

Sentencia T-214/14

DERECHO DE CIRCULACION Y RESIDENCIA-Caso de persona que es expulsada del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y sancionado con multa por no haber aportado oportunamente los documentos necesarios para legalizar su residencia irregular

LEGITIMACION POR ACTIVA EN TUTELA Y AGENCIA OFICIOSA-Si del escrito de tutela se desprende la imposibilidad del titular del derecho de acudir en su propio nombre para su defensa, el juez puede hacer la interpretación que se acude como agente oficioso

La jurisprudencia constitucional ha señalado que la agencia oficiosa es consecuencia directa de la imposibilidad del titular de los derechos fundamentales supuestamente vulnerados o amenazados de ejercer su propia defensa, situación que legitima a un tercero indeterminado para actuar a su favor sin mediación de poder alguno. Esta potestad está sujeta al cumplimiento de cuatro requisitos: (i) que el agente manifieste expresamente que actúa en nombre de otro; (ii) que se indique en el escrito de tutela o que se pueda inferir de él que el titular del derecho fundamental no está en condiciones físicas o mentales de promover su propia defensa (sin que esto implique una relación formal entre el agente y el titular); (iii) que el sujeto o los sujetos agenciados se encuentren plenamente identificados ,y (iv) que haya una ratificación oportuna mediante actos positivos e inequívocos del agenciado en relación con los hechos y las pretensiones consignados en la tutela.

AGENCIA OFICIOSA EN TUTELA-Requisitos

ACCION DE TUTELA Y PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD-Requisito de procedibilidad

DERECHO FUNDAMENTAL DE PETICION-Consiste en formular petición respetuosa y recibir respuesta rápida y de fondo

Cuando una persona presenta ante una autoridad una solicitud respetuosa, se entiende que lo hace en ejercicio de su derecho fundamental de petición. Razón por la cual, la autoridad debe dar una respuesta oportuna y de fondo al interrogante que le ha sido planteado pues, de lo contrario, vulnerará los derechos del peticionario, sin perjuicio de las consecuencias

propias del silencio administrativo negativo.

DERECHO A LA UNIDAD FAMILIAR-Los padres tienen la responsabilidad de proporcionar un ambiente adecuado para el desarrollo integral del niño/DERECHOS DEL MENOR A TENER UNA FAMILIA Y NO SER SEPARADO DE ELLA-Reiteración de jurisprudencia

El derecho a tener una familia y a no ser separado de ella tiene una especial importancia para los menores, puesto que por medio de su ejercicio, se materializan otros derechos constitucionales como por ejemplo, el acceso al cuidado, al amor, a la educación y a las condiciones materiales mínimas para desarrollarse en forma apta. La Corte ha sostenido que los niños, las niñas y los adolescentes necesitan para su crecimiento armónico del afecto de sus familiares. Razón por la cual, cuando son privados de los lazos afectivos necesarios para su tranquilidad y su desarrollo integral, se vulneran sus derechos fundamentales. Por ello, la Corte ha sostenido que sólo razones muy poderosas consagradas en una norma jurídica, en una decisión judicial o en una orden de un defensor o comisario de familia, pueden limitar su derecho a tener y permanecer en una familia.

REGIMEN ESPECIAL DE CONTROL DE DENSIDAD POBLACIONAL EN ARCHIPIELAGO DE SAN ANDRES

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 permitió limitar el ejercicio de los derechos de circulación y residencia, establecer 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.

DERECHO A LA UNIDAD FAMILIAR-Informar a la Oficina de Control de Circulación y Residencia del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina que debe permitir el ingreso del accionante a la Isla en calidad de turista por el tiempo máximo de 6 meses al año, continuos o discontinuos

DERECHO A LA UNIDAD FAMILIAR-Informar a la OCCRE que debe permitir al accionante

presentar los documentos requeridos para solicitar nuevamente la adquisición de la residencia permanente, estableciendo un plazo razonable y proporcional para tal efecto

Referencia: Expediente T-4139497

Acción de tutela presentada por Luz Yenis Sarabia Reales contra el departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina

Magistrada ponente:

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Bogotá D.C., primero (1) de abril de dos mil catorce (2014)

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados María Victoria Calle Correa, Mauricio González Cuervo y Luis Guillermo Guerrero Pérez, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y previas al cumplimiento de los requisitos y trámites legales y reglamentarios, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

En el proceso de revisión del fallo proferido en primera instancia por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de San Andrés, Isla, el seis (6) de septiembre de dos mil trece (2013) en el trámite de tutela iniciado por la señora Luz Yenis Sarabia Reales contra el departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina. El proceso de referencia fue seleccionado para revisión por la Sala de Selección Número 11 de la Corte Constitucional, mediante Auto proferido el veintiocho (28) de noviembre de dos mil trece (2013).

I. DEMANDA Y SOLICITUD

Por conducto de abogado, la señora Luz Yenis Sarabia Reales interpuso acción de tutela el veintiséis (26) de agosto de dos mil trece (2013) contra el departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina por considerar que dicha entidad vulneró sus derechos fundamentales y los de su familia al trabajo, al debido proceso, a la libre circulación y residencia y a la unidad familiar, cuando expulsó de la Isla a Jimmy Augusto Fontalvo Ramírez, su compañero permanente y padre de sus hijos.

1.1. El señor Fontalvo, habitó el Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina desde mil novecientos noventa y uno (1991) hasta el dos mil trece (2013), cuando fue expulsado por orden de la Oficina de Control de Circulación y Residencia (OCCRE) a raíz de su residencia irregular[1].

1.2. Desde el dos mil cuatro (2004) y hasta la fecha de expulsión, convivió en unión permanente con la señora Luz Yenis Sarabia Reales, residente regular[2]. Producto de su relación, nacieron los menores Wilmer Darley Fontalvo Sarabia y Tayner Alfonso Fontalvo Sarabia, de nueve (9) y siete (7) años, respectivamente. Este último nació en la Isla de San Andrés[3].

1.3. El dieciséis (16) de mayo de dos mil trece (2013), el señor Fontalvo fue detenido por carecer de la documentación de residencia. Posteriormente, fue conducido ante la OCCRE, donde rindió declaración libre y suscribió un acta de compromiso con el propósito de legalizar su residencia. Allí acordó aportar los documentos requeridos para tal efecto durante los cinco (5) días hábiles siguientes, so pena de ser rechazada su solicitud y negada su residencia[4].

1.4. El veintiuno (21) de mayo de dos mil trece (2013), presentó derecho de petición solicitando la ampliación del plazo puesto que no había conseguido todos los papeles requeridos[5]. Según lo estipulado en el artículo 14 de la Ley 1437 de 2011, por medio del cual se expidió el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, esta solicitud debía ser resuelta durante los quince (15) días hábiles siguientes[6]. Sin embargo, la entidad territorial nunca profirió una respuesta.

1.5. Por no haber entregado oportunamente los documentos solicitados, el dos (2) de julio de dos mil trece (2013) el Gobierno Departamental profirió el Auto 113 del mismo año. A través suyo, ordenó la expulsión inmediata del señor Fontalvo e impuso una multa de veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes. En cumplimiento de dicha norma, funcionarios de la OCCRE aprehendieron al suscrito y lo condujeron a las instalaciones de la entidad para que rindiera declaración[7]. Allí manifestó que seguía a la espera de la respuesta a la solicitud de prórroga. A lo que la OCCRE le respondió no tener conocimiento alguno de dicha petición. Razón por la cual, procedió a expulsarlo llevándolo a la ciudad de Barranquilla[8]. Frente a este hecho, el señor Fontalvo manifestó: “me llevaron entonces al

aeropuerto sin darme oportunidad de despedirme de mis dos niños, de avisarle a mi compañera, ni mucho menos de buscar ropa, ni de conseguir dinero alguno”[9].

1.6. Teniendo en cuenta los anteriores hechos, la señora Luz Yenis Sarabia Reales interpuso la presente acción de tutela por conducto de apoderado. Allí exigió la protección de sus derechos, en conjunto con los de sus hijos y compañero permanente, solicitando la revocatoria del Auto, así como el regreso inmediato y permanente del señor Fontalvo.

2. Respuesta de la entidad accionada

La OCCRE informó que, según lo estipulado en el Decreto 2762 de 1991, por medio del cual se adoptan medidas para controlar la densidad poblacional en el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, actuó conforme a la ley al negar la solicitud de residencia y, consecuentemente, al multar y expulsar de la Isla al señor Fontalvo por encontrarse en situación irregular y no haber allegado oportunamente los documentos requeridos para iniciar el trámite de regularización[10].

3. Decisión del juez de tutela

3.1. La acción de tutela le correspondió al Juez Segundo Civil del Circuito de San Andrés, Isla.

3.2. Mediante sentencia del seis (6) de septiembre de dos mil trece (2013), dicho Juzgado negó el amparo de los derechos al trabajo, al debido proceso y a libertad de circulación y residencia, por considerar que la accionante carecía de legitimación por activa para alegar la presunta violación. En cuanto a la presunta trasgresión al derecho de la actora y de sus hijos a la unidad familiar, sostuvo que, no siendo este un derecho absoluto, la expulsión del señor Fontalvo fue adecuada, necesaria y proporcional teniendo en cuenta que las restricciones de residencia que operan en la Isla propenden por la preservación del medio ambiente, la cultura de los nativos y el interés general de la comunidad.

3.3. No obstante lo anterior, estando lejos de su compañero permanente y siendo ahora responsable de mantener a sus dos (2) hijos menores, la accionante se abstuvo de impugnar la anterior decisión por carecer del conocimiento y de los recursos económicos necesarios para seguir pagando los servicios de un abogado[11].

4. Pruebas aportadas por las partes y evaluadas por el juez de tutela

4.1. Copia de la cedula de ciudadanía de la señora Luz Yenis Sarabia Reales, expedida en Valledupar, Cesar, el catorce (14) de enero de dos mil cinco (2005). Según este documento, la accionante nació el veinticinco (25) de octubre de mil novecientos ochenta y seis (1986) en el municipio de Candelaria, Atlántico[12].

4.2. Copia de la tarjeta OCCRE de la accionante, expedida el treinta (30) de septiembre de dos mil nueve (2009), que acredita su calidad de residente permanente[13].

4.3. Copia de la cedula de ciudadanía del señor Jimmy Augusto Fontalvo, expedida en San Andrés, Isla, el veinticinco (25) de noviembre de mil novecientos noventa y cuatro (1994). Según este documento, el accionante nació el veinte (20) de enero de mil novecientos setenta y seis (1976) en el municipio de Agustín Codazzi, Cesar[14].

4.4. Poder para actuar otorgado por la señora Luz Yenis Sarabia Reales al señor Candelario Mercado Parra para que iniciara y llevara hasta su terminación el proceso judicial relacionado con la obtención de la residencia permanente del señor Jimmy Augusto Fontalvo Ramírez[15].

4.5. Copia del registro civil de nacimiento de Tayner Alfonso Fontalvo Sarabia, hijo de la señora Sarabia y del señor Fontalvo, nacido en San Andrés, Isla, el diecisiete (17) de abril de dos mil siete (2007)[16].

4.6. Copia del registro civil de nacimiento de Wilmer Darley Fontalvo Sarabia, hijo de la señora Sarabia y del señor Fontalvo, nacido en Valledupar, Cesar, el seis (6) de enero de dos mil cinco (2005)[17].

4.7. Copia del derecho de petición que presentó el señor Fontalvo ante la OCCRE el veintiuno (21) de mayo de dos mil trece (2013) y a través de la cual pidió una prórroga para presentar los documentos necesarios para obtener la tarjeta de residente permanente. A este respecto, el suscrito manifestó lo siguiente:

“De conformidad con el acta de compromiso de 16 de mayo de 2013 firmada por el suscrito,

en la cual me fue concedido el término de 5 días hábiles para aportar los documentos tendientes adelantar el trámite de residencia, ante la oficina a su digno cargo, de la manera más comedida me permito solicitar una prórroga, como quiera que no me ha sido posible, obtener la expedición de todos y cada uno de ellos. Es de resaltar, que tengo toda la intención de normalizar la situación de mi residencia en la Isla, soy un hombre discapacitado, he vivido en este departamento desde que tengo 14 años de edad, soy un trabajador honesto, brindo mis servicios a la comunidad a través de mi labor diaria (Mototaxi), tengo un hijo de 6 años nacido en la Isla, y mi compañera permanente LUZ YENIS SARABIA REALES, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.065.578.708, es residente y estamos haciendo las gestiones necesarias, para adelantar el trámite pertinente"[18] (negrilla original del texto).

4.8. Copia del acta de compromiso suscrita entre el señor Jimmy Augusto Fontalvo y la Gobernación del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina el dieciséis (16) de mayo de dos mil trece (2013). Allí el suscrito manifestó tener un hijo nacido en la Isla y ser compañero de una residente permanente. Razón por la cual, se comprometió a aportar los documentos que a continuación se enlistan durante los cinco (5) días siguientes a la fecha de firma: (i) Carta de solicitud de la tarjeta de residente permanente; (ii) registro civil de nacimiento de la pareja válido para matrimonio; (iii) escritura pública de la inscripción de la unión marital de hecho ante notario; (iv) copia de la cédula de ciudadanía de la pareja; (v) copia de la tarjeta OCCRE de su compañera permanente; (vi) certificado judicial vigente; (vii) tres referencias personales con copia de la cédula y la tarjeta OCCRE de quienes las otorguen; (viii) tres referencias comerciales de los otorgantes de los documentos inmediatamente anteriores; (ix) tres referencias bancarias de los mismos otorgantes; (x) dos fotos fondo azul 3×4, y (xi) contrato de arrendamiento o certificado de libertad y tradición[19].

