

Sentencia T-294/18

ACCION DE TUTELA TEMERARIA-Identidad de partes, hechos y pretensiones

Por medio de su jurisprudencia, esta Corporación ha indicado que para que se configure la actuación temeraria deben concurrir los tres elementos que constituyen la cosa juzgada constitucional, en el contexto de control concreto de constitucionalidad, y otro adicional. Así, debe presentarse: “(i) identidad de partes; (ii) identidad de hechos; (iii) identidad de pretensiones; y (iv) la ausencia de justificación en la presentación de la nueva demanda, vinculada a un actuar doloso y de mala fe por parte del libelista”.

ACCION DE TUTELA TEMERARIA-Casos en los que se considera inexistencia de la temeridad

Se ha establecido que hay situaciones en las que la actuación no es temeraria cuando el ejercicio reiterado de acciones de tutela se funda:“(i) en la ignorancia del accionante; (ii) en el asesoramiento errado de los profesionales del derecho; o (iii) por el sometimiento del actor a un estado de indefensión, propio de aquellas situaciones en que los individuos obran por miedo insuperable o por la necesidad extrema de defender un derecho. En estos casos, si bien lo procedente es la declaratoria de ‘improcedencia’ de las acciones de tutela indebidamente interpuestas, la actuación no se considera ‘temeraria’ y, por lo mismo, no conduce a la imposición de sanción alguna en contra del demandante”.

TEMERIDAD-Inexistencia para el caso por cuanto pretensiones no son idénticas

ACCION DE TUTELA CONTRA ACTOS ADMINISTRATIVOS DE CARACTER PARTICULAR Y CONCRETO-Procedencia excepcional

PERJUICIO IRREMEDIABLE-Características

DERECHO FUNDAMENTAL DE PETICION-Reiteración de jurisprudencia

Ante la solicitud respetuosa de cualquier ciudadano, las entidades administrativas deben dar una respuesta que cumpla con los requisitos de: (i) oportunidad, (ii) resolución clara,

precisa y congruente con aquello que fue solicitado y (iii) notificación al interesado de la respuesta a su solicitud. Se vulnera el derecho de petición cuando se vence el término sin respuesta o, cuando se obtiene un pronunciamiento oportuno por parte de la administración, pero el mismo no satisface las exigencias antes enunciadas –oportunidad, respuesta clara y comunicación de la respuesta a la solicitud-. Lo anterior, no implica la aceptación de lo solicitado, ni tampoco se concreta con una respuesta escrita, sin perjuicio de las consecuencias propias del silencio administrativo negativo.

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

ACCION DE TUTELA CONTRA ACTO ADMINISTRATIVO DE CARACTER PARTICULAR Y CONCRETO-Procedencia para resolver solicitud de residencia en el departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina

DERECHO A LA UNIDAD FAMILIAR FRENTE AL CONTROL DE DENSIDAD POBLACIONAL EN EL ARCHIPIELAGO DE SAN ANDRES-Orden a la OCCRE otorgar residencia permanente a la accionante en la Isla de San Andrés

Referencia: Expediente T-6.570.710

Magistrada Ponente:

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de julio de dos mil dieciocho (2018)

La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Alberto Rojas Ríos, José Fernando Reyes Cuartas y Cristina Pardo Schlesinger, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política, y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de las decisiones judiciales proferidas, en primera instancia, por el

Juzgado Primero Penal de Circuito de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, el once (11) de septiembre de dos mil diecisiete (2017) y, en segunda instancia, por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, el treinta y uno (31) de octubre de dos mil diecisiete (2017), en el proceso de tutela iniciado por Vanessa Carolina Salazar Carbonell contra la Oficina de Control de Circulación y Residencia -OCCRE[1].

El proceso de la referencia fue seleccionado para revisión por la Sala de Selección de Tutelas Número Dos de la Corte Constitucional[2], mediante Auto proferido el dieciséis (16) de febrero de dos mil dieciocho (2018), notificado por estado el dos (2) de marzo de la misma anualidad.

I. ANTECEDENTES

Vanessa Carolina Salazar Carbonell formuló acción de tutela contra la OCCRE para la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso, a la libre circulación y residencia y a la educación.

1. La demanda

1.1. La accionante indicó que desde sus primeros meses de nacida vive en el Archipiélago de San Andrés, que allí creció y cursó sus estudios de preescolar, primaria, bachillerato y alcanzó a adelantar estudios en el SENA[3].

1.2. Informó la actora que, por ser menor de edad, el 11 de febrero de 2014 su progenitora, la señora Claudia Patricia Carbonell Arrieta, presentó ante la accionada solicitud de tarjeta de residencia a su favor.

1.3. Manifestó que, al no recibir respuesta por parte de la OCCRE sobre la petición anteriormente referida, en el mes de enero de 2017 impetró acción de tutela en contra de la referida entidad por la violación del derecho de petición. Mediante sentencia del 9 de febrero de la misma anualidad, el Juzgado Primero Promiscuo del Departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina decidió amparar el derecho fundamental deprecado y ordenó a la entidad accionada expedir respuesta de fondo sobre la solicitud de residencia a favor de la peticionaria.

