvo que los miembros del Ejército Nacional se rigen por las normas de carrera contenidas en el Decreto 1790 de 2000, conforme con las que pueden “ser nombrados en comisión para apoyar a entidades adscritas o vinculadas al Ministerio de Defensa o en otras entidades sin que ello implique la pérdida de la calidad militar”.

2.4.1. Sentencia del juez de primera instancia

El 19 de septiembre de 2016, el Juzgado Primero Promiscuo de Familia de San Andrés decidió (i) tutelar los derechos fundamentales de la accionante y, en consecuencia, (ii) ordenar a la OCCRE suspender, en un término de 48 horas, la sanción impuesta mediante la Resolución 002446 del 29 de junio de 2016 y otorgar a la peticionaria tarjeta de residencia provisional para ocupar el cargo de Directora Seccional de la DIAN, en el que fue nombrada.

Con respecto al requisito de subsidiariedad, señaló que si bien existen otros mecanismos judiciales, estos no son expeditos para evitar la configuración de un perjuicio irremediable. Finalmente, (iii) instó a la DIAN “para que proceda a verificar con antelación al nombramiento de sus funcionarios para ocupar cargos en la isla, el cumplimiento de los requisitos conforme a la legislación especial que existe sobre el territorio insular”

2.4.2. Impugnación

2.4.2.1. De la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

La DIAN impugnó el numeral tercero de la decisión. Consideró contradictorio que en las consideraciones se afirmara que los funcionarios de la DIAN son destinatarios del régimen de excepción al que hizo referencia la Corte Constitucional en la sentencia C-530 de 1993, pero que en el numeral tercero (3º) de la decisión se sostenga que “se instruye y ordena a la DIAN para que con antelación al nombramiento verifique los requisitos, y en la oportunidad indicada por el censor de instancia”.

2.4.2.2. De la Gobernación de San Andrés, Providencia y Santa Catalina

La Gobernación Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina afirmó, en primer lugar, que no se configura un perjuicio irremediable, por cuanto no hay una afectación a la función pública del Estado, la que no radica en cabeza de la accionante, pues como ya se hizo, es posible nombrar a otro funcionario como Director Seccional de la Entidad, siempre que cumpla con los requisitos de ley. En consecuencia, la acción de tutela debió declararse improcedente.

En segundo lugar, señaló que no hay afectación a la estabilidad familiar ni al derecho a la educación, pues la actora, dada su pertenencia previa a las fuerzas militares, ha sido sometida en diversas ocasiones a traslados por todo el territorio nacional. Indicó que la declaratoria de situación irregular en la isla no afecta, de manera alguna, su estabilidad laboral, por cuanto continúa siendo miembro activo de las Fuerza militares. Finalmente, manifestó que no se vulneró su derecho fundamental al debido proceso, pues a la actora se le brindaron todas las garantías para cuestionar la validez de la decisión adoptada.

El 18 de octubre de 2016, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Andrés, Providencia y Santa Catalina revocó la decisión del a quo por estimar que la acción de tutela es improcedente, por no cumplir con el requisito de subsidiariedad.

Lo anterior por cuanto se encuentra pendiente por resolver el recurso de apelación interpuesto el 8 de julio de 2016, que fue adicionado el 13 del mismo mes. Al respecto sostuvo: “no le es dable a la actora acudir a este mecanismo excepcional por no encontrarse agotados los mecanismos de defensa de la vía ordinaria”. Sostuvo que no se evidenció una afectación a la unidad familiar, por cuanto ante una eventual expulsión, su familia correría la misma suerte. Adicionalmente, señaló que el precedente fijado en la sentencia T-214 de 2014 no es aplicable por “disanalogía” (diferencia fáctica).

1.6. Breve relación de las pruebas aportadas por la accionante

Se aportaron como pruebas al trámite de la tutela fotocopias de los siguientes documentos:

(i) Resolución Ministerial 0429 del 22 de enero de 2016, (ii) Resolución N° 002315 de la DIAN del 30 de marzo de 2016, (iii) acta de posesión en la ciudad de Bogotá el día 4 de abril de 2016, (iv) Oficio 014-CBN4-JSEPER del 11 de abril de 2016, (v) Oficio 019-CBN4-JSEOER del 2 de mayo de 2016, (vi) Oficio 020-CBN4-JSEPER del 4 de mayo de 2016, (vii) Auto 092 del 21 de abril de 2016, (viii) versión libre ante la OCCRE, (ix) Resolución OCCRE 002446 del 29 de junio de 2016, (x) Derecho de petición del 5 de julio de 2016, (xi) grabación celular.

. CONSIDERACIONES

Competencia

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional es competente para revisar los fallos de tutela proferidos dentro del trámite de la referencia, con fundamento en lo dispuesto en el inciso 3º del artículo 86 y el numeral 9º del artículo 241 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991.

3. Presentación de los casos y problemas jurídicos planteados.

3.1. Expediente T-5930872

En este trámite la OCCRE decidió expulsar de la Isla e imponer sanciones de multa y

prohibición de ingreso al Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina al señor José Gabriel Ospino Cervante, considerando que, con posterioridad a su ingreso a la Isla, que tuvo lugar el 24 de abril de 2016, fue sorprendido trabajando, y conducido a la Oficina de Control de Residencia, trámite que culminó con la decisión de expulsarlo de la Isla, mediante auto 117 de 10 de mayo de 2016.

La señora Anuncy Tibabijo presentó la acción de tutela como agente oficiosa del afectado. Señaló que el perjudicado con la actuación de la OCCRE es su esposo (o compañero permanente), con quien tiene dos hijas mayores de edad, una de las cuales padece de lupus, y que, si bien el actor cumple con los requisitos para obtener la residencia y presentó papeles a la OCCRE desde 1992, en esta oportunidad ingresó a la Isla únicamente para ayudarle unos días en el hogar, mientras ella se sometía a un procedimiento quirúrgico. Añadió que el señor Ospino Cervante entró con su tiquete de salida y no se hallaba trabajando, sino acompañando a algunos familiares para no aburrirse en casa, cuando fue retenido por la OCCRE.

La autoridad accionada, a su turno, indica que el señor Ospino Cervante sí se hallaba trabajando, pues así lo reconoció en diligencia de versión libre, y que la decisión de expulsarlo es de naturaleza policiva, opera de forma inmediata y no está sometida a un procedimiento como el que reclama su agente oficiosa. Manifiesta que no existe prueba alguna de que el actor cumpla con los requisitos para acceder a la residencia, al tiempo que denuncia una serie de contradicciones entre los hechos narrados por la agente, en sede de tutela, y los presentados por el agenciado, ante la OCCRE.

Así las cosas, en el expediente T-5930872, corresponde a la Sala Primera de Revisión determinar si la OCCRE desconoció los derechos fundamentales al debido proceso, petición, trabajo y unidad familiar del señor José Gabriel Ospino Cervante, al ordenar su retiro inmediato de la Isla, imponerle multa de 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes y prohibir su entrada en los próximos diez años, por hallarse trabajando irregularmente en la

Isla, considerando (i) que la señora Anuncy Tibabijo actúa como su agente oficiosa y afirma que el agenciado es su esposo o compañero permanente; que el peticionario tiene derecho a la residencia, y que fue únicamente de forma temporal a la Isla, en tanto que (ii) la OCCRE afirma que se hallaba trabajando sin permiso, que no cumple ningún requisito de residencia, y que no existe prueba alguna de convivencia con la accionante.

3.2. Expediente T-5952403.

La señora Jenny Alexandra Camacho, Capitana de Corbeta de la Armada Nacional, quien fue designada como Directora Seccional de la DIAN en la Isla, por el Director Nacional de la misma entidad, presentó acción de tutela en nombre propio, dentro de este asunto.

Indica que la Armada Nacional gestionó en primer lugar su tarjeta de entrada a la Isla y, posteriormente, las de los distintos miembros de su familia y que, en estos trámites, la Armada informó su condición de Oficial y el hecho de que se dirigía a trabajar en la Dirección de Aduanas e Impuestos Nacionales.

Explica que, en dos ocasiones ingresó a la Isla para efectos de adelantar las tareas de empalme con el anterior Director y que, finalmente, una vez fue designada por el Director de la DIAN, en marzo de 2016, se dirigió a la Isla para el ejercicio del Cargo.

Poco después, fue llamada por la OCCRE a rendir diligencia de versión libre pues, de acuerdo con diversas denuncias de la comunidad, se hallaba en situación irregular en la Isla. La Funcionaria le explicó a la autoridad de control de circulación y residencia que la Armada había tramitado sus permisos; y que actualmente se desempeñaba como Directora Seccional de la DIAN, una entidad del orden nacional, con autoridad civil en la Isla, y exenta de cumplir los requisitos especiales de residencia y trabajo en el Archipiélago; añadió que el cargo que ocupa no es de carrera, sino de libre nombramiento y remoción, que cumple con todos los

requisitos legales para ejercerlo y que, en cualquier caso, domina el idioma inglés.

En esa oportunidad, la peticionaria solicitó copias de las denuncias por las que, supuestamente, se inició la investigación, solicitud que fue respondida negativamente por la OCCRE. Posteriormente, indica, tuvo acceso parcial al expediente.

Por su parte, la OCCRE manifiesta que la peticionaria sí se hallaba en situación irregular. En efecto, ella ingresó a la Isla con permiso tramitado por la Armada Nacional, pero nunca la DIAN o la Armada le informaron a las autoridades del archipiélago sobre su ingreso como Directora de la Seccional de esa autoridad; señala que la peticionaria incurre en diversas interpretaciones erróneas acerca de las normas aplicables en su situación, pues, primero, no ingresa como funcionaria del orden nacional en ejercicio de sus funciones, sino que lo hizo para ejercer como funcionaria del orden departamental, como consta en la resolución de nombramiento respectiva; añade que no es cierto que no deba atender al público, pues está vinculada por la Constitución para responder las solicitudes que presenten los ciudadanos, y por el modo en que las presenten; indica que no basta con que ella exprese que tiene un nivel alto del idioma inglés, hecho que no acreditó de modo alguno, pues, además, debe hablar el inglés comúnmente hablado por los nativos de la Isla, es decir, el creole.