4.9. Copia del Auto 113 de dos mil trece (2013) expedido por la Gobernación Departamental a través del cual se estableció que el señor Fontalvo, sin tener permiso para ello, se encontraba en el territorio insular por fuera del término previsto. Consecuentemente, se ordenó (i) su devolución al último lugar de embarque (Barranquilla, Atlántico); (ii) se impuso una multa de veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes para ser cancelada durante los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de notificación y cuyo pago sería condición para regresar a la Isla en calidad de turista, y (iii) se

dispuso incluir al suscrito en la lista de las personas que no pueden ingresar al Archipiélago hasta tanto la OCCRE no levante tal restricción y permita la expedición de la documentación de turista[20].

4.10. Escrito original allegado por el señor Fontalvo el primero (1º) de septiembre de dos mil nueve (2009) con ocasión de su vinculación al proceso. A través suyo, confirmó los hechos contenidos en el escrito de tutela y relató lo que sucedió el día que fue expulsado del Archipiélago. A este respecto, afirmó lo siguiente:

“Siendo las 10 A.M. llega un funcionario de la Oficina de Control de Circulación y Residencia - OCCRE al lugar donde yo residía pidiendo lo acompañara hasta la oficina de la OCCRE, yo le pregunté al funcionario que para qué me necesitaban me respondió que necesitan hablar conmigo. Pensando me iban a dar respuesta alguna a una carta que yo había radicado el día 21 de mayo del presente año en la gobernación solicitando más tiempo a la Oficina de Control de Circulación y Residencia - OCCRE, para completar documentos que me hacían falta para solicitar la tarjeta de residente. Porque me queda difícil movilizarme de manera rápida y subir escaleras porque cuando niño me dio Poliomielitis, lo que me causó gran limitación en ambas piernas. Yo accedí a acompañarlo, al llegar a la oficina de la OCCRE me pidieron los documentos de identificación. Los cuales me los tuvieron retenidos en todo momento. Cercanas las 12M. una de las abogadas de la OCCRE sale de las oficinas, con unos documentos, que ni siquiera me dejó leer, pidiendo que los firmara y si no los firmaba, que no importaba que me llevaran de inmediato al aeropuerto porque yo tenía que abandonar la Isla en ese mismo momento. Yo les respondí: ¿Cómo así?, Yo había radicado una carta solicitando más tiempo en la Gobernación. La abogada me respondió de manera grosera que allá no aparecía ningún documento radicado. Debido a que, en el momento no tenía a la mano la copia del documento que había radicado en la Gobernación, les dije que entonces me dejaran ir a buscar dinero prestado porque no tenía ni un peso en ese momento. Que cómo me iban a sacar así de esa manera de la Isla; que tenía dos niños pequeños por los que tenía que responder, a los que llevo todos los días a su colegio, compro diariamente su lonchera y tengo que dejar el diario en mi casa; la funcionaria encargada me respondió en forma de burla: “ese no es problema de nosotros, tú te tienes que ir y te vas ya!” Me llevaron entonces al aeropuerto sin darme oportunidad de despedirme de mis dos niños, de avisarle a mi compañera, ni mucho menos de buscar ropa, ni de conseguir dinero alguno. Me subieron en el vuelo que iba para Barranquilla a

las 2:15pm. Sin mediar palabras, sin preguntarme si tenía familiares en Barranquilla dónde pudiera quedarme, con la ropa de trabajo que tenía puesta en el momento, sin dinero y como si fuera un delincuente o un peligro para la sociedad del Archipiélago, me sacaron de la Isla de una manera inhumana. Me quedé deambulando en el aeropuerto de Barranquilla, sin dinero, con hambre, sin familiares y sin conocer a nadie, esperanzado en ver a alguna persona conocida que llegara de San Andrés para pedirle plata prestada o para que me ayudara para poder transportarme porque no tenía para dónde coger en esa ciudad y por el problema que tengo en ambas piernas (poliomielitis) se me dificulta movilizarme de un lugar a otro fácilmente”.[21]

5. Trámite ante la Corte Constitucional

5.1. La Sala de Revisión requirió al señor Jimmy Augusto Fontalvo Ramírez para que ampliara los hechos narrados en la acción de tutela[22]. Concretamente, para que explicara (i) dónde reside actualmente; (ii) si se ha reencontrado con su familia; (iii) en qué fecha ingresó por vez primera a la Isla; (iv) por qué no pudo presentar a tiempo los documentos solicitados por la OCCRE y cuáles no logró conseguir; (v) cómo se encuentra su estado de salud y cómo influye esto en sus actividades diarias; (vi) si agotó la vía administrativa, y (vii) si activó los demás recursos ordinarios de defensa judicial.

5.2. A este respecto, el suscrito informó que (i) actualmente reside en Valledupar, Cesar; (ii) no ha podido regresar a la Isla, razón por la cual, no se ha reencontrado con su familia; (iii) llegó al archipiélago por primera vez en 1991; (iv) no logró conseguir a tiempo su registro civil de nacimiento, así como el de su compañera permanente porque ambos nacieron en Colombia continental. En esta medida, le fue imposible, además, realizar la inscripción de la respectiva unión marital; (v) tiene dificultades para desplazarse y para conseguir un nuevo trabajo porque padece de poliomielitis desde que era niño (anexa fotos de sus piernas), y (vi) que, encontrándose sin recursos y lejos de la Isla, no ha tenido los medios para agotar la vía gubernativa o ejercer los demás recursos ordinarios de defensa judicial[23].

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

Esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional es competente para revisar el fallo de tutela

proferido dentro del trámite de 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.

2. Presentación del caso y problema jurídico

2.1. El señor Jimmy Augusto Fontalvo Ramírez, compañero permanente y padre de los dos (2) hijos menores de Luz Yenis Sarabia Reales (accionante en el proceso objeto de revisión), fue expulsado del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y sancionado con multa de veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes por no haber aportado oportunamente los documentos necesarios para legalizar su residencia irregular, a pesar de que tiene dos (2) hijos menores de edad y se encontraba pendiente de respuesta un derecho de petición a través del cual se solicitaba una prórroga del término para presentar dichos papeles ante la Oficina de Control de Circulación y Residencia (OCCRE).

2.2 Actuando por conducto de abogado, la señora Sarabia interpuso la presente acción de tutela contra la entidad territorial a la cual se encuentra adscrita la OCCRE por considerar que esta vulneró sus derechos fundamentales y los de su familia al trabajo, al debido proceso, a la libre circulación y residencia y a la unidad familiar. Debido a esto, la accionante solicitó el regreso inmediato de su compañero y la revocatoria del acto administrativo a través del cual se le sancionó y expulsó.

2.3. De acuerdo con los anteriores hechos y haciendo uso de sus facultades constitucionales y legales, la Sala se ocupará de resolver el siguiente problema jurídico incluyendo dentro del análisis el estudio sobre la vulneración al derecho fundamental a la petición, a pesar de que este no fue alegado directamente por la accionante, por encontrar razones para pensar que el goce de dicho derecho se encuentra comprometido:

¿Viola el derecho fundamental al trabajo, a la petición, al debido proceso, a la unidad familiar y a la libre circulación y residencia una entidad territorial que sanciona con multa y expulsión a un residente irregular por no haber aportado los documentos necesarios para acreditar su derecho a la residencia permanente, a pesar de que, como resultado de esta decisión, dicha persona debe separarse de los hijos menores que tiene a su cargo?

2.4. No obstante, antes de dar respuesta a este interrogante, la Corte verificará el cumplimiento de los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela según lo dispuesto en los artículos 86 superior y 1° del Decreto 2591 de 1991. Concretamente, establecerá si existe legitimación por activa y si se satisface el principio de subsidiariedad.

3. Legitimación por activa del agente oficioso – Reiteración de jurisprudencia

3.1. Conforme a lo dispuesto en el artículo 86 superior, toda persona tiene derecho a la acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos fundamentales cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública, o de un particular, en los casos señalados por la ley. En desarrollo del citado mandato constitucional, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 estableció que la acción tutelar puede ser ejercida por cualquier persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, teniendo la posibilidad de promoverla a través de representante o por medio de agente oficioso[24].

3.2. Lo anterior significa que la titularidad de la acción de tutela se encuentra, en principio, en cabeza del directamente agraviado. Sin embargo, esta puede ser interpuesta por un tercero cuando: (i) quien actúa es el representante legal del titular de los derechos fundamentales presuntamente conculcados; (ii) el accionante es el apoderado judicial de aquel que alega sufrir un menoscabo a sus derechos, o (iii) el tercero actúa como agente oficioso[25].

3.3. En relación con esta última figura procesal, la jurisprudencia constitucional ha señalado que la agencia oficiosa es consecuencia directa de la imposibilidad del titular de los derechos fundamentales supuestamente vulnerados o amenazados de ejercer su propia defensa, situación que legitima a un tercero indeterminado para actuar a su favor sin mediación de poder alguno[26]. Esta potestad está sujeta al cumplimiento de cuatro requisitos: (i) que el agente manifieste expresamente que actúa en nombre de otro; (ii) que se indique en el escrito de tutela o que se pueda inferir de él que el titular del derecho fundamental no está en condiciones físicas o mentales de promover su propia defensa (sin que esto implique una relación formal entre el agente y el titular); (iii) que el sujeto o los

sujetos agenciados se encuentren plenamente identificados ,y (iv) que haya una ratificación oportuna mediante actos positivos e inequívocos del agenciado en relación con los hechos y las pretensiones consignados en la tutela[27]. Las reglas anteriores, cuando se trata de agenciar derechos fundamentales de niños, niñas o adolescentes, deben aplicarse de manera aún más flexible por tratarse de sujetos de especial protección constitucional, frente a los cuales el Estado, la sociedad y la familia tienen la obligación de garantizar su prevalencia en los amplios términos del artículo 44 constitucional[28].

3.4. En relación con el segundo requisito (que el titular no está en condiciones de promover su propia defensa), la Corte ha sido enfática en señalar que el juez de tutela, en su calidad de garante de los derechos fundamentales, tiene el deber de identificar, en la medida de lo posible, las razones y los motivos que condujeron al actor a interponer la acción en nombre de otro, incluso cuando el agente no ha explicado por qué el titular no actuó directamente. Sobre el particular, en la sentencia T-1012 de 1999[29] esta Corporación precisó lo siguiente al ocuparse del caso de una tutela interpuesta por un familiar de una persona secuestrada que se oponía a los cobros que le hacía una entidad bancaria como resultado de un crédito contraído entre el banco y el secuestrado:

“[...] son dos los requisitos exigidos para la prosperidad de la agencia oficiosa: la manifestación de que se actúa como agente oficioso de otra persona y, la imposibilidad de ésta de promover directamente la acción constitucional. ¿Pero que sucede si en el escrito de tutela no se manifiesta en forma expresa que se están agenciando derechos de personas que se encuentran imposibilitadas para acudir a un proceso que afecta sus derechos, circunstancia ésta que se encuentra debidamente acreditada en el caso sub examine, pero, del contenido mismo de la demanda de tutela, se concluye que se actúa en nombre de otro? Considera la Corte que al juez constitucional le compete dentro del ámbito de sus funciones realizar una interpretación del escrito de tutela, en aras de brindar una protección efectiva de los derechos fundamentales que se estiman vulnerados. Precisamente, uno de los avances más relevantes de la Constitución Política, consiste en hacer prevalecer la realidad sobre las formas, con el fin de evitar que los derechos fundamentales y las garantías sociales, se conviertan en enunciados abstractos, como expresamente lo ordena la Carta Política en su artículo 228.”

3.5. En concordancia con lo anterior, la Corte Constitucional ha señalado que, además de

tener en cuenta los requisitos de la agencia oficiosa, el análisis en sede de tutela siempre debe ir guiado bajo tres principios fundamentales: (i) la eficacia de los derechos fundamentales; (ii) la prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal, y (iii) la solidaridad en la defensa de los derechos fundamentales de quienes no están en condiciones de defenderse por sí mismos[30].

3.6. En el caso concreto, la señora Luz Yenis Sarabia Reales, interpuso una acción de tutela por conducto de apoderado al considerar que el departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina violó sus derechos fundamentales y los de su familia al trabajo, al debido proceso, a la libre circulación y residencia y a la unidad familiar. La accionante se encuentra, en primera medida, legitimada para denunciar la presunta violación a su derecho a la unidad familiar por ser ella su titular. Asimismo, está en capacidad de alegar la vulneración al derecho de sus dos hijos menores a permanecer cerca de su familia y, especialmente, de su padre, pues, de acuerdo con el artículo 306 del Código Civil[31], ella debe representar sus intereses[32]. Finalmente, y como se explicará a continuación, la señora Sarabia puede, así mismo, argüir la violación de este derecho y de cualquier otro que esté en cabeza de su compañero permanente en calidad de agente oficioso.

3.7. La accionante cumple con los cuatro (4) requisitos que ha exigido esta Corporación a quienes pretenden actuar en nombre de un tercero del que no han recibido poder alguno. En primer lugar, en el escrito de tutela el apoderado de la suscrita hace una manifestación expresa de que actúan en nombre de otro al pretender que “no se sigan violando los derechos al núcleo familiar, el debido proceso, a la libre locomoción y al trabajo, entre otros, del compañero permanente de mi prohijada, y padre de sus hijos, el señor JIMMY AUGUSTO FONTALVO RAMÍREZ”. En segundo lugar, si bien no hay una mención explícita que aclare por qué el señor Fontalvo no pudo presentar directamente la acción de tutela, se infiere del expediente que este no se encontraba en las condiciones para promover su propia defensa[33]. Viéndose forzado a abandonar la Isla el mismo día que fue detenido, el señor Fontalvo no pudo llevar consigo dinero, ropa o víveres. Razón por la cual, es entendible que, habiendo llegado a una ciudad que desconocía, y no teniendo una fuente de ingresos, un lugar dónde vivir o un conocido o familiar a quién recurrir, el suscrito no estaba en condiciones de presentar directamente la acción de tutela y, mucho menos, de contratar los servicios de un abogado. En tercer lugar, el agenciado y la agente se encuentran plenamente identificados con nombre completo, número de cédula y lugar de residencia o

notificación[34]. Por último, habiendo sido vinculado al proceso por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de San Andrés, Isla[35], el señor Fontalvo ratificó los hechos de la demanda solicitándole al juez que amparara sus derechos[36].

3.8. Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala considera que la señora Luz Yenis Sarabia Reales se encuentra legitimada para interponer la presente acción de tutela en nombre propio, en representación de sus hijos menores y en calidad de agente oficiosa de su compañero permanente, el señor Jimmy Augusto Fontalvo Ramírez.

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

4.1. La acción de tutela es procedente si se emplea (i) como mecanismo principal cuando el actor no dispone de otro medio judicial de defensa; (ii) cuando se interpone como mecanismo subsidiario ante la existencia de otros medios que resultan inidóneos o ineficaces, o (iii) como mecanismo subsidiario para evitar la consumación de un perjuicio irremediable. En el primer y segundo caso, la protección constitucional tiene un carácter definitivo, en el tercero, uno transitorio. En ésta última situación, el accionante adquiere la obligación de acudir posteriormente a las instancias ordinarias para que allí se desarrolle el debate jurídico de fondo sobre los hechos planteados en su demanda[37].

4.2. La evaluación del perjuicio irremediable debe realizarse con el ánimo de preservar la naturaleza de la acción de tutela cuando se utiliza como mecanismo subsidiario y transitorio. Esto es, (i) evitar que desplace a los mecanismos ordinarios al ser estos los espacios preferentes para invocar la protección de los derechos constitucionales[38], y (ii) garantizar que opere únicamente como el último recurso cuando, en una circunstancia específica, se requiere suplir los vacíos de defensa que presenta el orden jurídico para la protección de los derechos fundamentales[39].

4.3. La determinación de la eficacia e idoneidad de los recursos ordinarios no debe obedecer a un análisis abstracto y general[40]. Es competencia del juez constitucional analizar la funcionalidad y eficacia de tales mecanismos a la luz del caso concreto y de la situación del accionante para determinar si ellos, realmente, permiten asegurar la protección efectiva de los derechos constitucionales fundamentales cuyo amparo se pretende[41].

4.4. El perjuicio irremediable, por su parte, es un daño a un bien que se deteriora irreversiblemente hasta el punto en que ya no puede ser recuperado en su integridad[42].

En este sentido, debe (i) ser inminente; (ii) ser grave; (iii) requerir de medidas urgentes para su supresión, y (iv) demandar la acción de tutela como una medida impostergable[43].

4.5. Por inminencia se ha entendido algo que amenaza o que está por suceder prontamente[44]. Esto es, un daño cierto y predecible cuya ocurrencia se pronostica objetivamente en el corto plazo a partir de la evidencia fáctica y que, por esta razón, justifica la toma de medidas prudentes y oportunas para evitar su realización. No es, por el contrario, una simple expectativa o hipótesis. La urgencia, por su parte, se ha predicado de las medidas precisas que se requieren para evitar la pronta consumación del perjuicio irremediable y la consecuente vulneración del derecho cuyo amparo se pretende[45]. Por esta razón, la inminencia está directamente ligada a la urgencia. La primera hace relación a la prontitud del evento y la segunda alude a la respuesta célere y concreta que se requiere. La gravedad se refiere al nivel de intensidad que debe ostentar el daño[46], esto es, a la importancia del bien jurídico tutelado. Esta exigencia busca garantizar que la amenaza sea motivo de una actuación extraordinariamente oportuna y diligente. Por último, la impostergabilidad de la acción de tutela ha sido definida como la consecuencia de la urgencia y la gravedad, bajo el entendido de que un amparo tardío a los derechos fundamentales es ineficaz e inoportuno[47].

4.7. En el caso concreto, la Sala observa que desde que el señor Fontalvo fue expulsado de la Isla el dos (2) de julio de dos mil trece (2013), no ha podido restablecer contacto físico con sus hijos ni con su compañera permanente pues, aunque puede regresar temporalmente en calidad de turista si paga la multa que le fue impuesta, carece de los recursos económicos para saldar dicha obligación y emprender tal viaje. Debido a esto, la Sala considera que, a pesar de la necesaria y adecuada limitación constitucional que opera sobre el Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, existe un perjuicio irremediable relacionado con la expulsión del compañero de la accionante y la separación familiar a la que esta dio lugar. Dicho daño es actual, continuado y grave, pues compromete, como se verá más adelante, el derecho a la unidad familiar en la medida en que (i) viene sucediendo hace más de un (1) año; (ii) continuará existiendo hasta tanto el suscrito regrese a la Isla de forma permanente, y (iii) vulnera el interés superior de dos (2)

menores de edad. Esto último en cuanto le impide al suscrito vivir junto a su familia en el lugar en que ellos residen.

4.8. El daño descrito reviste una especial gravedad por cuanto lesiona los derechos fundamentales de dos niños menores, sujetos de especial protección constitucional, al impedirles recibir afecto y contar con la compañía de su padre en la etapa de desarrollo.

4.9. Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala observa que, para evitar la continuación del perjuicio descrito, se deben tomar medidas urgentes. Si bien la sentencia de primera instancia no fue impugnada por la accionante por carecer del conocimiento y de los recursos económicos necesarios para seguir pagando los servicios de un abogado, y si bien el asunto objeto de revisión puede ser solucionado en la jurisdicción contenciosa administrativa a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, las violaciones alegadas demandan una respuesta inmediata. Por esta razón, la Corte considera que la tutela es, en este caso, una medida impostergable para detener las vulneraciones alegadas y, en consecuencia, declarará su procedencia como mecanismo subsidiario para dar una solución transitoria con el ánimo de establecer si la actuación de la OCCRE y la orden de expulsión y la multa que impuso (i) se tradujeron en una violación al derecho de petición a pesar de que el tema de fondo fue resuelto (derecho a la residencia permanente), y (ii) han lesionado el derecho fundamental a la unidad familiar a pesar de que existen razones constitucionales para limitar la circulación y residencia en el territorio insular.

5. El derecho fundamental a la petición – Reiteración de jurisprudencia

5.1. De conformidad con el artículo 23 superior, “toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución [...]”. En tal sentido, el derecho fundamental de petición consiste, por un lado, en la facultad de formular una petición o una solicitud ante una autoridad o ante un particular[51] y, por el otro, el derecho a recibir de ellos una respuesta rápida relacionada con el fondo del asunto en cuestión[52].

5.2. Además de ser directamente ius fundamental, el derecho de petición está estrechamente ligado con la libertad de recibir información veraz e imparcial en los términos del artículo 20 superior. Así mismo, es un medio para lograr la satisfacción de otros derechos como, por ejemplo, la igualdad, el debido proceso, el trabajo o el acceso a la

administración de justicia[53].

5.3. El derecho de petición es un mecanismo expedito de acceso directo a las autoridades, razón por la cual, la Corte ha afirmado que su ejercicio es eminentemente informal en la medida en que puede ser invocado por cualquier persona sin que sea indispensable el cumplimiento de requisitos formales, ni de fórmulas exactas diferentes a la sola presentación de una solicitud respetuosa. De esta manera, cuando esta Corporación se ocupó en la sentencia T-166 de 1996[54]del caso de un trabajador que pedía el reajuste de su pensión de jubilación ante la Empresa Puertos de Colombia por considerar que esta no había tenido en cuenta todos los factores salariales a la hora de determinar el monto respectivo, señaló lo siguiente:

“No se encuentra en ninguno de los dos preceptos, que se imponga al particular, como requisito adicional, el de indicar a la autoridad que su solicitud se hace en ejercicio del derecho de petición, pues es obvio que cualquier solicitud presentada ante las autoridades, que guarde relación con las disposiciones citadas, es una manifestación de este derecho fundamental y que, en caso de no indicarlo, dicha autoridad no queda relevada de la obligación de emitir una respuesta; lo contrario significaría imponer al ciudadano una carga adicional, que no contempla el ordenamiento jurídico, y que haría más gravosa su situación frente a una autoridad que, de por sí, se halla en un plano de superioridad frente al ciudadano común”.

5.4. La respuesta a una petición, por su parte, puede o no satisfacer los intereses de quien la ha elevado en el sentido de acceder o no a sus pretensiones. No obstante, siempre deberá permitirle al peticionario conocer cuál es la disposición o el criterio del ente respectivo frente al asunto que le ha planteado. Gracias a lo anterior, esta Corporación ha advertido que se alcanza el goce efectivo del derecho fundamental de petición cuando se emiten y reciben respuestas que abarcan en forma sustancial y resuelven, en lo procedente, la materia objeto de solicitud independientemente del sentido de la respuesta[55].

5.5. El silencio administrativo frente a la solicitud que ha sido elevada a la autoridad, es un mecanismo para agotar la vía gubernativa y acceder a la vía judicial. No obstante, esta Corporación ha señalado que esta situación no satisface el derecho fundamental de

petición[56]. Siendo distinto su objeto, el silencio administrativo es la prueba incontrovertible de que se ha violado tal derecho pues deja privado al actor de una respuesta a la solicitud que ha formulado. Razón por la cual, si bien el peticionario puede acudir directamente ante el juez competente cuando se configura el silencio administrativo, está, a su vez, legitimado para exigir la protección de sus derechos fundamentales y obtener una respuesta suficiente y adecuada.

5.6. Así lo aclaró la Corte Constitucional mediante la sentencia T-242 de 1993[57] al ocuparse del caso de una persona que, después de haber solicitado ante la Caja Nacional de Previsión Social su pensión y no haber recibido una respuesta oportuna, instauró una acción de tutela alegando una vulneración a su derecho fundamental de petición. A este respecto, se sostuvo:

“La obligación del funcionario u organismo sobre oportuna resolución de las peticiones formuladas no se satisface con el silencio administrativo. Este tiene el objeto de abrir para el interesado la posibilidad de llevar el asunto a conocimiento del Contencioso Administrativo, lo cual se logra determinando, por la vía de la presunción, la existencia de un acto demandable. Pero de ninguna manera puede tomarse esa figura como supletoria de la obligación de resolver que tiene a su cargo la autoridad, y menos todavía entender que su ocurrencia excluye la defensa judicial del derecho de petición considerado en sí mismo.

De acuerdo con lo atrás expuesto, no se debe confundir el derecho de petición-cuyo núcleo esencial radica en la posibilidad de acudir ante la autoridad y en obtener pronta resolución-con el contenido de lo que se pide, es decir con la materia de la petición. La falta de respuesta o la resolución tardía son formas de violación de aquel y son susceptibles de la actuación protectora del juez mediante el uso de la acción de tutela, pues en tales casos se conculca un derecho constitucional fundamental. En cambio, lo que se debate ante la jurisdicción cuando se acusa el acto, expreso o presunto, proferido por la administración, alude al fondo de lo pedido, de manera independiente del derecho de petición como tal. Allí se discute la legalidad de la actuación administrativa o del acto correspondiente, de acuerdo con las normas a las que estaba sometida la administración, es decir que no está en juego el derecho fundamental de que se trata sino otros derechos, para cuya defensa existen las vías judiciales contempladas en el Código Contencioso Administrativo y, por

tanto, respecto de ella no cabe la acción de tutela salvo la hipótesis del perjuicio irremediable (artículo 86 C.N.) [...]

Como se ha subrayado, se trata de un mecanismo para que la persona pueda accionar judicialmente. De no ser por la presunción establecida en la ley, ella tendría que esperar a que se produjera el acto expreso por el cual se negara o atendiera su petición para que la respectiva acción tuviera objeto. La figura en comento remueve este obstáculo y facilita la demanda, ya no contra el acto manifiesto y determinado de la administración -que precisamente no se ha producido en razón de la omisión mediante la cual se quebranta el derecho del peticionario-, sino contra el acto que la ley presume. Se impide así que el interesado quede expósito -en lo que atañe al contenido de la decisión que busca obtener de la autoridad-, y que deba aguardar indefinidamente la expedición de un acto susceptible de impugnación.