La Gobernación de San Andrés indica que en este caso no se percibe violación al derecho a la unidad familiar, pues la accionante saldrá de la Isla con su familia; al trabajo, debido a que ella continúa siendo una alta oficial de la Armada Nacional; o al debido proceso, porque la OCCRE adoptó su decisión con base en las normas legales pertinentes; a la igualdad, si se tiene en cuenta que la actora no aporta una sola prueba sobre la posible existencia de un trato desigual frente a otros ciudadanos que se hallaren en la Isla en la misma condición que ella.

En ese contexto, corresponde a la Sala Primera de Revisión determinar (i) si la OCCRE violó el

debido proceso de la accionante en el trámite iniciado en su contra a partir de denuncias de la comunidad raizal sobre su presencia irregular en la Isla, por no permitirle acceder a tales quejas o a copia integral del expediente, con el fin de ejercer su derecho a la defensa; y (ii) si las decisiones adoptadas en ese procedimiento, que comprenden la expulsión de la isla y la imposición de multa por 10 salarios mínimos, violan sus derechos fundamentales al debido proceso, pues se basan en una interpretación errónea, una indebida aplicación de las normas legales que regulan su caso, y un desconocimiento del precedente constitucional, establecido en las sentencias C-530 de 1993 y T-1117 de 2002.

A continuación, la Sala expondrá los fundamentos comunes a ambos casos relacionados con (i) el principio de subsidiariedad de la acción de tutela; (ii) el régimen de control poblacional, de residencia y circulación del Archipiélago de San Andrés y Providencia; y (iii) el alcance del debido proceso constitucional en estas actuaciones.

4. Principio de subsidiariedad en la acción de tutela. Reiteración de jurisprudencia

De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela como un mecanismo judicial de carácter preferente y sumario, diseñado para la protección inmediata de los derechos fundamentales, cuando éstos se vean amenazados o vulnerados por parte de cualquier autoridad pública o excepcionalmente de particulares; respecto de lo cual la Corte ha señalado dos excepciones en las que se admite acudir a esta acción, a saber: (i) cuando se interpone como mecanismo principal, y (ii) cuando se acude a su ejercicio como herramienta transitoria.

Tanto la idoneidad como la eficacia del medio judicial deben ser estudiadas en el marco del caso concreto, es decir, en atención a la relevancia o las dimensiones constitucionales del

asunto y las condiciones personales del afecto. La primera (idoneidad) se refiere a la capacidad del mecanismo judicial ordinario para lograr la solución del problema jurídico planteado, especialmente, de sus aristas constitucionales; la segunda (eficacia) hace referencia a la oportunidad e integralidad del amparo. Al igual que cuando no existe un mecanismo ordinario, cuando este existe, pero no satisface tales condiciones, la tutela procede como mecanismo definitivo.

Finalmente, la acción de tutela procede como medio transitorio cuando, frente a la existencia de mecanismos ordinarios disponibles, resulte imperioso evitar la consumación de un perjuicio irremediable, cuya configuración exige la prueba siguiera sumaria de su inminencia, urgencia, gravedad, así como la consecuente necesidad de acudir a este medio constitucional como fórmula de protección impostergable.

El perjuicio irremediable ha sido definido por la Corte como un daño a un bien que se deteriora irreversiblemente hasta el punto en que ya no puede ser recuperado en su integridad. La tutela como mecanismo transitorio opera cuando existe un peligro de que ocurra una lesión iusfundamental que sea (i) inminente, (ii) grave, (iii) requiera medidas urgentes para su supresión, y (iv) demande la intervención del juez de tutela de forma impostergable.

En estos casos, como puede verse, el juez de tutela preserva la competencia del juez ordinario, de manera que su decisión opera como un remedio temporal. Por ese motivo sus efectos se extienden únicamente hasta que se produzca la sentencia definitiva en el cauce procesal pertinente, siempre que la persona acuda al medio ordinario dentro del término razonable que disponga el juez constitucional.

Una evaluación del cumplimiento del principio de subsidiariedad ayuda a preservar la naturaleza de la acción de tutela, pues (i) evita el desplazamiento innecesario de los

mecanismos ordinarios de defensa judicial, espacios naturales para invocar la protección de la mayoría de los derechos fundamentales y (ii) garantiza que la tutela opere cuando, en una circunstancia específica, se requiere suplir las deficiencias que presenta el orden jurídico para la protección de tales derechos a la luz de un caso concreto, es decir, mantiene su eficacia, que es un fin esencial del orden constitucional.

Por último, con fundamento en la jurisprudencia constitucional, las ritualidades procesales deben ser aplicadas de forma amplia (es decir, con menor rigor) cuando la persona que acude a la acción se encuentra en condición de vulnerabilidad, debilidad manifiesta o hace parte de un grupo de especial protección constitucional (T-589 de 2011; T-1306 de 2001), en virtud de los principio de igualdad material y cargas soportables.

5. El régimen de control de densidad poblacional en el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina – Reiteración de jurisprudencia

5.1. Con el fin de proteger la identidad cultural de las comunidades nativas y preservar el medio ambiente y los recursos naturales del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, la Constitución Política ordenó establecer un régimen especial para el territorio insular de la Nación (artículo 310 Superior), determinar controles a la densidad de su población, regular el uso de su suelo y someter a condiciones especiales la enajenación de los bienes inmuebles ubicados en dicho territorio. En desarrollo de esta norma, y haciendo uso de las facultades que le otorgó el artículo transitorio 42 Superior, el Presidente de la República expidió el Decreto 2762 de 1991 con el objetivo de controlar la densidad poblacional en las Islas, y posteriormente se expidió la Ley 43 de 1993.

Estas normas suponen ciertas restricciones en el ejercicio de diversos derechos fundamentales, razón por la cual se consideran un régimen excepcional, que se explica exclusivamente en tanto condición de supervivencia de las islas que componen el Departamento archipiélago, la protección del ambiente y defensa de la autonomía y

diversidad cultural de la población raizal.

5.2. En ese sentido, mediante la sentencia C-530 de 1993, la Corte Constitucional consideró que las limitaciones que impuso el Decreto 2762 de 1991 para ingresar, circular, residir, trabajar, elegir y ser elegido obedecían a una finalidad constitucional y eran necesarias, adecuadas y proporcionales dado que, para mil novecientos noventa y uno (1991), el archipiélago había sufrido un acelerado y perjudicial incremento poblacional.

Para ese entonces, explicó la Corte Constitucional, San Andrés era la Isla del Caribe con mayor cantidad de personas por kilómetro cuadrado (57.023 habitantes en 27 km²). Debido a esto, estaba en riesgo su frágil ecosistema, le era imposible al gobierno local conseguir los recursos necesarios para satisfacer las necesidades de toda la población, la supervivencia de sus habitantes no estaba plenamente garantizada y la preservación de las diferencias y la identidad cultural de los raizales era cada vez más difícil.

5.3. Estos riesgos y la consecuente constitucionalidad y necesidad de las limitaciones previstas en el Decreto 2762 de 1991, se encuentran hoy vigentes. Según el Censo Nacional de dos mil cinco (2005) y los indicadores demográficos de población del Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE), la población del archipiélago era de cincuenta y nueve mil quinientas setenta y tres (59.573) personas en el dos mil cinco (2005) y, para el treinta (30) de junio de dos mil diecisiete (2017), se espera que ascienda a setenta y siete mil setecientos cincuenta y nueve (77.759) personas, situación que pone de presente cómo la sobrepoblación y sus problemas asociados siguen existiendo a pesar de los esfuerzos que ha emprendido el Gobierno Nacional y el Gobierno Local para reducirla.

5.4. Además, en la sentencia C-086 de 1994 la Corporación adelantó el estudio de un conjunto de normas contenidas en la Ley 43 de 1993, que establecían requisitos especiales para el ejercicio de la función de Gobernador y el desempeño de otros cargos públicos en la

Isla. De especial interés en esta oportunidad resultan los artículos 42, 45 y 47 en los que se reconoció como idioma oficial de las Islas, tanto el español como el inglés comúnmente hablado en el Archipiélago; y se exige el dominio del idioma inglés a las personas que llegan a la isla a ejercer determinados empleos.

“Como se indicó, el artículo 10o. de la Constitución, es claro al señalar que “las lenguas y dialectos de los grupos étnicos son también oficiales en sus territorios”. Y no cabe duda sobre estos aspectos:

La población “raizal” de San Andrés y Providencia es un grupo étnico perfectamente definido (...) Negarle tal carácter aduciendo que las islas fueron pobladas por gentes de diversos orígenes raciales, es razón baladí, pues bien sabido es que no existen razas puras. || En lo relativo a los empleados públicos, es apenas normal que éstos deban, al menos, hablar el idioma del territorio en que actúan. || Lo que sí violaría la Constitución, sería obligar a los isleños a abandonar su lengua, que es parte de su herencia cultural. || Por lo anterior, es ostensible que estas normas no violan el artículo 13 que consagra la igualdad, pues ésta no riñe con la exigencia del conocimiento del inglés; como tampoco el 25, que establece el derecho al trabajo, ni el 26, que garantiza la libertad de escoger profesión u oficio. Basta recordar que este último permite que la ley exija “títulos de idoneidad”. (Se destaca).

5.5. De acuerdo con lo expuesto, las normas especiales que rigen para el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina no son simplemente restricciones a los derechos a la libre circulación, residencia y trabajo. La tensión jurídica suscitada a la luz de este tipo de casos tiene que ver con la sobrevivencia del archipiélago. Teniendo en cuenta el interés particular de los residentes irregulares y temporales, por un lado, y el interés colectivo y nacional, por el otro, la discusión debe responder a la pregunta de cómo garantizar la frágil sobrevivencia cultural, ambiental y social de las Islas (que ha estado y que sigue en riesgo), sin restringir radicalmente los derechos de aquellos colombianos y extranjeros que cumplen con las condiciones para ser residentes.

5.6. Justamente con el objetivo de hacerle frente a este problema, el Decreto 2762 de 1991 estableció (i) cómo se adquiere el derecho de residencia (artículos dos, tres, siete, ocho y nueve); (ii) cuáles son los derechos y deberes de los residentes (artículos cuatro, cinco y diez); (iii) en qué escenarios se pierde la calidad de residente (artículos seis y once); (iv) cuándo y a través de qué procedimientos pueden contratarse laboralmente personas que no son residentes (artículos doce y trece); (v) cómo ingresar al archipiélago en calidad de turista (artículos catorce, quince, dieciséis y diecisiete); (vi) quiénes se encuentran en situación irregular y qué sanciones y procedimientos les son aplicables (artículos dieciocho y diecinueve), y (vii) cuáles son las autoridades encargadas de controlar la circulación y residencia al interior del archipiélago, cómo están constituidas y cuáles son sus funciones (artículos veinte a veintisiete), entre otros.

5.7. Así, el Decreto establece dos (2) tipos de residencia: la permanente y la temporal. Consecuentemente, describe las situaciones en las que una persona puede acceder a la primera o a la segunda. Al comparar dicho listado, se observa que las personas que han contraído matrimonio o que tienen unión permanente con un residente y han fijado su domicilio en el archipiélago por tres (3) años continuos posteriores a la expedición del mencionado Decreto, pueden acceder a ambos tipos de residencia. De esta manera, se infiere que el gobierno local tiene la potestad para decidir sobre el particular de acuerdo con la solicitud del ciudadano.

5.8. Según la jurisprudencia constitucional relacionada, existen dos (2) formas para acceder a la residencia: (i) mediante el reconocimiento del derecho, y (ii) mediante su adquisición. En la primera situación se encuentran las personas que cumplen cualquiera de las condiciones establecidas en el artículo segundo (2º) del Decreto 2762 de 1991. En la segunda, se encuentran quienes cumplen las condiciones establecidas en el artículo tercero (3º). Dentro de éstas últimas, se incluye el ya referido vínculo afectivo perfeccionado mediante matrimonio o unión permanente y acompañado de un domicilio en el territorio insular por no menos de tres (3) años posteriores a la expedición del Decreto. Por consiguiente, las

personas que se encuentren en esta situación pueden acceder a la residencia permanente o temporal únicamente a través de la adquisición.

5.9. El reconocimiento y la adquisición se diferencian en que el primero presupone la existencia de un derecho adquirido con anterioridad al trámite efectuado ante la OCCRE, mientras que el segundo hace alusión a una mera expectativa. Razón por la cual, el reconocimiento del derecho debe ser automático y sólo puede ser negado a partir de las razones de exclusión previstas en el mismo Decreto. La adquisición, por el contrario, es una expectativa en torno a la cual existe un margen de apreciación por parte de las autoridades locales, toda vez que la Junta Directiva de la OCCRE goza de facultades discrecionales a la hora de evaluar la respectiva solicitud. De esta manera, si se pretende una residencia permanente por razones de convivencia, la autoridad descrita debe comprobar la existencia del matrimonio o unión permanente entre el interesado y su compañera. Si se pretende una residencia temporal, la OCCRE debe, por el contrario, evaluar (i) las condiciones personales del solicitante; (ii) si posee una vivienda adecuada; (iii) si tiene capacidad económica para su sostenimiento; (iv) la densidad poblacional del archipiélago, y (v) la suficiencia de los servicios públicos. No obstante, tal como lo ha señalado la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, estas facultades discrecionales para evaluar la situación del solicitante y del territorio insular deben ser ejercidas de manera razonable con el fin de evitar la arbitrariedad. Esto es:

“mantener un justo equilibrio entre la finalidad del decreto, de una parte, que es el control de la población para proteger los diferentes derechos e intereses colectivos allí tutelados, y de otra los derechos fundamentales de las personas, uno de ellos el de formar una familia, el cual está consagrado en la Constitución Política y desarrollado por la ley civil”.

5.10. Ahora bien, teniendo claro el propósito del Decreto 2762 de 1991 y la diferencia entre la residencia temporal y permanente y los derechos que de ellas se derivan, la Sala se ocupará de aquellos casos en los que la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre el régimen de control de densidad poblacional en el archipiélago. En sede de tutela, este

Tribunal ha establecido una clara línea jurisprudencial con el ánimo de garantizar la protección especial de este territorio por encima de los intereses particulares de algunos ciudadanos.

En la sentencia T-650 de 2002, se ocupó del caso de una persona que, por no tener una vivienda en condiciones óptimas, le fue negada su residencia permanente y, consecuentemente, se le ordenó abandonar la Isla a pesar de (i) haber residido en ella cinco (5) años antes de la entrada en vigencia del Decreto 2762 de 1991; (ii) tener por compañera permanente a una persona oriunda de San Andrés, y (iii) ser padre de una menor de edad nacida allí.

Antes de interponer la acción de tutela, el accionante presentó recurso de apelación contra la resolución que dispuso su expulsión. Sin embargo, no habiendo recibido la respectiva respuesta del gobierno local por más de cuatro (4) meses, el actor solicitó la protección constitucional. Teniendo en cuenta lo anterior, y sin entrar a definir si el accionante merecía la residencia, la Corte concedió el amparo a su derecho fundamental al debido proceso y de petición ordenándole al gobierno local resolver el recurso descrito durante los dos (2) días hábiles siguientes.

5.11. Poco tiempo después, mediante la sentencia T-1117 de 2002, la Corte conoció del caso de nueve (9) funcionarios de la Contraloría General de la República que, tras haber sido elegidos por concurso público de méritos para ocupar unas plazas en la Gerencia Departamental de dicha entidad, no pudieron acceder a la tarjeta de residencia temporal por no acreditar las condiciones establecidas en el Decreto 2762 de 1991.

En dicha oportunidad, este Tribunal observó que la OCCRE no había brindado el mismo tratamiento a otros funcionarios públicos del nivel nacional, en donde aplicando la sentencia C-530 de 1993, les había otorgado el derecho de residencia temporal sin solicitar la acreditación de ningún requisito adicional a la solicitud respectiva. Razón por la cual, no

habiendo justificación para desconocer el precedente y brindar un trato discriminatorio, esta Corporación tuteló los derechos de los accionantes y le ordenó a la OCCRE expedir las respectivas tarjetas de residencia temporal.

En esa decisión, la Corte presentó algunas consideraciones de relevancia para el estudio del caso concreto:

“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”.

Finalmente, la Corporación decidió advertir a la Contraloría sobre el deber de todas las autoridades y particulares de tomar en consideración la sobrepoblación del Archipiélago, y aclaró que esta sentencia, basada principalmente en la existencia de un trato diferencial discriminatorio no implica que la OCCRE no pueda restringir la entrada de otros funcionarios, si las entidades públicas son indiferentes a la protección de los principios inmersos en las reglas de control de circulación, residencia y trabajo del Archipiélago:

“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”.

5.12. Dos (2) años después, la Corte profirió la sentencia T-725 de 2004. Allí se ocupó del caso de una persona homosexual, residente permanente en la Isla, quien, después de llevar más de tres (3) años viviendo en unión marital de hecho con otro hombre, solicitó la extensión del derecho de residencia para su compañero.

La OCCRE y el Gobierno Departamental negaron su petición al considerar que, de acuerdo con el tenor literal de la Ley 54 de 1990, la unión marital de hecho sólo podía estar conformada por un hombre y una mujer, razón por la cual, ordenaron la expulsión de dicha persona. La Corte Constitucional se sumó a esta posición y señaló que la solicitud era improcedente en cuanto la familia que la Constitución protegía era, en ese entonces, heterosexual y monogámica.

No obstante, teniendo en cuenta que el interesado satisfacía las condiciones necesarias para solicitar la residencia permanente, con independencia de tener o no una unión marital con un residente, ordenó revocar la decisión de la OCCRE, para permitirle así al afectado elevar una nueva solicitud.

5.13. En la sentencia T-701 de 2013, la Corte resolvió el caso de un trabajador que, después de haber vivido por más de tres (3) años en el territorio insular con tarjeta de residente temporal, no pudo acceder a la residencia permanente pues, afirmaba la OCCRE, ya se le había renovado su licencia en tres (3) ocasiones.

El accionante manifestó que su estadía en la Isla era requerida por su empleador en la medida en que no existía alguien más que pudiera realizar su labor. En sede de revisión, la Corte Constitucional fue informada de que el actor había sido efectivamente expulsado de la Isla y de que la empresa accionada había contratado a una persona nacida en el territorio insular debidamente capacitada para ocupar su cargo, razón por la cual, consideró que la decisión de la autoridad local fue acertada, pues su propósito se enmarcaba en el control de la densidad poblacional del Departamento en los términos del artículo 310 superior.

5.14. En la Sentencia T-214 de 2014, la Sala Primera de Revisión conoció el caso de una persona que estaba adelantando el trámite pertinente para obtener la tarjeta de residencia por motivos de convivencia y que fue expulsada de la Isla, por no haber aportado oportunamente los documentos requeridos para ese fin.

En esa oportunidad, la Corte Constitucional tuteló su derecho fundamental al debido proceso y el derecho de sus dos (2) hijos menores de 18 años, a la unidad familiar por considerar que, en primer lugar, la OCCRE había omitido responder a una petición que él había presentado con el ánimo de obtener un plazo adicional para entregar los documentos faltantes y, en segundo lugar, que su expulsión y la multa que se le impuso le impedían reunirse con su

familia y privaba a sus hijos de su compañía en una importante etapa de su desarrollo. Debido a esto, la Corte ordenó el regreso inmediato del actor en calidad de turista, dejó sin efecto la multa impuesta y le informó al gobierno departamental que debía permitirle aportar los documentos faltantes para continuar con el trámite de residencia.

En sentencia T-484 de 2014 la Corte analizó el caso de un hombre que habitó la Isla de San Andrés durante aproximadamente siete (7) años, tiempo durante el cual convivió con su esposa, residente permanente del archipiélago, y su hijo de tres (3) años de edad, nacido en el territorio insular. Al querer legalizar su situación irregular, solicitó por conducto de su esposa, el reconocimiento de la residencia, por lo cual la OCCRE le otorgó el derecho a la residencia temporal. No obstante lo anterior, cerca de un año después fue declarado en situación irregular y expulsado de la Isla, por cuanto había laborado sin cancelar una deuda de cuyo pago dependía la expedición de su tarjeta de residente.