La posibilidad así lograda de ejercer una acción judicial no significa que el derecho fundamental de petición haya dejado de ser vulnerado, ni que pierda relevancia jurídica tal vulneración, ni tampoco que se haga inútil o innecesaria la tutela como garantía constitucional respecto de aquel, sino precisamente lo contrario: el sistema jurídico, ante la negligencia administrativa que dio lugar a la violación del derecho de petición, ha tenido que presumir la respuesta para fines procesales referentes a la materia de lo pedido [...] (negrilla y subrayado original del texto)".

5.7. En resumen, cuando una persona presenta ante una autoridad una solicitud respetuosa, se entiende que lo hace en ejercicio de su derecho fundamental de petición. Razón por la cual, la autoridad debe dar una respuesta oportuna y de fondo al interrogante que le ha sido planteado pues, de lo contrario, vulnerará los derechos del peticionario, sin perjuicio de las consecuencias propias del silencio administrativo negativo.

6. El derecho a la unidad familiar – Reiteración de jurisprudencia

6.1. Por expresa disposición constitucional, la familia es considerada el núcleo esencial y la institución básica de la sociedad. Tal es su importancia, que sus aspectos principales se encuentran regulados directa e indirectamente en varios artículos de la Carta Política[58].

6.2. En relación con los derechos de los que gozan los niños y la importancia que para ellos

reporta hacer parte de una familia, el artículo 44 superior y el Código de la Infancia y la Adolescencia reconocen su derecho fundamental a tener una familia y a no ser separados de ella[59]. Este mandato está consagrado, a su vez, en diversos instrumentos internacionales, dentro de los cuales se encuentra la Convención sobre los Derechos del Niño[60], la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño[61], el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[62], el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales[63] y la Convención Americana sobre Derechos Humanos[64]. El derecho a tener una familia y a no ser separado de ella tiene una especial importancia para los menores puesto que, por medio de su ejercicio, se materializan otros derechos constitucionales como por ejemplo, el acceso al cuidado, al amor, a la educación y a las condiciones materiales mínimas para desarrollarse en forma apta[65].

6.3. La jurisprudencia constitucional, por su parte, se ha referido en muchas ocasiones a la importancia del vínculo familiar y ha hecho énfasis en que “desconocer la protección de la familia significa de modo simultáneo amenazar seriamente los derechos constitucionales fundamentales de la niñez”[66]. De esta manera, la Corte ha sostenido que los niños, las niñas y los adolescentes necesitan para su crecimiento armónico del afecto de sus familiares[67]. Razón por la cual, cuando son privados de los lazos afectivos necesarios para su tranquilidad y su desarrollo integral, se vulneran sus derechos fundamentales[68]. Por ello, la Corte ha sostenido que sólo razones muy poderosas consagradas en una norma jurídica, en una decisión judicial o en una orden de un defensor o comisario de familia, pueden limitar su derecho a tener y permanecer en una familia.

6.4. Dando alcance al recuento jurisprudencial que efectuó esta Corporación sobre el derecho a la unidad familiar en la sentencia T-569 de 2013[69] al ocuparse del caso de una abuela que reclamaba ante el ICBF la custodia de su nieta, es pertinente recordar la manera en que la Corte ha tutelado este derecho en aras de proteger el interés superior del menor. Así, por ejemplo, en la sentencia T-408 de 1995[70], al revisar la tutela promovida a nombre de una niña que no podía visitar a su progenitora por estar esta reclusa en prisión, explicó la especial protección que debe dar el Estado, la sociedad y la familia a las personas menores de dieciocho (18) años. En relación con lo anterior, estableció que el interés superior de los niños se caracteriza por ser:

“(1) real, en cuanto se relaciona con las particulares necesidades del menor y con sus

especiales aptitudes físicas y psicológicas; (2) independiente del criterio arbitrario de los demás y, por tanto, su existencia y protección no dependen de la voluntad o capricho de los padres, en tanto se trata de intereses jurídicamente autónomos; (3) un concepto relacional, pues la garantía de su protección se predica frente a la existencia de intereses en conflicto cuyo ejercicio de ponderación debe ser guiado por la protección de los derechos del menor; (4) la garantía de un interés jurídico supremo consistente en el desarrollo integral y sano de la personalidad del menor”.

6.5. Más adelante, en la sentencia T-510 de 2003[71], la Corte se ocupó del caso de una madre que reclamaba la custodia de su hija después de haberla entregado en adopción al ICBF por considerar que, en el momento de la interposición de la acción, se encontraba en mejores condiciones económicas para hacerse cargo de ella. A modo de consideraciones, este Tribunal fijó los siguientes 6 criterios jurídicos relevantes para determinar cuándo el interés superior del menor resulta plenamente garantizado: (i) la garantía del desarrollo integral del menor; (ii) la preservación de las condiciones necesarias para el pleno ejercicio de sus derechos fundamentales; (iii) la protección del menor frente a riesgos prohibidos; (iv) el equilibrio con los derechos de los padres; (v) la provisión de un ambiente familiar apto para el desarrollo del menor, y (vi) la necesidad de razones poderosas que justifiquen la intervención del Estado en las relaciones paterno filiales.

6.6. En dicha oportunidad, la Corte también indicó que la determinación del interés superior de los niños debe ser realizada observando las circunstancias específicas de cada caso concreto. A este respecto, señaló:

“el interés superior del menor no constituye un ente abstracto, desprovisto de vínculos con la realidad concreta, sobre el cual se puedan formular reglas generales de aplicación mecánica. Al contrario: el contenido de dicho interés, que es de naturaleza real y relacional, sólo se puede establecer prestando la debida consideración a las circunstancias individuales, únicas e irrepetibles de cada menor de edad, que en tanto sujeto digno, debe ser atendido por la familia, la sociedad y el Estado con todo el cuidado que requiere su situación personal”.

6.7. Estos criterios han sido aplicados por la Corte en distintas oportunidades y con ligeras modificaciones, al resolver casos alusivos a la presunta amenaza de derechos

fundamentales de los menores de edad. Por ejemplo, en la sentencia T- 292 de 2004[72], al estudiar un caso en el que una menor había sido separada de su familia de crianza y había sido ubicada en un hogar sustituto mientras se decidía sobre el proceso que había iniciado su madre biológica para reclamar su custodia, la Corte sostuvo que la salvaguarda del interés superior de la menor debía incluir un análisis sobre las opiniones expresadas por esta en cuanto al tema que se debía decidir. De otra parte, dijo también que el criterio relacionado al equilibrio con los derechos de los padres debía examinarse sobre la base de la prevalencia de los derechos del menor. Finalmente, estimó que la decisión de ordenar ubicar a la niña en un hogar sustituto, desconocía su derecho fundamental a no ser separada de su familia.

6.8. Posteriormente, con la sentencia T-397 de 2004[73], esta Corporación tuvo la oportunidad de examinar el caso de una menor que fue separada de su madre, una mujer invidente que se encontraba en estado de extrema pobreza, en el curso de un proceso de protección sociofamiliar tramitado por el ICBF. Esta vez, la Corte identificó “la necesidad de evitar cambios desfavorables en las condiciones presentes del menor involucrado” como otro de los criterios que deben ser considerados a la hora de determinar si cierta decisión judicial o administrativa refleja el deber de protección del interés superior del menor. En aplicación de tal principio, ordenó mantener a la menor en el hogar sustituto al que había sido trasladada y adoptar una serie de medidas para brindarles a la niña y a su madre una oportunidad real de establecer una relación materna filial digna.

6.9. Los criterios señalados en los puntos anteriores han sido reiterados en múltiples ocasiones en casos en los que el ICBF había separado a menores de edad de su familia biológica o de crianza[74]. Así, por ejemplo, en la sentencia T-094 de 2013[75], la Corte se ocupó del caso de dos (2) menores de edad que fueron separadas de su familia biológica por ser encontradas durmiendo en una colchoneta mojada y por comprobarse que su progenitor era un consumidor frecuente de sustancias psicoactivas y tenía antecedentes de violencia intrafamiliar. A este respecto, determinó que, en observancia del interés superior de los niños, niñas y adolescentes, se debía optar por la medida que mejor “(i) garantice su desarrollo integral; (ii) realice todos sus derechos fundamentales; y (iii) las resguarde de los riesgos prohibidos que amenacen su desarrollo armónico, los cuales no sólo se agotan en los enunciados en la ley sino en los que se desprendan del análisis particular.” De esta manera, decidió que era necesario continuar con el proceso de adopción de ambos menores

pues con ello se satisfacía en mayor grado su desarrollo integral y la garantía de todos sus derechos fundamentales.

6.10. En resumen, atendiendo el importante rol que juega la familia como núcleo esencial e institución básica de la sociedad, y el derecho de los menores a tener y permanecer en una familia, cuando el juez de tutela se enfrenta a un caso en donde se ve involucrada la garantía de este derecho, debe ser especialmente cuidadosos en estudiar las circunstancias particulares que los rodean, y tomar la decisión que resulte más garante de sus libertades teniendo en cuenta que, al entrar en conflicto con otro tipo de intereses, los derechos de los menores deben prevalecer.

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

7.1. 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 permitió limitar el ejercicio de los derechos de circulación y residencia, establecer 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[76]. 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[77].

7.2. Mediante la sentencia C-530 de 1993[78], la Corte Constitucional consideró que las limitaciones que impuso este Decreto para ingresar, circular, residir, trabajar, elegir y ser elegido obedecían a una finalidad constitucional y eran necesarias, adecuadas y proporcionales dado que, para 1991, el Archipiélago había sufrido un acelerado y perjudicial incremento poblacional. Para ese entonces, San Andrés era la Isla del Caribe con mayor cantidad de personas por kilómetro cuadrado (57.023 habitantes en 27 km²). Gracias 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[79].

7.3. Estos riesgos y la consecuente constitucionalidad y necesidad de las limitaciones previstas en el Decreto 2762 de 1991, por medio del cual se adoptan medidas para controlar la densidad poblacional en el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, se encuentran hoy vigentes[80]. 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 dos mil quince (2015), se espera que ascienda a setenta y seis mil cuatrocientos cuarenta y dos (76.442) 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.

7.4. De esta manera, lo que aquí se debate no es una mera restricción al derecho a la libre circulación y residencia. La tensión jurídica suscitada a la luz de este tipo de casos tiene que ver, como tal, 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 por cómo garantizarla 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.

7.5. Justamente con el objetivo de hacerle frente a este problema, el Decreto 2762 de 1991 reguló la obtención de la residencia permanente estableciendo dos formas para acceder a ella: (i) mediante el reconocimiento del derecho, y (ii) mediante su adquisición. En la primera situación se encuentran las personas que cumplen cualquiera de las siguientes condiciones:

“a) Haber nacido en territorio del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, siempre que alguno de los padres tenga, para tal época, su domicilio en el Archipiélago;

b) No habiendo nacido en territorio del Departamento, tener padres nativos del Archipiélago;

c) Tener domicilio en las Islas, comprobado mediante prueba documental, por más de 3

años continuos e inmediatamente anteriores a la expedición de este Decreto;

7.6. En la segunda situación se encuentran quienes cumplen con cualquiera de los siguientes requisitos:

“a) Con posterioridad a la fecha de expedición de este Decreto, contraiga matrimonio o establezca unión permanente con un residente, siempre que se fije el domicilio común en el Departamento, a lo menos por 3 años continuos. Al momento de solicitar la residencia permanente se deberá acreditar la convivencia de la pareja;

b) Haya permanecido en el Departamento en calidad de residente temporal por un término no inferior a 3 años, haya observado buena conducta, demuestre solvencia económica y, a juicio de la Junta Directiva de la Oficina de Control de Circulación y Residencia, resulte conveniente su establecimiento definitivo en el Archipiélago.

La Junta decidirá sobre la conveniencia de que trata el literal anterior, tomando en cuenta la oferta de mano de obra en el Departamento Archipiélago, la densidad poblacional en el mismo y las condiciones personales del solicitante [...]”[82].

7.7. Tal como lo ha señalado la jurisprudencia constitucional, el reconocimiento y la adquisición del derecho de residencia a la que aluden los artículos anteriores, se diferencia en que el primero presupone la existencia de un derecho adquirido con anterioridad al trámite efectuado ante la OCCRE[83], 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[84]. 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 aplicarlos conceptos jurídicos indeterminados de “buena conducta”, “solvencia económica” y “conveniencia” en la evaluación de la solicitud. Estas facultades, que deben ser ejercidas de manera razonable con el fin de evitar la arbitrariedad[85], conllevan a que la adquisición del derecho no sea automática y que dependa, por el contrario, de la aprobación de un trámite y de la positiva y justa calificación de la solicitud respectiva.

7.8. En sede de tutela, la Corte Constitucional se ha pronunciado en cuatro ocasiones sobre

el régimen de control de densidad poblacional en el Archipiélago, estableciendo 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[86], 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 una persona oriunda de San Andrés, y (iii) ser padre de una menor 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 a la petición ordenándole al gobierno local a resolver el recurso descrito durante los dos días hábiles siguientes.