La Corte observó que la sanción se debió a que el actor había laborado sin estar autorizado para ello, aun cuando había adquirido su residencia temporal por motivos de convivencia, más no por razones laborales. Así, la Corte concluyó que el accionante había sido autorizado para trabajar desde el momento mismo en que adquirió la residencia por motivos de convivencia, en virtud del principio de equidad, de razonabilidad a fortiori y de “el que puede lo más, puede lo menos”. A juicio de la Corte la autorización para trabajar es tácita y automática, razón por la cual, no se requiere de ninguna formalidad adicional al reconocimiento de la residencia temporal. Por lo explicado, esta Corporación tuteló los derechos fundamentales invocados por el accionante, y ordenó permitir el ingreso inmediato del señor Rony Jacob Noriega Montero al Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, otorgándole la residencia temporal por un (1) año contado a partir de la fecha de ingreso y prorrogable hasta dos (2) veces por el mismo periodo.

De lo anterior, se concluye que aunque la Corte consideró que las medidas tomadas para controlar la sobrepoblación en la Isla de San Andrés son acordes a la Constitución, aun cuando limiten ciertos derechos fundamentales como aquel de la libre circulación por el territorio de Colombia, existen determinados casos en los cuales al tratarse de personas no

residentes en el Departamento Archipiélago, las mismas pueden adquirir la tarjeta de residencia por el cumplimiento de los requisitos previstos para ello en el Decreto 2762 de 1991. De ese modo, en los casos estudiados, los accionantes fueron expulsados de la Isla de manera injusta sin observar las garantías judiciales mínimas, y por ende, fueron protegidos por la Corte, pues esta Corporación ha ordenado su regreso al Archipiélago, entre otras, con el fin de proteger derechos fundamentales como el debido proceso, la unión familiar, el libre desarrollo de la personalidad y la igualdad. Asimismo, la OCCRE tiene el deber de estudiar de fondo los casos en los cuales se solicita la residencia, adecuando los trámites, procurando proteger en la mayor medida posible los derechos fundamentales de los peticionarios.

En cuanto a los requisitos establecidos en el Decreto 2762 de 1991, respecto del otorgamiento de la residencia a quienes hayan convivido con un residente por más de tres años en la Isla, la Corte determinó que a ello tienen derecho tanto las parejas homosexuales, como las heterosexuales, pues no existe razón alguna, válida, para que se proporcione un trato diferente dependiendo de la orientación sexual de los peticionarios (C-029 de 2009).

En la providencia T-371 de 2015 la Corte Constitucional conoció el caso de una mujer que afirmaba sostener unión marital de hecho con otra mujer, y convivir en la Isla de San Andrés desde el año 2008. Indicaba que su pareja inició trámite de adopción de un niño, la cual le fue concedida por sentencia judicial en el año 2011.

Sin embargo, el 15 de abril de 2010 fue citada por la OCCRE, a raíz de una denuncia anónima, citación que no pudo cumplir por hallarse en situación de incapacidad médica y, en lugar de fijar una nueva fecha, la autoridad de la Isla la declaró en situación irregular y dispuso su expulsión del territorio. La ciudadana presentó recursos en vía administrativa; en sede de reposición se confirmó integralmente la decisión y la apelación se encontraba pendiente de solución definitiva.

La Corte Constitucional, al analizar el caso concreto, señaló que hubo violación del derecho al debido proceso de la accionante por parte de la OCCRE, pues emitió un acto administrativo donde la declaró en situación irregular dentro de la Isla, sin haberla oído previamente; resolvió el recurso de reposición negando la solicitud de la actora, sin analizar de fondo su situación y sin haber decretado pruebas o haber citado a la actora de nuevo a rendir declaración libre; omitió el deber de tramitar este tipo de solicitudes de la manera que mejor proteja los derechos de los peticionarios; y dilató de forma injustificada la respuesta del recurso de apelación durante tres años, vulnerando además su derecho fundamental de petición.

Frente a la afirmación de la tutelante según la cual la decisión de la OCCRE se basó en su orientación sexual, la Corte sostuvo que:

“(i) al negar el derecho de residencia a la accionante, exigiéndole un requisito adicional, que en otros casos no requirió, y, (ii) al no estudiar de fondo el cumplimiento de los requisitos para acceder a lo pretendido, [la OCCRE] incurrió en una discriminación indirecta. Lo anterior por cuanto, aunque nunca indicó expresamente que por la orientación sexual de la accionante hubiera negado el derecho, es decir, aun cuando no hizo explícito el uso de un criterio sospechoso, su decisión tuvo efectos discriminatorios”.

En consecuencia, confirmó la decisión de instancia, que declaró la protección del derecho de petición y adicionalmente amparó los derechos al debido proceso y a la igualdad de la demandante.

En la sentencia T-506 de 2016, la Corte se pronunció en el caso de Yesid de Ávila Emiliani contra la OCCRE.

El peticionario afirmaba que había convivido en San Andrés por más de cinco años, con su pareja, Kelis Carolina Quiñones, y que de esa unión nacieron dos hijos. Indicaba que su compañera permanente fue citada en abril de 2014 por la OCCRE para definir su situación jurídica en la Isla y que, después de oírla en versión libre, la autoridad decidió declararla en situación irregular y ordenó su “devolución” al último lugar de embarque. Indicaba que, si bien interpusieron los recursos de la vía administrativa, a la fecha de presentación de la tutela, estos no habían sido resueltos.

Según el accionante, con posterioridad a la declaratoria de situación irregular en la isla, su compañera tuvo que salir, por enfermedad de su hija y por remisión de su EPS a Barranquilla para un tratamiento médico y a su regreso a la Isla las autoridades de la OCCRE le impidieron su regreso y dispusieron su devolución al último lugar de embarque. El accionante presentó acción de tutela contra la OCCRE, por violación del derecho fundamental de sus hijos menores a tener una familia y no ser separados de ella y solicitó que se le concediera a su compañera un término de seis meses para presentar los documentos necesarios para obtener su residencia.

La Corte Constitucional consideró que la decisión de la OCCRE, en efecto, ocasionó la separación familiar y, especialmente, la separación de una madre y sus hijos menores de edad; agregó que, a pesar de que no existía certeza del tiempo convivido por los padres de los niños, la decisión de la autoridad resultaba arbitraria, desproporcionada y violatoria de los derechos de los niños. Por ese motivo concedió el amparo y ordenó a la OCCRE otorgar residencia temporal a la compañera del accionante para que acredite la convivencia de 3 años y así adquirir la residencia permanente.

6. El debido proceso en los procedimientos de policía

6.1. El derecho fundamental al debido proceso debe ser garantizado y respetado en toda

actuación judicial o administrativa sin perjuicio del carácter público o privado de las partes involucradas. Según lo ha puesto de presente esta Corporación, el debido proceso en materia administrativa debe garantizar la correcta producción de los actos respectivos y, por ello:

“extiende su cobertura a todo el ejercicio que debe desarrollar la administración pública, en la realización de sus objetivos y fines estatales, es decir, cobija a todas sus manifestaciones en cuanto a la formación y ejecución de los actos, a las peticiones que realicen los particulares, a los procesos que por motivo y con ocasión de sus funciones cada entidad administrativa debe desarrollar y desde luego, garantiza la defensa ciudadana al señalarle los medios de impugnación previstos respecto de las providencias administrativas, cuando crea el particular, que a través de ellas se hayan afectado sus intereses”.

6.2. Dentro de ese marco conceptual, la Corte se ha referido al debido proceso administrativo como:

“(i) el conjunto complejo de condiciones que le impone la ley a la administración, materializado en el cumplimiento de una secuencia de actos por parte de la autoridad administrativa, (ii) que guarda relación directa o indirecta entre sí, y (iii) cuyo fin está previamente determinado de manera constitucional y legal”. Así mismo, ha precisado que con dicha 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”.

6.3. En el ámbito de las actuaciones administrativas, el derecho al debido proceso hace referencia al comportamiento que deben observar las autoridades públicas en el ejercicio de sus funciones en cuanto éstas se encuentran obligadas a “actuar conforme a los procedimientos previamente establecidos en la ley, con el fin de garantizar los derechos de quienes puedan resultar afectados por las decisiones de la administración que crean,

modifican o extinguen un derecho o imponen una obligación o una sanción”.

6.4. Con el propósito de asegurar la defensa de los administrados, la jurisprudencia ha señalado, en este sentido, que el debido proceso administrativo comprende, entre otros, los derechos (i) a ser oído durante toda la actuación; (ii) a la notificación oportuna y de conformidad con la ley; (iii) a que la actuación se surta sin dilaciones injustificadas; (iv) a que se permita la participación en la actuación desde su inicio hasta su culminación; (v) a que la actuación se adelante por la autoridad competente y con el pleno respeto de las formas propias previstas en el ordenamiento jurídico; (vi) a 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.

6.5. De acuerdo con lo expresado, el debido proceso administrativo se entiende vulnerado cuando las autoridades públicas no siguen los actos y procedimientos establecidos en la ley y los reglamentos, y, por esa vía, desconocen las garantías reconocidas a los administrados.

Al respecto, se ha sostenido que el desconocimiento en cualquier forma del derecho al debido proceso en un trámite administrativo, no sólo quebranta los elementos esenciales que lo conforman, sino que, igualmente, comporta una vulneración del derecho de acceso a la administración de justicia, del cual son titulares todas las personas naturales y jurídicas que en calidad de administrados deben someterse a la decisión de la administración por conducto de sus servidores públicos competentes.

6.6. Por tratarse de un derecho fundamental, el debido proceso administrativo “exige a la administración pública sumisión plena a la Constitución y a la ley en el ejercicio de sus funciones, tal como lo disponen los artículos 6°, 29 y 209 de la Carta Política”, pues de otra forma se transgredirían los principios que gobiernan la actividad administrativa (igualdad,

imparcialidad, publicidad, moralidad y contradicción), y se vulnerarían especialmente los derechos fundamentales de las personas que acceden a la administración o que, de alguna forma, quedan vinculadas por sus actuaciones.

6.7. En el escenario objeto de estudio, el Decreto 2762 de 1991 estableció la competencia para hacer cumplir las disposiciones a propósito de quienes se encuentran en situación irregular en cabeza de la OCCRE, y señaló las medidas que proceden como consecuencia de esa situación, pero no estableció procedimiento alguno para su imposición, porque dichos actos constituyen medidas policivas de cumplimiento inmediato a las que no se les aplican los mandatos relativos al procedimiento administrativo.

Sin embargo, ello no obsta para que la administración proceda a la notificación del acto administrativo y conceda los recursos de vía gubernativa.