7.9. Poco tiempo después, mediante la sentencia T-1117 de 2002[87], 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, 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[88], les había otorgado el derecho de residencia temporal sin solicitar la acreditación de ningún requisito adicional a la solicitud respectiva[89]. Razón por la cual, no habiendo justificación para desconocer el precedente judicial 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.

7.10. A los dos (2) años siguientes, la Corte profirió la sentencia T-725 de 2004[90]. Allí se ocupó del caso de un homosexual residente permanente que, después de llevar más de tres (3) años viviendo en unión marital de hecho con otro hombre, solicitó la extensión del derecho de residencia a 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 argumentación señalando que la solicitud era improcedente en cuanto la familia que la Constitución protegía era, en ese entonces, heterosexual y monogámica[91]. No obstante, teniendo en cuenta que el interesado satisfacía las condiciones necesarias para solicitar la residencia permanente independientemente de tener o no una unión marital con un residente, ordenó revocar la decisión de la OCCRE permitiéndole a la persona interponer una nueva solicitud.

7.11. Finalmente, en la sentencia T-701 de 2013[92], 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, a juicio de la OCCRE, ya se le había renovado su licencia durante tres (3) ocasiones. Adicionalmente, 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 fue informada de que el actor había sido efectivamente expulsado de la Isla y que la empresa respectiva había contratado a un isleño debidamente capacitado para ocupar su cargo, razón por la cual, consideró que la decisión de la autoridad local fue acertada en cuanto buscó controlar la densidad poblacional del Departamento en los términos del artículo 310 superior.

8. Caso concreto

8.1. La Oficina de Control de Circulación y Residencia expulsó al señor Jimmy Augusto Fontalvo Ramírez por considerar que éste omitió entregar oportunamente los documentos que le habían solicitado semanas atrás para iniciar la obtención de su residencia permanente[93]. Esta decisión se tomó a pesar de que el ciudadano presentó un derecho de petición ante dicha oficina con el ánimo de obtener un plazo adicional para hacer entrega de los requisitos, toda vez que le faltaba copia del registro civil de nacimiento de la pareja y de la inscripción de la respectiva unión marital[94]. Adicional a su expulsión de la isla, y por la misma razón, el señor Fontalvo fue sancionado con una multa de veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes, cuyo pago condicionaba la posibilidad de regresar a la Isla en calidad de turista[95]. Como consecuencia de lo anterior, se vio obligado a abandonar a su familia, domiciliada en San Andrés desde hace nueve (9) años y compuesta por su compañera permanente, la señora Luz Yenis Sarabia Reales, y sus dos (2)

hijos menores, Wilmer Darley Fontalvo Sarabia y Tayner Alfonso Fontalvo Sarabia, de nueve (9) y siete (7) años, respectivamente[96]. Con el ánimo de tratar que una autoridad judicial revocara el Auto que ordenó la expulsión de su compañero y procurar su regreso, la señora Sarabia interpuso la presente acción de tutela señalando la vulneración a sus derechos fundamentales, a los de su compañero y a los de sus hijos menores al trabajo, a la petición, al debido proceso, a la unidad familiar y a la libre circulación y residencia.

8.2. De los hechos del caso se observa que la OCCRE no respondió el derecho de petición que le presentó el compañero permanente de la accionante con el objetivo de obtener una prórroga para entregar los documentos requeridos. Como se demostrará a continuación, esto se tradujo en una vulneración a esta garantía fundamental que, de acuerdo con las competencias del juez de tutela, debe ser estudiada en la presente providencia.

8.3. Según fue establecido en el acápite quinto de esta providencia, cuando una entidad pública omite responder a la solicitud respetuosa que le presenta un ciudadano y se origina, por ende, lo que se ha denominado como “silencio administrativo negativo”, se vulnera el derecho fundamental a la petición de esta persona puesto que la obtención de una respuesta oportuna y sustancial al asunto planteado, independientemente de la naturaleza de la petición o del sentido de la respuesta, es parte del núcleo esencial de este derecho[97]. En esta medida, la OCCRE tenía el deber de responder adecuadamente al derecho de petición ante ella interpuesto dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la fecha de radicación, esto es, antes del trece (13) de junio de dos mil trece (2013), toda vez que la solicitud fue presentada el veintiuno (21) de mayo del mismo año.[98]

8.4. Sin embargo, la mencionada solicitud no fue contestada por la entidad departamental. Situación que no le permitió analizar si las razones esgrimidas por el señor Fontalvo para solicitar la prórroga, eran o no de recibo. A saber, (i) tener una presunta movilidad física limitada como resultado de la poliomielitis que padece; (ii) no tener los recursos suficientes para viajar a Colombia continental en búsqueda de una copia del registro civil de nacimiento de la pareja, y (iii) como consecuencia de lo anterior, no poder inscribir la respectiva unión marital.

Por el contrario, bajo el entendido de que el plazo para presentar los documentos requeridos había vencido, la OCCRE resolvió el asunto de fondo (el derecho a la residencia

permanente) expulsando y multando al peticionario por no haber aportado oportunamente los respectivos papeles.

8.6. Por otra parte, a pesar de que el compañero permanente de la accionante manifiesta satisfacer los requisitos sustanciales necesarios para solicitar y adquirir el derecho a la residencia permanente[100], no los ha acreditado y pese a que el departamento está legitimado, su expulsión fue justificada en su inactividad del señor Fontalvo por haber permanecido en una situación irregular por más de veinte (20) años en un territorio que, por disposición constitucional, está plenamente legitimado para restringir el acceso y la residencia temporal y permanente de los nacionales y extranjeros, en este caso, dando alcance a la jurisprudencia de esta Corte[101], la Sala encuentra necesaria la restricción que impuso la OCCRE al derecho fundamental a la residencia del compañero permanente de la accionante.

8.7. No obstante, si bien es cierto que la sobrepoblación que padece el Archipiélago y que ha puesto en riesgo su sobrevivencia cultural, social y ambiental justifica la toma de medidas de esta naturaleza, en el asunto que se revisa, la separación familiar a la que dio lugar la expulsión del señor Fontalvo generó un perjuicio irremediable al derecho de los menores a tener una familia y no ser separados de ella. Y es que se privó a niños de siete (7) y nueve (9) años de la presencia de su padre, toda vez que al expulsársele de la Isla e imponerle una multa de veinte (20) salarios mínimos legales mensuales, e impedirle el ingreso a la misma hasta tanto tal multa no sea cancelada, se viola el derecho a la unidad familiar, ya que, el artículo 19 del Decreto 2762 de 1991, señala que las personas que se encuentren en situación irregular, pueden ser devueltas a su lugar de origen y multadas, pero siendo considerablemente onerosa la sanción impuesta para una familia de bajos recursos, se lesiona el interés superior de los menores al privarlos de la figura paterna en una importante y temprana etapa de su desarrollo como resultado de las dificultades que ahora enfrenta la familia para reunirse, debido a que se condicionó el regreso del señor Fontalvo a la cancelación de la multa.

8.8. Según lo establecido en el acápite sexto de esta providencia, la familia es el núcleo esencial y la institución básica de la sociedad[102]. Los niños, como parte integral de la familia, gozan de un derecho fundamental a tener una familia y a no ser separados de ella pues sus intereses revisten la mayor importancia[103]. Razón por la cual, la Corte ha sido

insistente al señalar que los niños, las niñas y los adolescentes necesitan del afecto de sus familiares para su crecimiento armónico puesto que, cuando son privados de los lazos afectivos necesarios para su tranquilidad y su desarrollo integral, se vulneran sus otros derechos fundamentales[104]. En este sentido, esta Corporación ha establecido que, en los casos donde se da una colisión entre el interés del menor y los derechos e intereses de otros grupos poblacionales, el juez de tutela debe hacer un ejercicio de ponderación dirigido a proteger lo primero[105]. Más particularmente, el juez debe abogar por el desarrollo integral del menor, la preservación de las condiciones necesarias para el pleno ejercicio de sus derechos fundamentales, la provisión de un ambiente familiar apto, evitar cambios desfavorables en las condiciones presentes del menor involucrado y restringir toda intervención cuando no haya razones poderosas que la justifiquen[106].

8.9. De esta manera, si bien la OCCRE argumentó actuar de acuerdo con la Constitución y la ley cuando expulsó al señor Fontalvo por encontrarse en una situación irregular prolongada, desconoció el interés superior de sus dos (2) hijos menores al (i) imponerle al actor la multa más alta posible de acuerdo con el artículo 19 del Decreto 2762 de 1991[107], y (ii) condicionar su regreso en calidad de turista a su pago efectivo, pues esto privó indefinidamente a los niños de la compañía de su padre y, consecuentemente, comprometió su desarrollo integral al restringir el afecto, el amor y el cuidado que su progenitor les debe brindar.

8.10. Dando alcance a todas las anteriores consideraciones, la Sala de Revisión se acoge a la siguiente regla jurisprudencial para dar solución al asunto bajo estudio: Una entidad territorial que sanciona con multa a un residente irregular por no haber aportado los documentos necesarios para acreditar su derecho a la residencia permanente, viola su derecho fundamental y el de sus hijos menores a la unidad familiar cuando (i) como resultado de dicha sanción se produce la separación familiar, y (ii) del pago de la mencionada obligación depende la respectiva reunificación.

Por lo expuesto, la Sala de Revisión revocará parcialmente el fallo proferido en primera instancia por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de San Andrés, Isla, el seis (6) de septiembre de dos mil trece (2013), en el trámite de tutela iniciado por la señora Luz Yenis Sarabia Reales contra el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, por medio del cual (i) se declaró improcedente la acción para reclamar la

protección del derecho fundamental al trabajo, al debido proceso y a la libre circulación y residencia por falta de legitimación por activa, y (ii) se negó el amparo al derecho a la unidad familiar por considerar que el compañero permanente de la accionante debía ser expulsado de la Isla por no haber aportado oportunamente los documentos que le fueron solicitados.

En este sentido, la Sala (i) declarará la procedencia de la tutela al considerar que la accionante cuenta con legitimación por activa para reclamar la protección de los derechos fundamentales de su compañero permanente; (ii) declarará la vulneración al derecho de petición como resultado del silencio administrativo en el que incurrió la accionada cuando omitió dar respuesta a la solicitud de prórroga que se le presentó. Sin embargo, como la petición fue decidida posteriormente de fondo, se declarará que con respecto a la misma se presenta un hecho superado; (iii) concederá el amparo del derecho fundamental a la unidad familiar bajo el entendido de que la multa impuesta al compañero de la accionante resulta contraria al interés superior de sus dos (2) hijos menores en la medida en que, dada la situación económica de la familia, les impide reunificarse y, consecuentemente, les imposibilita contar con una figura paterna en una etapa esencial de su desarrollo temprano, y (iv) no tutelaré los derechos fundamentales al trabajo, al debido proceso y a la libre circulación y residencia del compañero permanente de la accionante por no encontrar violación alguna a partir de los hechos narrados en el escrito de tutela. En virtud de lo anterior, la Sala de Revisión ordenará:

Dejar sin efecto la multa de veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes que le fue impuesta al señor Jimmy Augusto Fontalvo Ramírez a través del Auto Departamental 113 de dos mil trece (2013) como medida excepcional dada su difícil situación económica y las consecuencias que esta tiene sobre el goce efectivo del derecho de sus hijos a tener una familia y no ser separados de ella y de la unidad familiar.

Informar a la Oficina de Control de Circulación y Residencia del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina que debe permitir el ingreso del señor Jimmy Augusto Fontalvo Ramírez a la Isla en calidad de turista por el tiempo máximo de seis (6) meses al año, continuos o discontinuos, en los términos del literal b) del párrafo único del artículo 17 del Decreto 2762 de 1991[108].

Informar a la Oficina de Control de Circulación y Residencia del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina que debe permitirle al señor Jimmy Augusto Fontalvo Ramírez presentar los documentos requeridos para solicitar nuevamente la adquisición de la residencia permanente estableciendo un plazo razonable y proporcional para tal efecto.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional,

RESUELVE:

Primero.- REVOCAR PARCIALMENTE el fallo proferido en primera instancia por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de San Andrés, Isla, el seis (6) de septiembre de dos mil trece (2013), confirmando que no existe vulneración a los derechos fundamentales del señor Jimmy Augusto Fontalvo Ramírez al trabajo, al debido proceso y a la libre circulación o residencia y, en su lugar, CONCEDER el amparo de su derecho fundamental, el de la señora Luz Yenis Sarabia Reales y el de los menores Wilmer Darley Fontalvo Sarabia y Tayner Alfonso Fontalvo Sarabia a la unidad familiar en los términos expuestos en la parte motiva de esta providencia.

Segundo.- DEJAR SIN EFECTO la multa de veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes que le fue impuesta al señor Jimmy Augusto Fontalvo Ramírez a través del Auto Departamental 113 de dos mil trece (2013) por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Tercero.- INFORMAR a la Oficina de Control de Circulación y Residencia del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina que debe permitir el ingreso del señor Jimmy Augusto Fontalvo Ramírez a la Isla en calidad de turista por el tiempo máximo de seis (6) meses al año, continuos o discontinuos, en los términos del literal b) del párrafo único del artículo 17 del Decreto 2762 de 1991.