Con base en las subreglas constitucionales reiteradas, la Sala abordará los casos objeto de estudio.

7. De los casos concretos.

7.1. Consideraciones preliminares comunes a los casos acumulados.

La Corte Constitucional ha explicado ampliamente la importancia de las normas de control de circulación y residencia dentro del régimen especial del Departamento Archipiélago de San Andrés.

El régimen especial de las Islas, primero, se desprende de un mandato del Constituyente primario, contenida en el artículo 310 Superior; orden que fue también objeto de desarrollo a través del Decreto con fuerza de ley 2672 de 1991 y la Ley 47 de 1993. Estas reglas, que comprenden el régimen especial del Archipiélago, de conformidad con lo expresado en los fundamentos normativos de esta providencia persiguen tres fines, todos de especial relevancia constitucional: (i) la supervivencia física y material del pueblo raizal, (ii) la protección al entorno y los recursos naturales, y (iii) la defensa de la diversidad cultural.

Como los fines mencionados son bienes de primer orden dentro del sistema de valores y garantías de nuestro Estado constitucional la Sala declaró, en sus primeras sentencias sobre el pueblo raizal, la exequibilidad de las normas que componen el régimen especial ya descrito y que establecen condiciones especiales para el ejercicio del derecho de locomoción, la residencia y el trabajo dentro del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina (Sentencia C-530 de 1993); además de ciertas condiciones específicas establecidas por la Ley 47 de 1993, en lo que tiene que ver con el idioma oficial de las Islas, las condiciones para ejercer el cargo de Gobernador y la exigencia de hablar inglés para los funcionarios que tengan relación directa con el público, todas declaradas exequibles en la sentencia C-086 de 1994.

En ese conjunto de decisiones iniciales, la Corte Constitucional advirtió que las normas mencionadas (es decir, el régimen especial) sí suponen restricciones al ejercicio de diversos derechos constitucionales; pero advirtió que componen una regulación especial razonable, derivada de un ejercicio de ponderación entre los intereses individuales que se limitan y el interés colectivo y general de la supervivencia del pueblo raizal. En ese contexto, dijo la Corporación, se trata también de normas que deben ser aplicadas de forma razonable por la autoridad competente y que poseen vocación transitoria, de manera que debía dar paso a una nueva regulación cuando la situación de sobrepoblación del archipiélago se hallara bajo control.

Lamentablemente esto último no ha ocurrido y, hoy en día la Isla de San Andrés, cuyo

territorio no puede extenderse debido a los límites naturales, y en cambio ha visto cercenada su porción marítima, tiene un 50% más de población que cuando la Corte expidió la sentencia C-530 de 1993.

La OCCRE es entonces un organismo muy particular, pues, tratándose de un órgano de naturaleza policiva tiene la función esencial de garantizar el adecuado equilibrio entre un amplio conjunto de principios constitucionales, en trámites de especial celeridad. La Corte Constitucional ha considerado (al igual que el Consejo de Estado como consta en los fundamentos de esta providencia), que, en atención a la naturaleza de las funciones de la OCCRE, el debido proceso en este escenario no es equivalente al que se debe respetar en un proceso penal, en un trámite disciplinario o en otros escenarios administrativos.

Como no existe un procedimiento detallado en la ley y los estándares jurisprudenciales son flexibles, la Corte Constitucional considera que, con independencia de la decisión que se adopte en cada uno de los trámites acumulados, es imprescindible indicar que la autoridad citada debe actuar bajo parámetros de razonabilidad, y respetar en cada una de sus actuaciones los derechos de defensa y a ser oído, al tiempo que la motivación de sus decisiones debe adecuarse a la naturaleza del escenario en el que se dicte cada decisión.

Así, por ejemplo, no puede considerarse que las condiciones para la expulsión de un ciudadano que ingresa como turista y se encuentra trabajando por cuenta privada (como alega la OCCRE que ocurrieron las cosas en el primero de los expedientes acumulados) sea igual o semejante a las exigencias del debido que, por ejemplo, cuando el trámite supone complejos problemas de interpretación legal, derivados del carácter o naturaleza de una autoridad pública, del nombramiento y posesión de una funcionaria, o de los requisitos especiales de idioma para el ejercicio de un cargo público como, prima facie, se observa que ocurre en el segundo trámite.

Es esencial que a medida que la complejidad del asunto aumenta, se haga más amplio el espacio para el ejercicio del derecho a la Defensa, pues las decisiones de la OCCRE, con todas sus particularidades, no dejan de ser actos administrativos, sometidos a recursos en la vía administrativa y al control judicial, mecanismos cuya eficacia depende, en buena medida, del respeto por los estándares descritos.

En lo que tiene que ver con el principio de subsidiariedad, es posible hallar en la jurisprudencia constitucional decisiones muy distintas, lo que no puede interpretarse como la ausencia de una posición jurisprudencial definida, sino que debe observarse bajo la óptica de la naturaleza de las decisiones de la OCCRE y los distintos problemas puestos en conocimiento de la Corte Constitucional.

En efecto, la Corte Constitucional ha señalado que, en principio, las decisiones de la OCCRE constituyen actos administrativos que pueden ser objeto de control ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo; sin embargo, en ciertas oportunidades ha dictado sentencias dirigidas a que se produzca un pronunciamiento definitivo en sede administrativa, respetuoso del debido proceso o a que se dé respuesta a los recursos presentados por los afectados en ese ámbito (de nuevo, en la vía administrativa), en el marco del derecho fundamental de petición, mientras que, en otros eventos, ha decidido asumir el estudio de fondo del caso, cuando ha considerado que el medio ordinario de defensa carece de eficacia e idoneidad, debido a (i) una demostrada violación de la unidad familiar, en trámites ajenos al derecho fundamental al debido proceso; o (ii) un desconocimiento del principio de igualdad y el mandato de no discriminación.

Lo expresado hace necesario efectuar algunas afirmaciones procedimentales, propias de la función de revisión que ejerce este tribunal.

7.2. Advertencias comunes a los dos expedientes acumulados:

Primero, la Sala observa que, en prácticamente todos los casos conocidos hasta el momento, el recurso de apelación contra una decisión de la OCCRE no es resuelto por la Gobernación de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, razón por la cual la Corte advertirá a la autoridad regional sobre su deber de dar respuesta oportuna, tanto a las peticiones, como a los recursos presentados por ciudadanos y ciudadanas en la vía administrativa.

Segundo, los jueces de tutela de instancia no deben declarar la improcedencia de la acción de tutela por falta de agotamiento de la vía administrativa, pues así lo establece, expresamente, el artículo 9º del Decreto 2591 de 1991. Hacerlo, implica entonces desconocer el acceso a la administración de justicia y, además, desconoce que todas las reglas y estándares que componen el principio de subsidiariedad, ya reiteradas, se refieren a mecanismos judiciales de defensa, no administrativos o de otra naturaleza.

Tercero, dependiendo de las circunstancias del caso concreto y, específicamente, de los principios en tensión, de la situación de los accionantes, de la existencia o no de actuaciones abiertamente arbitrarias de la OCCRE, las distintas salas de revisión de este Tribunal han optado, bien por ordenar que se resuelvan de forma inmediata los recursos pendientes en la vía administrativa; por permitir a los ciudadanos elevar una petición; por amparar directamente el derecho al debido proceso y ordenar a la OCCRE dictar una nueva resolución acorde a los mandatos constitucionales, o por asumir de forma definitiva la armonización de los intereses en conflicto.

Cuarto, la OCCRE debe ser consciente de la delicada tarea que tiene en sus manos. No comparte la Corte Constitucional la afirmación contenida en un escrito de tutela según la cual los funcionarios de la OCCRE no oyen razones, por su afán de expulsar personas de las islas, pues el control de residencia, trabajo y circulación es una función esencial para la supervivencia de las islas. Pero la entidad no debe olvidar que las normas que aplica

constituyen restricciones válidas a los derechos fundamentales, razón por la cual debe aplicar de manera razonable las normas vigentes y asegurar, aun en el marco del trámite sumario que desarrolla, el ejercicio del derecho a defensa y contradicción, en función de la complejidad de cada procedimiento a su cargo.

De ahí la difícil tensión que debe asumir, pero frente a la que, es importante señalarlo, el respeto irrestricto por las normas legales y constitucionales es la mejor garantía de que su misión será cumplida y respetada por las demás autoridades.

La Sala aborda, a continuación, cada uno de los casos acumulados.

8. Análisis de cada caso.

8.1. T-5930872. La acción de tutela es improcedente, pues no se cumplen los requisitos para la agencia oficiosa de los derechos del señor José Gabriel Ospino Cervante.

Según el artículo 86 de la CP la acción de tutela puede ser presentada por cualquier persona. Es decir, esta norma no estableció ningún tipo de restricción o diferenciación en las personas habilitadas para acudir a este mecanismo judicial para obtener la protección de sus derechos fundamentales. La norma constitucional estableció que la primera legitimada para interponer la acción de tutela es “la persona vulnerada o amenazada”, sin embargo también contempló otra serie de eventos en los cuales otras personas pueden en su nombre o representación asumir la defensa de sus derechos.

Además, el artículo 10º del Decreto 2591 de 1991, al desarrollar el mandato superior citado,

establece que la tutela puede ser presentada por la persona titular del derecho, a través de apoderado judicial, a través de agente oficioso y por el Defensor del Pueblo y los Personeros Municipales.

De conformidad con las precisiones hechas por la jurisprudencia constitucional, la agencia oficiosa guarda estrecha relación con principios constitucionales, especialmente el principio de eficacia de los derechos fundamentales, el principio de solidaridad y el derecho al acceso a la administración de justicia. Así, con base en esta figura una persona puede interponer una acción de tutela en nombre de otra en condición de agente oficioso, siempre y cuando reúna una serie de condiciones. Específicamente, en la sentencia T-531 de 2002, reiterada, entre otras, en la reciente T-020 de 2016, este tribunal constitucional estableció los elementos necesarios para que opere la última figura. Entre estos se destacan:

“(i) La manifestación del agente oficioso en el sentido de actuar como tal.

(ii) La circunstancia real, que se desprenda del escrito de tutela ya por figurar expresamente o porque del contenido se pueda inferir, consistente en que el titular del derecho fundamental no está en condiciones físicas o mentales para promover su propia defensa. (iii) La existencia de la agencia no implica una relación formal entre el agente y los agenciados titulares de los derechos; (iv) La ratificación oportuna por parte del agenciado de los hechos y de las pretensiones consignados en el escrito de acción de tutela por el agente”.

En lo que tiene que ver con el primer requisito, la Corte ha dicho que necesariamente la calidad de agente oficioso debe mencionarse en el escrito de tutela y debe acreditarse siquiera sumariamente la imposibilidad del titular del derecho de interponer la acción por sus propios medios, lo cual no releva de sus deberes de constatación probatoria al juez que conoce de la acción, pues no se trata de una presunción jurídica. Finalmente, en relación con el requisito de la ratificación oportuna sobre los hechos y las pretensiones, la Corte ha señalado que esta debe surtir, de manera oportuna siempre y cuando sea posible.

Además, este Tribunal ha puntualizado que la defensa de los derechos fundamentales, así como la escogencia del modo más adecuado para hacerlo, surge directamente de la autonomía de la persona, así que, a estas reglas procedimentales subyace una protección al principio de dignidad humana, cardinal en el estado constitucional de derecho.

En el primer expediente acumulado, en criterio de la Sala, no se cumplen las condiciones para aceptar la defensa de los derechos de José Gabriel Ospino Cervante, por agencia de la señora Anuncy Tibabijo, por las razones que se presentan a continuación:

Como se indicó en los antecedentes, en este trámite la accionante se presenta como agente oficiosa del señor José Gabriel Ospino Cervante, quien fue expulsado de la Isla. Así las cosas, se satisface el primero de los requisitos establecidos por la jurisprudencia constitucional para el ejercicio de la acción en defensa de derechos ajenos. Sin embargo, la peticionaria no brinda información alguna acerca de por qué el señor Ospino se encuentra en imposibilidad de acudir directamente ante el juez de tutela.

El carácter informal de la acción de tutela y la potestad-deber del juez de tutela de interpretar la demanda, las pretensiones, y hacerlo siempre en favor de la vigencia de los derechos humanos, podría llevar a inferir que la imposibilidad se desprende de la expulsión del actor de la Isla, razón por la cual este no podría acercarse a los juzgados que funcionan en el Departamento Archipiélago.

En principio, este argumento tendría una fuerza persuasiva considerable pues, en efecto, una de las (pocas) reglas de competencia de la acción de tutela es la que establece el factor territorial, según la cual la acción debe presentarse en el lugar donde tuvo lugar la acción u omisión de la que surge la eventual amenaza o violación de un derecho fundamental

(Artículo 37 Decreto 2591 de 1991). Sin embargo, la acción de tutela también se puede presentar en el lugar donde la violación produce efectos (Auto 124 de 2009).

Así las cosas, el accionante no está realmente en imposibilidad de acceder a la acción, pues, en la medida en que la decisión que se califica como violatoria de sus derechos fundamentales proyecta sus efectos tanto en la Isla de San Andrés como en el resto del territorio nacional (precisamente uno de esos efectos es la imposibilidad de acudir ante el juez de tutela), el actor podría presentar la tutela en cualquier otro espacio del territorio nacional.

Frente a esta apreciación inicial, empero, podrían esgrimirse tres contra argumentos importantes:

En criterio de la Sala, a pesar de ser argumentos no sólo persuasivos, sino relevantes desde el punto de vista constitucional, no es posible acceder con base en ellos al estudio de fondo del caso concreto, por una razón adicional, que se relaciona con los principios materiales subyacentes a la agencia oficiosa que, se recuerda, tienen que ver con la eficacia de los derechos fundamentales, la autonomía y la dignidad humana.

El problema central radica en que los hechos que narra la accionante en su escrito de tutela, o bien carecen por completo de prueba, o son contradictorios entre sí, o bien —lo que resulta más delicado para hablar de la agencia de derechos ajenos— contradicen la posición establecida por el directamente afectado en la versión libre que rindió ante la OCCRE.

Este problema, que de acuerdo con las autoridades accionadas demostraría la inexistencia

de una violación a los derechos fundamentales invocados, en criterio de la Sala tiene una consecuencia distinta: no es posible asumir que la peticionaria, que sostiene una narrativa disímil y sin un mínimo de pruebas en aspectos centrales de los hechos del caso, actúa como agente de quien sostiene, en tales extremos, puntos de vista distintos sobre los hechos.

Así, en la acción de tutela la peticionaria indica que (i) el actor radicó sus papeles ante la OCCRE hacia 1992 pero, como en la oficina todo se pierde (así lo dice la accionante) nunca obtuvo respuesta; (ii) que es su esposo o su compañero permanente, afirmación que no acompaña de ningún elemento de convicción adicional, como el registro civil de matrimonio o las declaraciones que den cuenta de su convivencia permanente; (ii) que tienen dos hijas, ambas nacidas en la Isla; (iii) que el agenciado está a cargo del sustento de su familia y que por ese conjunto de razones ya tiene el derecho a la residencia en la Isla. Sin embargo (iv) indica que el accionante fue a la Isla como turista, que tenía tiquete para regresar al continente (zona continental de Colombia) para el 21 de mayo de 2016 y que no tenía interés en radicarse en la Isla; y (v) que no se hallaba trabajando, sino acompañando a sus familiares.

El señor Ospino, sin embargo, señaló que (i) ingresó a la Isla como turista; (ii) decidió trabajar un poco porque estaba aburrido en casa, cuando fue retenido por la OCCRE; (iii) fue a la Isla a visitar a unos amigos y a una señora con la que convivió un tiempo en el pueblo del Atlántico; y (iv) no expresa ningún interés en obtener la residencia temporal o definitiva en San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

Finalmente, no existe en este trámite prueba siquiera sumaria de la violación del derecho a la unidad familiar, pues ni la accionante ni el agenciado hablan de una residencia continua del afectado en las Islas; y no puede aceptarse la agencia de los derechos de las hijas de la accionante, pues ellas son mayores de edad, que no se encuentran imposibilitadas para acudir al juez de tutela.

En consecuencia, la Sala declarará la improcedencia de la acción.

8.2. T-5952403. Jenny Alexandra Camacho Torres contra la OCCRE

8.2.1. Competencia

Al inicio del trámite (en la etapa de admisión de la demanda) existió una discusión acerca de la competencia para conocer de la acción de tutela. Esta fue repartida, en primer término, al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, órgano que decidió remitirla al Juzgado Promiscuo Primero de San Andrés Islas. La peticionaria y el Ministerio Público cuestionaron esta decisión; la primera, considerando que el Tribunal Superior de Bogotá desconoció la competencia a prevención que opera en materia de tutela (es decir, en cabeza del primer juez que recibe el trámite en reparto); la segunda, señalando que, en virtud del Decreto 1382 de 2000, la acción correspondía al Tribunal Administrativo de San Andrés, y no a un Juzgado Promiscuo, por hallarse demandada una autoridad del orden departamental.

La Sala reitera que, en materia de tutela, el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991 establece las reglas generales de competencia que, para este caso, se concretan en la competencia a prevención, según la cual el primer juez que tenga el caso debe decidirlo y el factor territorial, de conformidad con el cual la acción debe presentarse (i) en el lugar donde tuvo lugar la amenaza o violación de un derecho o (ii) donde la amenaza o vulneración tiene sus efectos. Las reglas contenidas en el Decreto Reglamentario 1382 de 2000 no son por lo tanto reglas de competencia, sino de reparto. Por ello, en tanto normas jurídicas válidas, deben ser observadas por las oficinas de reparto y todos los jueces; pero, al no tratarse de normas de competencia, su incumplimiento no es causal de nulidad.

La Sala advierte entonces que, en efecto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá era competente para resolver la acción de tutela presentada por Jenny Alexandra Camacho y no debió remitir el trámite a los juzgados municipales de San Andrés. Sin embargo, no es cierto que el juez de primera instancia (Primero Promiscuo de San Andrés) carezca de competencia para decidir este trámite o que lo ocurrido configure una causal de nulidad.

Con el fin de evitar que estas situaciones se repitan, la Sala dictará una orden de prevención al órgano judicial que no asumió, teniendo competencia para hacerlo, el conocimiento del asunto; pero, en cambio, no declarará la nulidad de la sentencia de primera instancia.

8.2.2. Legitimación por activa

La peticionaria actúa en nombre propio, y en defensa de sus derechos y los de sus hijas menores de edad. En consecuencia, no cabe duda de que tiene el derecho de ejercer la acción de tutela.

8.2.3. Subsidiariedad. La acción procede como mecanismo transitorio.

Según se indicó en las consideraciones previas al análisis de cada caso, la jurisprudencia en este escenario constitucional ha adoptado distintas vías, que incluyen, la declaratoria de improcedencia total o parcial, la protección del debido proceso y el derecho de petición, o la decisión de dejar sin efectos resoluciones de la OCCRE, cuando estas son abiertamente arbitrarias y desconocen derechos como la igualdad y la unidad familiar.

En esta oportunidad, la Sala considera que, en principio sí existe un medio judicial para controvertir la decisión de la OCCRE, como es el mecanismo ante la jurisdicción contencioso administrativa, por ejemplo el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho. Además, es una alternativa idónea, en la medida en que permite el desarrollo de un amplio debate probatorio y un pronunciamiento del juez especializado, en un escenario donde la tensión se proyecta en la interpretación de un amplio conjunto de reglas legales y constitucionales, que definen el régimen especial de ingreso, circulación, residencia y trabajo en las Islas; los requisitos para el acceso a cargos públicos; la naturaleza jurídica de la DIAN y el alcance de las funciones de los Directores Seccionales.

Sin embargo, este medio no es eficaz en las circunstancias del caso concreto. Primero, porque, en virtud de los efectos devolutivos con que se dictan las decisiones de la OCCRE, su cumplimiento es inmediato; segundo, por la seriedad de las acusaciones acerca de la violación al debido proceso, en el sentido de que no tuvo la posibilidad de defenderse adecuadamente, sin adelantar un juicio de fondo, corresponderían al concepto de vía de hecho administrativa, en caso de que la Sala encuentre fundada la afirmación de la accionante; tercero, porque la discusión involucra tensiones constitucionales relevantes, que justifican la intervención del juez de tutela.