Cuarto.- INFORMAR a la Oficina de Control de Circulación y Residencia del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina que debe permitir al señor Jimmy Augusto Fontalvo Ramírez presentar los documentos requeridos para solicitar nuevamente

la adquisición de la residencia permanente estableciendo un plazo razonable y proporcional para tal efecto.

Quinto.- LÍBRESE por Secretaría General la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

MAURICIO GONZALEZ CUERVO

Magistrado

LUIS GUILLERMO GUERRERO PEREZ

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

[1] En el escrito de tutela, la accionante manifestó que su compañero residió en el Archipiélago de manera irregular por 26 años. No obstante, cuando el señor Fontalvo fue requerido por la Corte Constitucional para que informara en qué fecha había ingresado a la Isla por primera vez, indicó que llegó en 1991. Esta información fue confirmada, igualmente, por el Gobierno Departamental a través del Auto 113 de 2013, mediante el cual dispuso la expulsión del suscrito (folio 16 del primer cuaderno y folio 9 y 10 del segundo cuaderno). Durante su permanencia en la Isla, el señor Fontalvo jamás legalizó su residencia. Se limitó a entregarle a la OCCRE varios papeles para iniciar los trámites pertinentes. Esa entidad, por su parte, aseguró no tener registro de ningún trámite previo a aquel iniciado el 16 de mayo de 2013. Razón por la cual, ante la ausencia de alguna constancia de recibido o certificado, en la tutela se argumentó que la entidad extravió los documentos (folios 1 y 26 del primer cuaderno. De ahora en adelante, siempre que se cite un folio, se entenderá que

hace parte del primer cuaderno, salvo que se diga otra cosa).

[2] Como anexo al escrito de tutela, obra copia de la tarjeta de residente de la señora Luz Yenis Sarabia Reales, la cual fue expedida el 30 de septiembre de 2009 (folio 10).

[3] Según obra en las pruebas anexas al escrito de tutela, Wilmer Darley Fontalvo Sarabia nació en Valledupar, Cesar, el 6 de enero de 2005. Tayner Alfonso Fontalvo Sarabia, por su parte, nació en el Archipiélago el 17 de abril de 2007 (folios 12 y 13).

[4] El día 16 de mayo de 2013, el señor Fontalvo rindió declaración libre ante la OCCRE donde manifestó tener un hijo nacido en la Isla y ser compañero permanente de Luz Yenis Sarabia Reales, residente permanente. Con el ánimo de iniciar el trámite de expedición de la tarjeta de residencia, se comprometió a aportar los siguientes documentos durante los 5 días hábiles siguientes: 1. Carta de solicitud. 2. Registro civil de nacimiento de la pareja válido para matrimonio. 3. Escritura pública de la inscripción de la unión marital de hecho ante notario. 4. Copia de la cédula de ciudadanía de la pareja. 5. Copia de la tarjeta OCCRE de su compañera permanente. 6. Certificado judicial vigente. 7. Tres referencias personales con copia de la cédula y la tarjeta OCCRE de quienes las otorguen. 8. Tres referencias comerciales de los otorgantes de los documentos inmediatamente anteriores. 9. Tres referencias bancarias de los mismos otorgantes. 10. Dos fotos fondo azul 3x4. 11. Contrato de arrendamiento o certificado de libertad y tradición (folio 15).

[5] Como obra en el expediente, esta petición fue radicada ante la Gobernación de San Andrés Islas el 21 de mayo de 2013. En esa oportunidad, el solicitante manifestó ser una persona en situación de discapacidad, haber vivido en el Departamento desde los 14 años, ser un trabajador honesto dedicado al servicio de “mototaxi”, tener un hijo de 6 años nacido en la Isla y tener por compañera permanente a la señora Luz Yenis Sarabia Reales, residente permanente (folio 14).

[7] Según lo manifestó el señor Fontalvo en un escrito presentado ante el Juzgado Segundo Civil del Circuito de San Andrés, Isla, después de haber sido vinculado al proceso, fue visitado por un funcionario de la OCCRE en su residencia el 2 de julio de 2013 a las 10:00am. De allí, fue conducido a las instalaciones de la entidad sin mayores explicaciones (folio 46).

[8] El suscrito fue enviado a la ciudad de Barranquilla por ser éste el último puerto de embarque registrado de acuerdo con el artículo 14 del Decreto 2171 de 2001, por medio del cual se reglamentó el Decreto 2762 de 1991.

[9] Adicionalmente, mediante un escrito presentado ante el Juzgado Segundo Civil del Circuito de San Andrés, Isla, el señor Fontalvo manifestó lo siguiente: “Me subieron en el vuelo que iba para Barranquilla a las 2:15pm. Sin mediar palabras, sin preguntarme si tenía familiares en Barranquilla dónde pudiera quedarme, con la ropa de trabajo que tenía puesta en el momento, sin dinero y como si fuera un delincuente o un peligro para la sociedad del Archipiélago, me sacaron de la Isla de una manera inhumana. Me quedé deambulando en el aeropuerto de Barranquilla, sin dinero, con hambre, sin familiares y sin conocer a nadie, esperando en ver a alguna persona conocida que llegara de San Andrés para pedirle plata prestada o para que me ayudara para poder transportarme porque no tenía para dónde coger en esa ciudad y por el problema que tengo en ambas piernas (poliomielitis) se me dificulta movilizarme de un lugar a otro fácilmente” (folios 17 y 46).

[10] Folios 26 a 30.

[11] Ver folios 9 y 10 del segundo cuaderno).

[12] Folio 9.

[13] Folio 10.

[14] Folio 11

[15] Folio 20.

[16] Folio 12.

[17] Folio 13.

[18] Folio 14.

[19] Folio 15.

[20] Folios 16 a 19.

[21] Folio 46.

[22] El accionante fue requerido por vía telefónica y mediante correo electrónico el día 3 de marzo de 2014. En desarrollo de los principios de celeridad, eficacia, oficiosidad e informalidad de la acción de tutela, esta Corporación ha considerado que para lograr una protección efectiva de los derechos fundamentales, hay ocasiones en las que resulta pertinente, e incluso necesario, requerir información por vía telefónica a los peticionarios o sus familiares sobre algunos aspectos fácticos puntuales que requieran mayor claridad. Ver Sentencias T-603 de 2001 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), T-476 de 2002 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), T-341 de 2003 (M.P. Jaime Araújo Rentería), T-643 de 2005 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), T-219 de 2007 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), T-726 de 2007 (M.P. Catalina Botero Marino) y T-162 de 2013 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

[23] Según informó el señor Fontalvo por vía telefónica y mediante correo electrónico el 3 de marzo de 2014, fue tan precaria su situación después de su expulsión, que se vio obligado a solicitarle a su compañera permanente que contratara a un abogado para instaurar a su nombre propio y al de sus hijos la acción de tutela objeto de revisión (ver folios 9 y 10 del segundo cuaderno).

[24] Ver sentencias T-330 de 2010 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio) y T-545 de 2013 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

[25] Ver sentencias T- 531 de 2002 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett), T-492 de 2006 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra), T-552 de 2006 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), T-798 de 2006 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), T- 947 de 2006 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra), T-301 de 2007 (M.P. Jaime Araujo Rentería), T-995 de 2008 (M.P. Mauricio Gonzáles Cuervo), T-330 de 2010 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio) y T-677 de 2011 (M.P. Juan Carlos Henao Pérez).

[26] Ver sentencias T-542 de 2006 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), T-301 de 2007 (M.P. Jaime Araujo Rentería), T-573 de 2008 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto) y T-330 de 2010 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio).

[27] Ver sentencias T-294 de 2004 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), T-330 de 2010 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio), T-667 de 2011 (M.P. Juan Carlos Henao Pérez), T-444 de 2012 (M.P. Mauricio Gonzáles Cuervo), T-004 de 2013 (M.P. Mauricio Gonzáles Cuervo) y

T-545 de 2013 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

[28] Ver sentencias T-462 de 1993 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) y T-094 de 2013 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

[29] M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

[30] Ver sentencia T-667 de 2011 (M.P. Juan Carlos Henao Pérez).

[31] El artículo 306 del Código Civil establece que “la representación judicial del hijo corresponde a cualquiera de los padres”.

[32] Según obra en las pruebas anexas al escrito de tutela, Wilmer Darley Fontalvo Sarabia es hijo de la accionante nacido en Valledupar, Cesar, el 6 de enero de 2005. Tayner Alfonso Fontalvo Sarabia, a su vez, es hijo de la actora y nació en el Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina el 17 de abril de 2007 (folios 12 y 13).

[33] Mediante un escrito presentado ante el Juzgado Segundo Civil del Circuito de San Andrés, Isla, el señor Fontalvo manifestó lo siguiente: “Me subieron en el vuelo que iba para Barranquilla a las 2:15pm. Sin mediar palabras, sin preguntarme si tenía familiares en Barranquilla dónde pudiera quedarme, con la ropa de trabajo que tenía puesta en el momento, sin dinero y como si fuera un delincuente o un peligro para la sociedad del Archipiélago, me sacaron de la Isla de una manera inhumana. Me quedé deambulando en el aeropuerto de Barranquilla, sin dinero, con hambre, sin familiares y sin conocer a nadie, esperando en ver a alguna persona conocida que llegara de San Andrés para pedirle plata prestada o para que me ayudara para poder transportarme porque no tenía para dónde coger en esa ciudad y por el problema que tengo en ambas piernas (poliomielitis) se me dificulta movilizarme de un lugar a otro fácilmente” (folios 17 y 46).

[34] Como anexo al escrito de tutela, se encuentra copia de la cedula de ciudadanía de la señora Luz Yenis Sarabia Reales, expedida en Valledupar, Cesar, el 14 de enero de 2005 (folio 9) y copia de la cedula de ciudadanía del señor Jimmy Augusto Fontalvo, expedida en San Andrés, Isla, el 25 de noviembre de 1994 (folio 11).

[35] Mediante providencia del 26 de agosto de 2013, el Juzgado Segundo Civil del Circuito de San Andrés, Isla, dispuso vincular al señor Jimmy Augusto Fontalvo Ramírez, enviándole

copia de la acción, para que informar al Despacho acerca de su contenido (folios 24 y 25).

[36] Mediante escrito del 13 de septiembre de 2013 dirigido al Juzgado Segundo Civil del Circuito de San Andrés, Isla, el señor Fontalvo se refiere a la acción de tutela aclarando paso a paso cómo ocurrió su expulsión y solicitándole al juez tutelar su derecho a la igualdad por ser una persona en situación de discapacidad (folios 46 y 47).

[37] Ver sentencia T-417 de 2010 (M.P. María Victoria Calle Correa).

[38] Ver sentencias T-229 de 2006 (M.P. Jaime Córdoba Triviño) y T-225 de 2012 (M.P. Humberto Sierra Porto).

[39] Ver sentencias T-262 de 1998 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) y T-229 de 2006 (M.P. Jaime Córdoba Triviño).

[40] Ver sentencia T-303 de 2002 (M.P. Jaime Araujo Rentería).

[41] Cuando se afirma que el juez debe tener en cuenta la situación especial del actor, se quiere decir que este debe prestar atención a su edad, a su estado de salud o al de su familia, a sus condiciones económicas y a la posibilidad de que para el momento del fallo definitivo por la vía ordinaria o contenciosa, la decisión del juez sea inoportuna o inocua, entre otras. A este respecto, ver sentencias T-100 de 1994 (M.P. Carlos Gaviria Díaz), T-228 de 1995 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), T-338 de 1998 (M.P. Fabio Morón Díaz), SU-086 de 1999 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo), T-875 de 2001 (M.P. Álvaro Tafur Galvis), T-999 de 2001 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), T-179 de 2003 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), T-267 de 2007 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla), SU-484 de 2008 (M.P. Jaime Araujo Rentería), T-167 de 2011 (M.P. Juan Carlos Henao Pérez), T-225 de 2012 (M.P. Humberto Sierra Porto) y T-269 de 2013 (M.P. María Victoria Calle Correa).

[42] Ver sentencias T-225 de 1993 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa), T-789 de 2003 (M. P. Manuel José Cepeda Espinosa) y T-206 de 2013 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio).

[43] Ver sentencias T-761 de 2010 (M.P. María Victoria Calle Correa) y T-424 de 2011 (M.P. Juan Carlos Henao Pérez).

[44] Ver sentencias T-225 de 1993 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa), T-789 de 2003 (M. P.

Manuel José Cepeda Espinosa) y T-206 de 2013 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio).

[45] Ver sentencias T- 225 de 1993 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa), T-789 de 2003 (M. P. Manuel José Cepeda Espinosa) y T-206 de 2013 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio).

[46] Ver sentencias T- 225 de 1993 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa), T-789 de 2003 (M. P. Manuel José Cepeda Espinosa) y T-206 de 2013 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio).

[47] Ver sentencia T- 225 de 1993 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa).

[48] Ver sentencias T-761 de 2010 (M.P. María Victoria Calle Correa), T-424 de 2011 (M.P. Juan Carlos Henao Pérez) y T-225 de 2012 (M.P. Humberto Sierra Porto).