Es importante en este punto hacer una precisión. Podría pensarse que, en la medida en que las órdenes de la OCCRE se debieron cumplir hace ya varios meses (los que han transcurrido desde la presentación de la acción de tutela hasta el momento en que se produce la revisión de la Corte), entonces la conclusión sobre la ineficacia de los medios ordinarios ya carece de relevancia, pues el procedimiento que ahora se revisa dista de la celeridad propia que se espera de la acción de tutela.

Este argumento es para la Sala inadmisibles, pues son los jueces de instancia quienes deben dar amparo inmediato a los derechos. La Corte Constitucional, si bien tiene como norte la eficacia de todos los mandatos constitucionales sólo llega a conocer de una acción de tutela

cuando se produce la “eventual revisión”, un hecho contingente, con propósitos de unificación jurisprudencial y con términos muy distintos a los que se prevén para las decisiones de instancia.

Por ello, cuando la Corte afirma que el medio ordinario carece de idoneidad y relevancia no lo hace comparándolo con la idoneidad y relevancia del trámite de revisión, sino con la regulación que posee la acción de tutela en el trámite de las instancias (10 días para la decisión de primera instancia y 20 para la de segunda instancia).

8.2.4. Inmediatez

La decisión cuestionada fue notificada a la peticionaria el 1º de julio de 2016. La accionante presentó el 8 de julio apelación en la vía administrativa (recurso que, según la información contenida en el expediente, aún no ha sido decidido) y el 12 de julio del mismo año interpuso la acción de tutela objeto de revisión. Es decir que entre el acto que identifica como causante de la violación de sus derechos y la presentación de la acción apenas pasaron unos días. En consecuencia, el requisito está plenamente satisfecho, sin que sea necesario elaborar una argumentación adicional, destinada a verificar la razonabilidad de lo ocurrido.

Así las cosas, la Sala continuará con el estudio del caso.

9. Respuesta de fondo al problema jurídico planteado.

Para empezar, se observa que existen en esta ocasión tres discusiones constitucionalmente relevantes. Primero, una discusión sobre el respeto por el derecho de defensa de la peticionaria en el trámite adelantado con la OCCRE que se desenvuelve, a su vez, en dos asuntos distintos: la negativa de entregarle copias de la integridad del expediente y el hecho

de que hasta el momento no existe una decisión a su recurso de apelación, en la vía administrativa. Segundo, una controversia acerca de si la peticionaria y las autoridades que dispusieron su ingreso a la DIAN cumplieron los requisitos para el ingreso, la residencia temporal y el trabajo dentro del Departamento Archipiélago, es decir, las obligaciones establecidas en el Decreto 2762 de 1992. Y, tercero, si es exigible a quien ejerce el cargo de Directora Seccional de la DIAN en San Andrés el manejo del idioma inglés y, en caso de dar respuesta afirmativa a ese interrogante, si debe ser el inglés creole o el inglés en general.

9.1. Desarrollo de cada una de las tensiones descritas.

9.1.1. En cuanto a la primera discusión, relativa al debido proceso de la accionante, la Sala estima que se presenta una violación indiscutible a los derechos fundamentales al debido proceso y a presentar peticiones a las autoridades de la peticionaria.

De acuerdo con los fundamentos normativos de esta providencia, aunque la OCCRE no está obligada a garantizar un debido proceso sujeto a un conjunto complejo de pasos, pues sus trámites no poseen una regulación detallada en la ley, son policivos, céleres y de inmediato cumplimiento, la entidad sí debe asegurar que sus actuaciones sean razonables y que respeten el derecho de los afectados a la defensa y a ser oídos.

En lo que tiene que ver con los derechos de defensa, es cierto que existió una diligencia de versión libre en la que la accionante pudo presentar sus argumentos iniciales; pero, por otra parte, la negativa de permitirle acceder a la totalidad del expediente constituye una barrera al ejercicio vigoroso y efectivo del derecho a la defensa, pues la accionante no conoce a profundidad los motivos por los que se encuentra inmersa en un trámite de esta naturaleza.

Y es precisamente el principio de razonabilidad el que permite entender por qué, en su caso específico, estos derechos debían ser garantizados de manera estricta, incluso, con mayor rigor que en otros de los procesos que lleva a cabo la OCCRE. Su caso no es el de una persona que ingresa en calidad de turista y es sorprendida ejerciendo labores de naturaleza privada, o el de quien sobrepasa el tiempo de estadía admitido por las autoridades isleñas. Se trata de una funcionaria nombrada por el Director Seccional de la Dian, miembro de la Armada Nacional y con tarjeta de la OCCRE por su condición de oficial. Y la violación o no de las normas de residencia, trabajo, circulación e idioma dependía de complejas discusiones de interpretación legal.

Por ello, la OCCRE debía permitirle el acceso integral al expediente, y crear, en el marco de sus procedimientos especiales, un lugar adecuado para la defensa, no de forma precaria, sino de manera profunda e integral.

En consecuencia, la Sala dejará sin efectos la resolución 2446 de 2016, por la que se decidió declararla en situación irregular, expulsarla de la Isla y sancionarla con multa, por diez salarios mínimos mensuales legales vigentes.

9.2.2. Sin embargo, la Sala observa que ello implicaría el reinicio de un trámite en las mismas condiciones en que se produjeron las sanciones a la accionante, en un escenario en que las partes sostienen puntos de vistas disímiles y eventualmente incompatibles sobre el contenido del derecho positivo aplicable en el asunto objeto de análisis. Estas discusiones giran en torno a normas legales y de un decreto con fuerza de ley que han sido analizadas y aplicadas en diversos pronunciamientos de la Corte Constitucional, de manera que resulta oportuno establecer un mínimo de condiciones para que este trámite se ajuste a estos estándares, sin perjuicio de que, discusiones ulteriores sean llevadas ante los jueces competentes. (En principio, ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo).

En lo que tiene que ver con los requisitos de ingreso, circulación, trabajo y residencia y la

tarjeta que expide la OCCRE a los distintos funcionarios, la Sala estima que la peticionaria y la DIAN sostienen una visión de la sentencia C-530 de 1993 y las normas pertinentes del Decreto 2762 de 1991 que, en realidad, no se desprende de lo afirmado por esta Corporación.

En efecto, tanto la señora Camacho como la DIAN afirman que, como la Dirección pertenece al orden nacional, entonces ni la entidad ni la accionante estaban en la obligación de informar a la OCCRE su entrada a la Isla, ni de tramitar la correspondiente tarjeta de residencia temporal.

La Corte, como se ha explicado ampliamente, lo que estableció en la decisión de constitucionalidad mencionada es que todo funcionario que ingrese a la Isla debe contar con la tarjeta, aunque no con fines de control, sino únicamente de registro. Por lo tanto, no basta con que la accionante haya entrado anteriormente como oficial de la Armada, aun si lo hizo en Comisión en la DIAN, para sostener que se ha cumplido con las normas legales descritas. Resultaba imprescindible que se informara a las autoridades del archipiélago sobre su ingreso como Directora Seccional de la DIAN, al menos por tres razones.

Primero, porque los fines de registro permiten a las autoridades conocer quiénes se encuentran en la Isla, aun en ejercicio de funciones del orden nacional, de forma permanente o temporal, y ello es imprescindible para el adecuado manejo de los recursos y prestación de los servicios públicos en la Isla. Segundo, porque ello permite a la OCCRE verificar si se cumplen las condiciones legales para la expedición inmediata de la tarjeta o, si lo considera pertinente, negarla, si estima que el funcionario no cumple las condiciones que prevé el Decreto 2567 de 1992, en armonía con la jurisprudencia constitucional. Tercero, porque si en torno a la obligación de expedir la tarjeta surge una discusión, esta podrá ser llevada al escenario de la justicia contencioso administrativa, que es el ámbito natural de solución de estos conflictos, antes de que se comprometan directamente, o más intensamente, intereses de naturaleza constitucional, como ocurre cuando la discusión no surge previa la entrada a

las Islas, sino al momento de la expulsión de un funcionario.

Ahora bien, resulta claro que la accionante, en tanto Capitán de Corbeta de la Armada Nacional y con ocasión de la Resolución No. 0429 del 22 de enero de 2016, proferida por el Ministro de Defensa Nacional, “fue designada en comisión administrativa permanente en la Administración Pública” para ocupar el cargo de Directora Seccional de la DIAN-San Andrés. No obstante, esta Sala estima, con base en lo antes expuesto, que no corresponde al juez constitucional definir las implicaciones jurídicas que la mencionada actuación administrativa acarrea, por lo que no le corresponde evaluar y definir quién tiene razón acerca de si la peticionaria es o no un funcionario del orden nacional con autoridad civil, administrativa o judicial en las Islas, por tratarse de un asunto de necesaria resolución en el escenario natural, por ejemplo y en primera instancia, por parte de la institución misma a la que se encuentra adscrita la comisión en la que fue designada la actora.

Es por ello que esta Sala encuentra preciso ordenar a la DIAN que, en razón del nombramiento como Directora Seccional en la Isla, adelante directamente la solicitud de entrega de tarjeta de residencia temporal y trabajo, y exponga en su solicitud ante la OCCRE las razones por las cuales estima que la accionante no es sujeto de control, sino de registro.

Asimismo, dadas las particularidades del caso, esto es: (i) que no se trata de una ciudadana que pretende ocupar la Isla de San Andrés con fines turísticos o recreativos; (ii) que presenta antecedentes de permisos para permanecer en el archipiélago, en razón de su calidad de oficial de la Fuerza Pública; (iii) que su instalación en la Isla se da en virtud de su vinculación con una entidad del Estado (la DIAN) y por disposición de una actuación administrativa del Ministerio de Defensa Nacional; y (iv) que no es precisamente la accionada, debido a las anteriores condiciones, el extremo obligado a reportar su permanencia en San Andrés, sino que de hecho, como se dijo anteriormente, es una labor que esta Corte ha encomendado a la entidad nominadora, esta Sala ordenará a la OCCRE que reconozca y autorice permiso de residencia provisional a la actora y su núcleo familiar, hasta tanto se adelanten y culminen

los trámites de normalización y definición de la permanencia en la Isla de la demandante, en razón la vinculación institucional que se ha oficializado entre ésta y la DIAN.

Tercero. El requisito de inglés para la dirección seccional de la DIAN en San Andrés.