[49] Ver sentencia T-600 de 2009 (M.P. Juan Carlos Henao Pérez) y T-054 de 2014 (M.P. Alberto Rojas Ríos; S.V. Luis Ernesto Vargas Silva).

[50] Este Tribunal ha decantado una serie de reglas en materia probatoria que el juez de tutela debe aplicar para salvaguardar a todas las personas respecto de cualquier acción u omisión que vulnere o ponga en peligro sus derechos fundamentales. Entre estas se destacan las siguientes: (i) la carga probatoria en el trámite de la acción de tutela es más exigente para los demandados que para los accionantes, en virtud de la naturaleza especial de esta. Este principio alivia la carga de los accionantes, quienes usualmente son personas que carecen de los medios para probar todos y cada uno de los hechos por ellos relatados; (ii) la función del juez constitucional es privilegiar la protección de los derechos fundamentales que se enuncian como vulnerados. So pretexto de no cumplir con requisitos procesales, no puede olvidar el espíritu garantista que ilumina la acción de tutela; (iii) en el trámite de la acción de tutela, se aplica el principio de la carga dinámica de la prueba según el cual – corresponde probar un hecho determinado a quien se encuentre en mejores condiciones para hacerlo, y (iv) cuando el juez de instancia solicita a los demandados rendir el informe de que trata el artículo 19 del Decreto 2591 de 1991, en virtud de lo dispuesto en el artículo 20 de ese mismo decreto, si éste no es rendido dentro del plazo correspondiente se tendrán por ciertos los hechos y se entrará a resolver de plano, salvo que el juez estime necesaria otra averiguación previa. A este respecto, ver las sentencias T- 596 de 2004 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), T-590 de 2009 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; S.V. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), T -638 de 2011 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; S.V. Mauricio

González Cuervo) y T-174 de 2013 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio), entre otras. Siguiendo esta misma línea jurisprudencial, también deben aplicarse las siguientes pautas en materia probatoria a los trámites de tutela en los que se debate la capacidad económica de quienes requieren servicios que se encuentran por fuera del Plan Obligatorio de Salud. Estas reglas fueron sintetizadas en la sentencia T-683 de 2003 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett) de la siguiente manera: “(i) ante la afirmación de ausencia de recursos económicos por parte del actor (negación indefinida), se invierte la carga de la prueba correspondiendo en ese caso a la entidad demandada demostrar lo contrario; (ii) no existe tarifa legal para demostrar la ausencia de recursos económicos, la misma se puede intentar mediante negaciones indefinidas, certificados de ingresos, testimonios, indicios o cualquier otro medio de prueba; (iii) corresponde al juez de tutela ejercer activamente sus poderes inquisitivos en materia probatoria, con el fin de establecer la verdad real en cada caso, proteger los derechos fundamentales de las personas y garantizar la corrección del manejo de los recursos del sistema de seguridad social en salud, haciendo prevalecer el principio de solidaridad cuando el peticionario cuenta con recursos económicos que le permitan sufragar el costo de las intervenciones, procedimientos o medicamentos excluidos del POS; (iv) en el caso de la afirmación indefinida del solicitante respecto de la ausencia de recursos económicos, o de afirmaciones semejantes, se presume su buena fe en los términos del artículo 83 de la Constitución, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal que le quepa, si se llega a establecer que tal afirmación es falsa o contraria a la realidad”.

[51] Ver sentencia T-695 de 2003 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra).

[52] Ver sentencia T-041 de 2012 (M.P. María Victoria Calle Correa).

[54] M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

[55] Ver sentencia T-761 de 2005 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto), T-041 de 2012 (M.P. María Victoria Calle Correa) y T-183 de 2013 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla).

[56] Ver sentencia T-041 de 2012 (M.P. María Victoria Calle Correa).

[57] M.P. José Gregorio Hernández Galindo. Las consideraciones efectuadas en esta sentencia sobre la distinción entre la vulneración al derecho fundamental de petición y el agotamiento de la vía gubernativa como resultado del silencio administrativo negativo,

fueron reiteradas en las sentencias T-369 de 1997 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo) y T-601 de 1998 (M.P. Fabio Morón Díaz).

[58] La familia se encuentra regulada directa e indirectamente en los artículos 5, 13, 15, 28, 42, 44, 46, 49, 67 y 68 de la Constitución de 1991. A este respecto, es necesario resaltar lo establecido en los artículos 5 y 42. El primero de ellos (artículo 5), señala que “el Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad.” El, segundo (artículo 42) determinó que “la familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla. El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia”.

[59] El artículo 44 de la Constitución de 1991 establece que “son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia”. El artículo 8º de la Ley 1098 de 2006, por medio de la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia, establece que: “se entiende por interés superior del niño, niña y adolescente, el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes”. Por otra parte, el artículo 9º del mismo código, señala que “en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que deba adoptarse en relación con los niños, las niñas y los adolescentes, prevalecerán los derechos de estos, en especial si existe conflicto entre sus derechos fundamentales con los de cualquier otra persona. En caso de conflicto entre dos o más disposiciones legales, administrativas o disciplinarias, se aplicará la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente”. Finalmente, el artículo 22 del Código de la Infancia y la Adolescencia señala que “los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a tener y crecer en el seno de la familia, a ser acogidos y no ser expulsados de ella. Los niños, las niñas y los adolescentes sólo podrán ser separados de la familia

cuando esta no garantice las condiciones para la realización y el ejercicio de sus derechos conforme a lo previsto en este código. En ningún caso la condición económica de la familia podrá dar lugar a la separación”.

[60] El artículo 9.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que “los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño”.

[61] El principio 6º de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño establece que “el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión. Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material; salvo circunstancias excepcionales, no deberá separarse al niño de corta edad de su madre [...]”.

[62] El artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”. Por otro lado, el artículo 24 del mismo instrumento señala que “todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado”.

[63] El numeral 1º del artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales obliga a los estados partes a “conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo [...]”. Así mismo, el numeral 3º de dicho artículo obliga a los Estados firmantes a “adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de

todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición [...]”.

[64] El numeral 1º del artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado”. Por otra parte, el artículo 19 de dicha Convención señala que “todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”.

[65] Ver sentencias T-671 de 2010 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) y T-094 de 2013 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

[66] Ver sentencias T-887 de 2009 (M.P. Mauricio González Cuervo) y T-094 de 2013 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

[67] Ver sentencia T-946 de 2012 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo) y T-569 de 2013 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva).

[68] Ver sentencia T-946 de 2012 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

[69] M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[70] M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[71] M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[72] M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[73] M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[74] Ver sentencias T-572 de 2009 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto), T-090 de 2010 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub); T- 671 de 2010 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub); T-502 de 2011 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) y T-844 de 2011 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; S.P.V. Humberto Antonio Sierra Porto).

[75] MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[76] El artículo 310 de la Constitución Política señala lo siguiente: “El Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina se regirá, además de las normas previstas en la Constitución y las leyes para los otros departamentos, por las normas especiales que en materia administrativa, de inmigración, fiscal, de comercio exterior, de cambios, financiera y de fomento económico establezca el legislador. Mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de cada cámara se podrá limitar el ejercicio de los derechos de circulación y residencia, establecer controles a la densidad de la población, regular el uso del suelo y someter a condiciones especiales la enajenación de bienes inmuebles con el fin de proteger la identidad cultural de las comunidades nativas y preservar el ambiente y los recursos naturales del Archipiélago. Mediante la creación de los municipios a que hubiere lugar, la Asamblea Departamental garantizará la expresión institucional de las comunidades raizales de San Andrés. El municipio de Providencia tendrá en las rentas departamentales una participación no inferior del 20% del valor total de dichas rentas”.

[77] El artículo 42 transitorio de la Constitución Política señala lo siguiente: “Mientras el Congreso expide las leyes de que trata el artículo 310 de la Constitución, el Gobierno adoptará por decreto, las reglamentaciones necesarias para controlar la densidad de población del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, en procura de los fines expresados en el mismo artículo”.

[78] M.P. Alejandro Martínez Caballero.

[79] A este respecto, la Corte señaló lo siguiente: “Para la Corte Constitucional, de las pruebas reseñadas se concluye que de continuarse el incremento poblacional que viene presentándose en el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, antes del siglo XXI se verá comprometida de manera letal e irreversible la supervivencia de la especie humana. En efecto, antes del fin de la centuria, por simple proyección de las cifras actuales sobre incremento poblacional, San Andrés tendría más de 100.000 habitantes, asentados en sólo 27 de los 70 Km² que tiene el Archipiélago en su conjunto, lo cual haría inviable la supervivencia del hombre. Es más, si, por vía de hipótesis, la población actual no aumentase -lo que los economistas llaman *ceteris paribus*-, la vida también se vería amenazada, como quiera que los altos índices de consumo de los escasos recursos naturales terminarían necesaria y fatalmente por acabar con éstos. En efecto,

según se vio, los servicios públicos básicos o indispensables para la vida -acueducto, alcantarillado, tratamiento de basuras, energía, etc.-, se irán agotando hasta llegar a la terminación del suministro del servicio. De entre la población, indiscutiblemente el mayor precio lo pagarían los raizales, con lo cual de paso se atentaría contra la garantía constitucional de protección de la diversidad étnica y cultural del país. Así mismo, en tierra y mar se presenta un consumo masivo de los recursos que atenta contra la supervivencia de la fauna y flora terrestre y marítima. Al ritmo actual pronto desaparecerán muchas especies. Igualmente se está atentando contra la conservación de los arrecifes de coral. Providencia ostenta la especial característica de tener el único arrecife de coral barrera en el Océano Atlántico. Un arrecife de coral es una formación milenaria de la que podría afirmarse que “se ha formado por el ahorro de centavos y ahora se gasta por millones”. Necesariamente habrá un punto de extinción irreversible. La Corte observa pues con preocupación que del material probatorio allegado a este proceso se deduce que San Andrés, Providencia y Santa Catalina son unas especies en vías de extinción, ya que la densidad y el desarrollo están desbordando hasta límites de no retorno el sistema biológico frágil de las Islas”. Ver también la Sentencia T-1117 de 2002 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), donde se señaló que “son tres los valores constitucionales que justifican las restricciones constitucionales a la libertad de locomoción (artículos 310 y 42, C.P.). El primero es un problema de sobrepoblación, que además de afectar físicamente a la Isla, perjudica a sus habitantes, pues la administración no cuenta con los suficientes recursos para atender las necesidades básicas de la población. En segundo lugar se encuentra la protección al medio ambiente, como se dijo, la sobrepoblación puede afectar considerablemente el frágil ecosistema de las Islas. Y finalmente, pero no por ello menos importante, la protección a la diversidad cultural, pues buena parte de los isleños son integrantes de comunidades nativas, un grupo humano con diferencias culturales considerables respecto del resto de la población del país, y con una identidad cultural protegida por la Constitución (artículo 7, C.P.)”.

[80] Ver sentencias T-650 de 2002 (M.P. Jaime Araujo Rentería), T-1117 de 2002 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), T-725 de 2004 (M.P. Rodrigo Escobar Gil) y T-701 de 2013 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla).

[81] Artículo 2º del Decreto 2762 de 1991, por medio del cual se adoptan las medidas para controlar la densidad de la población en el departamento Archipiélago de San Andrés,

Providencia y Santa Catalina.

[82] Artículo 3º del Decreto 2762 de 1991, por medio del cual se adoptan las medidas para controlar la densidad de la población en el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

[83] Ver Sentencia T-725 de 2004 (M.P. Rodrigo Escobar Gil).

[84] Según el artículo 6º del Decreto 2762 de 1991, perderá la calidad de residente quien se encuentre en una de las siguientes situaciones: “a) Haber fijado domicilio fuera del territorio del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, por un período continuo superior a 3 años; b) Haber violado las medidas de control de circulación y residencia contempladas en el presente Decreto; c) Haber violado las disposiciones sobre la conservación de los recursos naturales y ambientales del Departamento Archipiélago de San Andrés y Providencia”.

[85] Así fue señalado por la Corte Constitucional en las Sentencias C-530 de 1991 (M.P. Alejandro Martínez Caballero) y T-725 de 2004 (M.P. Rodrigo Escobar Gil).

[86] M.P. Jaime Araujo Rentería.

[87] M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[88] M.P. Alejandro Martínez Caballero.

[89] En la sentencia C-530 de 1993 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), la Corte Constitucional señaló que los “servidores públicos del nivel nacional son ciertamente objeto de la tarjeta de residente temporal, pero con fines de registro mas no de control, de suerte que no les son aplicables las normas relativas a el cumplimiento de los requisitos señalados en el inciso segundo del artículo 8º, ni el tiempo de duración de la tarjeta (art. 10), ni las causales de pérdida de la tarjeta (art. 11), ni tendrán que pagar por la tarjeta (art. 32)” (subrayado del texto original).

[90] M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[91] Esta interpretación constitucional ha cambiado radicalmente durante los últimos años,

siendo hoy admisible la unión de hecho entre parejas del mismo sexo y su reconocimiento como familia. Para tales efectos, véase la sentencia C-029 de 2009 (M.P. Rodrigo Escobar Gil) y C-577 de 2011 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; A.V. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; A.V. María Victoria Calle Correa, Juan Carlos Henao Pérez, Jorge Iván Palacio Palacio y Luis Ernesto Vargas Silva; S.P.V. María Victoria Calle Correa).