La última discusión que se da entre las partes gira en torno a si es exigible el idioma inglés para quien ejerza el cargo de Director Seccional de la DIAN en las Islas. Qué modalidad del idioma (general o creole) y cómo debe acreditarlo.

En este punto, las partes sostienen dos puntos de vista distintos. De acuerdo con la peticionaria, como su situación se encuentra regulada por el régimen excepcional descrito por la sentencia C-530 de 1993, no debe exigírsele el requisito, aunque, además, explica que su caso se hallaría regulado por el artículo 45 de la Ley 47 de 1993, que exige el idioma inglés (en general) para quienes atiendan público y no por el artículo 42, que establece el idioma oficial de la Isla. La OCCRE sostiene que debe darse una interpretación conjunta de ambas normas, así que los funcionarios que lleguen a la Isla deben hablar inglés; que este debe ser aquel comúnmente hablado por los nativos, es decir, el creole, y que la funcionaria que ocupe el cargo de Directora Seccional de la DIAN sin duda tendrá que atender público en los términos del artículo 23 de la Carta Política.

En criterio de la Corte Constitucional en esta discusión es imprescindible evitar una confusión entre los requisitos de acceso, circulación, residencia y trabajo en la Isla, contenidos en el Decreto 2567 de 1992 y objeto de control constitucional por sentencia C-530 de 1993, y aquellos asociados al idioma inglés para quienes ejercen empleos públicos en la Isla de San Andrés, previstos en la Ley 47 de 1993 y objeto de control por la Corporación en la sentencia C-086 de 1994.

Sobre los primeros ya la Sala estableció su posición en el acápite anterior. Sobre los segundos, es importante indicar que (i) el artículo 42 de la Ley 93 establece como idiomas oficiales de la Isla el español y el inglés comúnmente hablado por los nativos, mientras (ii) el artículo 45 dispone que los funcionarios que tengan relación directa con el público deben hablar inglés.

La Corte Constitucional, en un análisis conjunto de estas normas, indicó, básicamente, que una de las características del pueblo raizal es su relación con el idioma inglés, así que es apenas lógico que se exija a quienes ocupan cargos en la isla y tienen relación con los integrantes del pueblo raizal. Indicó, además, que lo que resultaría inconstitucional sería imponerle a este el idioma Español.

Como puede verse, son consideraciones muy distintas a las que tienen que ver con las normas de residencia. Es cierto que la Corte Constitucional no explicó a fondo qué modalidad de inglés deben hablar y que se trata de un aspecto abierto a discusiones legales y a la interpretación de los jueces naturales en el ámbito de las distintas normas que regulan los diversos sistemas de carrera y acceso a los cargos públicos.

Sin perjuicio de lo que decida el Legislador en el futuro y los jueces naturales en cada caso concreto, en este punto, la Sala considera que el artículo 45 de la Ley 47 de 1993 exige el inglés, en cualquiera de sus modalidades, pues la interpretación sistemática propuesta por la OCCRE (exigencia del creole) no se desprende de la literalidad de la disposición legal y, en cambio, debe primar, prima facie, el criterio gramatical, por tratarse de una limitación al derecho al acceso a los cargos públicos.

La Sala, sin embargo, comparte la preocupación de la OCCRE en el sentido de que la funcionaria deberá responder peticiones y adelantar diversos procedimientos en la Isla, en los que se puede ver comprometida la vigencia de diversos derechos fundamentales, tanto

de los nativos o raizales como de la población foránea, lo que justifica plenamente la exigencia de que esta funcionaria deba acreditar el requisito de hablar el idioma inglés, mediante un examen de suficiencia.

Como dijo la Corte en la sentencia T-1117 de 2002 —que la accionante cita como precedente—, todas las entidades públicas y todas las personas deben ser conscientes de la situación de sobrepoblación de las islas y de la diversidad cultural del pueblo raizal. Por ello, advertirá al Director Nacional de la DIAN sobre (i) su deber de informar a las autoridades de la Isla sobre la designación de un Director o una Directora Seccional en el Archipiélago y (ii) la obligación de verificar que cumpla con el requisito del artículo 45 de la Ley 47 de 1993, incluso si es un funcionario de libre nombramiento y remoción.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Primera de Revisión, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero.- Confirmar la decisión de única instancia adoptada en el expediente T-5930872, el 31 de mayo de 2016, por el Juzgado Primero del Circuito de San Andrés, Providencia y Santa Catalina Islas, que declaró improcedente la acción de tutela, aunque por los motivos expuestos en esta providencia (ausencia de legitimación por activa).

Segundo.- Revocar la sentencia proferida en segunda instancia por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, el 18 de octubre de 2016, en el proceso de la Señora Jenny Alexandra Camacho, que declaró la improcedencia de la acción; en su lugar, (i) confirmar la sentencia de primera instancia, proferida por el Juzgado Promiscuo Primero de Familia de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, el 19 de septiembre de 2016, en tanto concedió el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso, petición y trabajo de la peticionaria, y (ii) modificar su decisión en cuanto al alcance de las medidas de amparo, de acuerdo con los numerales que siguen.

Tercero.- Dejar sin efectos las resoluciones No. 092 de 2016 y 2446 de 2016 de la Oficina de Control de Circulación y Residencia de San Andrés, Providencia y Santa Catalina (OCCRE), en las que se decidió abrir investigación previa e imponer sanción administrativa contra la accionante, respectivamente.

Cuarto.- Ordenar a la Oficina de Control de Circulación y Residencia de San Andrés, Providencia y Santa Catalina (OCCRE) que reconozca y autorice permiso de residencia provisional a la actora y su núcleo familiar, hasta tanto se adelanten y culminen los trámites de normalización y definición de la permanencia en la Isla de la demandante, en razón la vinculación institucional que se ha oficializado entre ésta y la DIAN.

Quinto.- Advertir al Director Nacional de la DIAN acerca de su deber de solicitar la expedición de la tarjeta de circulación o residencia de los funcionarios que ingresen a la Isla, bien sea con fines de registro, bien con fines de control.

Séptimo.- Advertir a la Gobernación de San Andrés Islas sobre su obligación de dar respuesta a los derechos de petición y los recursos presentados por todos y todas las ciudadanos en vía

administrativa dentro de los términos legales.

Octavo.- Advertir a la OCCRE que, en caso de iniciarse nuevamente el trámite para la residencia temporal y trabajo de la señora Jenny Alexandra Camacho, por parte de la DIAN, deberá acatar lo expresado en esta providencia, sin perjuicio de llevar nuevas controversias sobre la interpretación de las normas legales pertinentes ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Noveno.- Advertir al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá sobre su obligación de cumplir con lo dispuesto en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, en el sentido de asumir la competencia a prevención de las acciones de tutela.

Comuníquese y cúmplase.

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

LUIS GUILLERMO GUERRERO PEREZ

Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

Con salvamento parcial de voto

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DEL MAGISTRADO

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

A LA SENTENCIA T-183/17

DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO-Se debió resolver la posible vulneración por cuanto no fue resuelto el recurso de apelación formulado en contra la resolución, mediante la cual la OCCRE le impuso una sanción económica a la accionante (Salvamento parcial de voto)

REGIMEN DE CONTROL DE DENSIDAD POBLACIONAL EN EL DEPARTAMENTO ARCHIPIELAGO DE SAN ANDRES, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA-La decisión se opone a la sentencia C-530 de 1993, la cual declaró exequibles las normas que componen el régimen (Salvamento parcial de voto)

Expediente T-5.930.872 Acción de tutela instaurada Anuncy Tibabijo Páez, en calidad de agente oficiosa de José Gabriel Gabriel Ospino Cervante, contra el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, Oficina de Control de Circulación y Residencia - OCCRE.

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de marzo de dos mil diecisiete (2017).

Con el debido respeto por las decisiones de la mayoría, salvo parcialmente mi voto frente a la sentencia de tutela T-183 de 2017 aprobada por la Sala Primera de Revisión porque, si bien comparto la decisión de confirmar la declaratoria de improcedencia respecto de la tutela instaurada por Anuncy Tibabijo Páez, en calidad de agente oficiosa de José Gabriel Gabriel Ospino Cervante (T-5.930.872), no estoy de acuerdo con conceder el amparo, en la forma en que ello se hizo, en el caso de la acción de tutela promovida por Jenny Alexandra Camacho Torres (T-5.952.403), por las razones que paso a exponer:

1. Considero que el problema jurídico que se debió resolver en ese caso es el atinente a la posible vulneración de los derechos fundamentales de petición o debido proceso administrativo de la señora Camacho Torres, debido a que no fue resuelto el recurso de apelación formulado en contra la resolución No. 002446 del 29 de junio de 2016, mediante la cual la OCCRE le impuso una sanción económica y ordenó su retiro inmediato de la isla de San Andrés.

Lo anterior, por cuanto no es posible desconocer que tanto la Ordenanza 014 de 1999, expedida por la Asamblea Departamental de San Andrés, como el artículo 6 del Decreto 2171 de 2011 “Por el cual se reglamenta el Decreto 2762 de 1991” reconocen la posibilidad de interponer los recursos de reposición y apelación en contra de los actos administrativos que emita la OCCRE, incluso en los que declare a una persona en situación irregular y ordene su devolución a su lugar de origen. Cabe destacar, que de acuerdo con el régimen legal especial de Departamento Archipiélago de San Andrés Providencia y Santa Catalina estos recursos fueron concedidos en el efecto devolutivo.

2. La presente decisión se opone a la sentencia C-530 de 1993, por medio de la cual esta Corte declaró exequible las normas que componen el régimen especial de control de densidad poblacional en el Departamento Archipiélago de San Andrés Providencia y Santa Catalina – Decreto 2762 de 1991 -, toda vez que modifica el trámite que era adelantado por la OCCRE frente al control poblacional de la isla, al ordenarle evaluar, caso a caso, la complejidad del asunto a efectos de ampliar el ejercicio del derecho de defensa (numeral 7.1). De ahí que, en adelante, la entidad accionada tendrá que diferenciar entre casos fáciles y difíciles, para proceder de manera distinta, por lo que en algunas ocasiones deberá reconocer mayores garantías, lo que podría generar un desconocimiento del derecho a la igualdad.

su devolución a su lugar de origen o declaren la pérdida de la residencia, los recursos se concederán en el efecto devolutivo.

Respetuosamente,

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