[92]M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

[93] La decisión de la OCCRE buscó dar cumplimiento al artículo 310 superior, el cual establece lo siguiente “El Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina se regirá, además de las normas previstas en la Constitución y las leyes para los otros departamentos, por las normas especiales que en materia administrativa, de inmigración, fiscal, de comercio exterior, de cambios, financiera y de fomento económico establezca el legislador. Mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de cada cámara se podrá limitar el ejercicio de los derechos de circulación y residencia, establecer controles a la densidad de la población, regular el uso del suelo y someter a condiciones especiales la enajenación de bienes inmuebles con el fin de proteger la identidad cultural de las comunidades nativas y preservar el ambiente y los recursos naturales del Archipiélago. Mediante la creación de los municipios a que hubiere lugar, la Asamblea Departamental garantizará la expresión institucional de las comunidades raizales de San Andrés. El municipio de Providencia tendrá en las rentas departamentales una participación no inferior del 20% del valor total de dichas rentas”. Sobre la especial protección que se le da al territorio insular, la Corte Constitucional se ha pronunciado en diversas ocasiones. En sede de control abstracto, esta Corporación profirió la sentencia C-530 de 1993 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), mediante la cual consideró que las limitaciones que impuso el Decreto 2761 de 1991 en desarrollo del mencionado mandato constitucional para ingresar, circular, residir, trabajar, elegir y ser elegido obedecían a una finalidad constitucional y eran necesarias, adecuadas y proporcionales dado que, para 1991, el Archipiélago había sufrido un acelerado y perjudicial incremento poblacional. Para ese entonces, San Andrés era la Isla del Caribe con mayor cantidad de personas por kilómetro cuadrado (57.023 habitantes en 27 km²). Gracias 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. 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 2005 y los indicadores demográficos de población del Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE), la población del Archipiélago era de 59.573 personas en el 2005 y, para 2015, se espera que ascienda a 76.442 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. Ahora bien, en relación las razones que expuso la entidad territorial para expulsar y multar al señor Fontalvo, ver copia del Auto Departamental 113 de 2013. A través de dicho documento se estableció que el compañero permanente de la accionante, sin tener permiso para ello, se encontraba en el territorio insular por fuera del termino previsto y, consecuentemente, debía ordenarse (i) su devolución al último lugar de embarque (Barranquilla, Atlántico); (ii) la imposición de una multa de 20 salarios mínimos legales mensuales vigentes para ser cancelada durante los 5 días hábiles siguientes a la fecha de notificación y cuyo pago sería condición para regresar a la Isla en calidad de turista, y (iii) la inclusión del suscrito en la lista de las personas que no pueden ingresar al Archipiélago hasta tanto la OCCRE no levante tal restricción y permita la expedición de la documentación de turista (folio 16 a 19).

[94] Ver copia de la solicitud escrita que presentó el señor Fontalvo ante la OCCRE el 21 de mayo de 2013 y a través de la cual pidió una prórroga para presentar los documentos necesarios para obtener la tarjeta de residente. A este respecto, el suscrito manifestó lo siguiente: “De conformidad con el acta de compromiso de 16 de mayo de 2013 firmada por el suscrito, en la cual me fue concedido el término de 5 días hábiles para aportar los documentos tendientes adelantar el trámite de residencia, ante la oficina a su digno cargo, de la manera más comedida me permito solicitar una prórroga, como quiera que no me ha sido posible, obtener la expedición de todos y cada uno de ellos. Es de resaltar, que tengo toda la intención de normalizar la situación de mi residencia en la Isla, soy un hombre discapacitado, he vivido en este departamento desde que tengo 14 años de edad, soy un trabajo honesto, brindo mis servicios a la comunidad a través de mi labor diaria (Mototaxi), tengo un hijo de 6 años nacido en la Isla, y mi compañera permanente LUZ YENIS SARABIA REALES, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.065.578.708, es residente y estamos haciendo las gestiones necesarias, para adelantar el trámite pertinente” (folio 14).

[96] Ver copia de las cédulas de ciudadanía de la pareja y copia de los registros civiles de nacimientos de sus hijos (folio 9, 11, 12 y 13).

[97] Según fue establecido en las sentencias T-761 de 2005 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto), T-041 de 2012 (M.P. María Victoria Calle Correa) y T-183 de 2013 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla), el derecho de petición no solamente incluye la facultad de presentar una solicitud respetuosa ante una autoridad pública sino que, además, incorpora el derecho a recibir de ella una respuesta oportuna y sobre el fondo del asunto que se plantea. De esta manera, cuando la entidad no proporciona ninguna respuesta, o cuando se pronuncia superficialmente, viola el derecho fundamental de petición en la medida en que le impide al actor conocer su criterio o determinación frente a la pregunta que le ha hecho.

[98] El artículo 14 de la Ley 1437 de 2011, por medio del cual se expidió el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo establece que “salvo norma legal especial y so pena de sanción disciplinaria, toda petición deberá resolverse dentro de los quince (15) días siguientes a su recepción”. Cabe precisar que en la sentencia C-818 de 2011 (MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. SV. Gabriel Eduardo Mendoza y María Victoria Calle Correa), la Corte se ocupó del estudio de una demanda que se formuló contra los artículos 10 (parcial), 13 al 33, y 309 (parcial) de la Ley 1437 del 18 de enero de 2011 “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”. En dicho proceso pese a que se declararon inexecutable los artículos 13 al 33 de la Ley 1437 de 2011 por considerarse que corresponde a la ley estatutaria desarrollar el contenido del núcleo esencial del derecho de petición. Sin embargo, se diferieron los efectos de la inexecutable por constatarse que tal decisión generaría una situación constitucionalmente mas grave en relación con la vigencia de derechos constitucionales especialmente protegidos (Folio 14).

[99] En la sentencia T-242 de 1993 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo), la Corte se ocupó de un caso de una persona que, después de haber solicitado ante la Caja Nacional de Previsión Social su pensión y no haber recibido una respuesta oportuna, instauró una acción de tutela alegando una vulneración a su derecho fundamental de petición. A este respecto, la Corte señaló que “la obligación del funcionario u organismo sobre oportuna resolución de las peticiones formuladas no se satisface con el silencio administrativo. Este tiene el objeto de abrir para el interesado la posibilidad de llevar el asunto a conocimiento del Contencioso

Administrativo, lo cual se logra determinando, por la vía de la presunción, la existencia de un acto demandable. Pero de ninguna manera puede tomarse esa figura como supletoria de la obligación de resolver que tiene a su cargo la autoridad, y menos todavía entender que su ocurrencia excluye la defensa judicial del derecho de petición considerado en sí mismo. De acuerdo con lo atrás expuesto, no se debe confundir el derecho de petición-cuyo núcleo esencial radica en la posibilidad de acudir ante la autoridad y en obtener pronta resolución-con el contenido de lo que se pide, es decir con la materia de la petición. La falta de respuesta o la resolución tardía son formas de violación de aquel y son susceptibles de la actuación protectora del juez mediante el uso de la acción de tutela, pues en tales casos se conculca un derecho constitucional fundamental. En cambio, lo que se debate ante la jurisdicción cuando se acusa el acto, expreso o presunto, proferido por la administración, alude al fondo de lo pedido, de manera independiente del derecho de petición como tal. Allí se discute la legalidad de la actuación administrativa o del acto correspondiente, de acuerdo con las normas a las que estaba sometida la administración, es decir que no está en juego el derecho fundamental de que se trata sino otros derechos, para cuya defensa existen las vías judiciales contempladas en el Código Contencioso Administrativo y, por tanto, respecto de ella no cabe la acción de tutela salvo la hipótesis del perjuicio irremediable (artículo 86 C.N.). Como se ha subrayado, se trata de un mecanismo para que la persona pueda accionar judicialmente. De no ser por la presunción establecida en la ley, ella tendría que esperar a que se produjera el acto expreso por el cual se negara o atendiera su petición para que la respectiva acción tuviera objeto. La figura en comento remueve este obstáculo y facilita la demanda, ya no contra el acto manifiesto y determinado de la administración -que precisamente no se ha producido en razón de la omisión mediante la cual se quebranta el derecho del peticionario-, sino contra el acto que la ley presume. Se impide así que el interesado quede expósito -en lo que atañe al contenido de la decisión que busca obtener de la autoridad-, y que deba aguardar indefinidamente la expedición de un acto susceptible de impugnación. La posibilidad así lograda de ejercer una acción judicial no significa que el derecho fundamental de petición haya dejado de ser vulnerado, ni que pierda relevancia jurídica tal vulneración, ni tampoco que se haga inútil o innecesaria la tutela como garantía constitucional respecto de aquel, sino precisamente lo contrario: el sistema jurídico, ante la negligencia administrativa que dio lugar a la violación del derecho de petición, ha tenido que presumir la respuesta para fines procesales referentes a la materia de lo pedido (negrilla y subrayado original del

texto)". Esta interpretación fue reiterada en las sentencias T-369 de 1997 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo) y T-601 de 1998 (M.P. Fabio Morón Díaz).

[100] El actor arguye haber llegado al archipiélago en 1991 y sostener una unión marital con la señora Sarabia desde hace 9 años. A este respecto, ver copia del escrito de tutela (folio 1 a 8), copia del acta de compromiso suscrita entre el señor Jimmy Augusto Fontalvo y la Gobernación del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina el 16 de mayo de 2013 (folio 15) y correo electrónico enviado por el actor a la Corte Constitucional el 3 de marzo de 2014 (folio 9 del segundo cuaderno).

[101] Como fue explicado en el acápite séptimo de esta providencia, la Corte Constitucional se ha ocupado de las restricciones que operan en el Archipiélago en materia de circulación y residencia en, al menos, cinco ocasiones. Una en sede de control abstracto y cuatro en sede de tutela. A este respecto, pueden consultarse las sentencias C-530 de 1993 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), T-650 de 2002 (M.P. Jaime Araujo Rentería), T-1117 de 2002 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), T-725 de 2004 (M.P. Rodrigo Escobar Gil) y T-701 de 2013 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla).

[102] La familia se encuentra regulada directa e indirectamente en los artículos 5, 13, 15, 28, 42, 44, 46, 49, 67 y 68 de la Constitución de 1991. A este respecto, es necesario resaltar lo establecido en los artículos 5 y 42. El primero de ellos (artículo 5), señala que "el Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad." El, segundo (artículo 42) determinó que "la familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla. El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia".

[103] El artículo 44 de la Constitución de 1991 establece que "son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los

demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia”. El artículo 8º de la Ley 1098 de 2006, por medio de la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia, establece que: “se entiende por interés superior del niño, niña y adolescente, el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes”. Por otra parte, el artículo 9º del mismo código, señala que “en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que deba adoptarse en relación con los niños, las niñas y los adolescentes, prevalecerán los derechos de estos, en especial si existe conflicto entre sus derechos fundamentales con los de cualquier otra persona. En caso de conflicto entre dos o más disposiciones legales, administrativas o disciplinarias, se aplicará la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente”. Finalmente, el artículo 22 del Código de la Infancia y la Adolescencia señala que “los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a tener y crecer en el seno de la familia, a ser acogidos y no ser expulsados de ella. Los niños, las niñas y los adolescentes sólo podrán ser separados de la familia cuando esta no garantice las condiciones para la realización y el ejercicio de sus derechos conforme a lo previsto en este código. En ningún caso la condición económica de la familia podrá dar lugar a la separación”. Ver, además, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

[104] En varias ocasiones, la Corte se ha referido a la importancia del derecho de los niños, niñas y adolescentes a tener y permanecer en una familia. Particularmente, la Corte se ha pronunciado sobre el interés superior del menor en casos donde el núcleo familiar se ve desintegrado o seriamente afectado como resultado del abandono de los padres, el maltrato y las precarias condiciones de vida que sufren los menores o el traslado laboral de uno de sus progenitores. A este respecto, ver sentencias T-887 de 2009 (M.P. Mauricio González Cuervo) T-946 de 2012 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), T-094 de 2013 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), y T-569 de 2013 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva).

[105] Ver sentencia T-408 de 1995 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz),

[106] En varias ocasiones, la Corte se ha ocupado de los casos donde los menores son

acogidos por el ICBF como resultado de una supuesta anomalía en su grupo familiar que, presuntamente, resulta contraria al interés superior y al desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes. Al hacer lo anterior, esta Corporación ha sentado su jurisprudencia en relación con la importancia de la familia en el goce efectivo de los derechos fundamentales de estos menores. A este respecto, ver sentencias T-510 de 2003 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), T-292 de 2004 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), T-397 de 2004 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), T-572 de 2009 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto), T-090 de 2010 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub); T-671 de 2010 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub); T-502 de 2011 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), T-844 de 2011 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; S.P.V. Humberto Antonio Sierra Porto), T-094 de 2013 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) y T-569 de 2013 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva).

[107] Por medio del cual se adoptan medidas para controlar la densidad poblacional en el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

[108] Por medio del cual se adoptan medidas para controlar la densidad poblacional en el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.