1.4. La parte demandada profirió Resolución No. 3387 del 15 de agosto de 2017, mediante

la cual negó la solicitud de residencia a favor de la actora y le otorgó un plazo de 10 días para que abandonara voluntariamente el departamento so pena de ser declarada en situación irregular y ser devuelta a su último lugar de embarque. Notificada el 18 de agosto de 2017.

1.5. Adujo la actora que la OCCRE negó su solicitud de residencia al argumentar el incumplimiento del requisito establecido en el literal c) del artículo 2 del Decreto 2762 de 1991, a saber:

“Tener domicilio en las islas, comprobado mediante prueba documental, por más de tres años continuos e inmediatamente anteriores a la expedición de este Decreto”.

Lo anterior, desconociendo que nació el 11 de septiembre de 1997, circunstancia que hace imposible acreditar mediante material probatorio recaudado entre 1988 y 1991 su permanencia en San Andrés Isla, y sin tener en cuenta que aportó documentación y certificados de estudios que corroboran su permanencia en el departamento desde los 6 años hasta que cumplió la mayoría de edad.

1.6. Indicó que el 28 de agosto de 2017, interpuso incidente de desacato contra la OCCRE por incumplimiento de lo ordenado en la sentencia del 9 de febrero de la misma anualidad por el Juzgado Primero Promiscuo del Departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, al considerar que la respuesta dada no se ajustaba al requerimiento hecho por su progenitora. No obstante, la autoridad judicial competente resolvió no sancionar por desacato y ordenó el archivo definitivo de las diligencias ante la existencia de un hecho superado.

Aseguró que sus padres no tienen dinero para enviarla a estudiar a una universidad por fuera del archipiélago, que su única oportunidad de continuar con su capacitación profesional es en el SENA; sin embargo, no cuenta con el permiso pertinente debido a la negativa de la parte accionada. Solicitó se anule la Resolución No. 3387 del 15 de agosto de 2017, y en su lugar, se ordene a la OCCRE expedir la tarjeta definitiva de residencia a su nombre.

2. Contestación de la demanda

2.1. Respuesta de la Oficina de Control de Circulación y Residencia – OCCRE

El Director Administrativo de la OCCRE del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, mediante escrito del cuatro (4) de septiembre de dos mil diecisiete (2017)[5], se refirió a los hechos y pretensiones de la acción de tutela, e informó:

En enero de 2017 la accionante interpuso acción de amparo por los mismos hechos que se relacionan en el escrito de tutela de la referencia.

El Juzgado Primero Promiscuo del Departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, mediante sentencia del 9 de febrero de 2017, decidió amparar el derecho fundamental de petición y ordenó a la Oficina de Control de Circulación y Residencia expedir respuesta de fondo sobre la solicitud de residencia a favor de la peticionaria.

No obstante, la accionante impetró incidente de desacato al argumentar que la respuesta obtenida mediante Resolución No. 3387 de 2017 no resolvía el asunto de fondo. Ante las pruebas aportadas en el trámite de desacato, el Juzgado Primero Promiscuo del Departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina resolvió no sancionar y ordenó el archivo definitivo de las diligencias.

Manifestó el Director de la OCCRE que la accionante actúa de mala fe al formular la acción de tutela de la referencia, pues, como explicó, el asunto que hoy se analiza ya fue resuelto por el juez competente, quien decidió declarar la carencia actual de objeto por hecho superado al conocer sobre un incidente de desacato presentado el 28 de agosto de 2017.

Informó que Vanessa Carolina Salazar Carbonell, mediante apoderado judicial, radicó ante la OCCRE recurso de reposición y en subsidio el de apelación en contra de la Resolución No. 3387 de 2017 que resolvió de fondo su situación de residencia en el Archipiélago, razón suficiente para declarar la improcedencia de la acción de tutela.

3. Sentencias objeto de revisión

3.1. Primera Instancia

Mediante providencia del once (11) de septiembre de dos mil diecisiete (2017), el Juzgado Primero Penal de Circuito de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, declaró improcedente la acción de tutela promovida por Vanessa Carolina Salazar Carbonell contra la Oficina de Control de Circulación y Residencia -OCCRE. Consideró que al encontrarse en trámite el recurso de reposición y en subsidio el de apelación, mecanismos idóneos y eficaces para la defensa de los derechos e intereses de la accionante, y en atención al carácter extraordinario y subsidiario de la acción de amparo, no resulta pertinente entrar a analizar de fondo el asunto. Adicionalmente, aclaró que la peticionaria puede impetrar acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción contencioso administrativa para controvertir los actos administrativos proferidos por la accionada y desfavorables a sus intereses.

3.2. Impugnación

La accionante presentó escrito de impugnación dentro del término legalmente concedido[6]. Indicó que no comparte la decisión del once (11) de septiembre de dos mil diecisiete (2017), toda vez que el juez de primera instancia no tuvo en cuenta los presupuestos ilegales e inconstitucionales que sirvieron de fundamento para expedir la Resolución No. 3387 del 15 de agosto de 2017.

Manifestó que la entidad accionada resolvió la petición de residencia permanente de manera apresurada y sin un análisis responsable del acervo probatorio, circunstancia que le causó un perjuicio irremediable. En esa medida, adujo, la acción de tutela es procedente para resolver el presente caso, pues su situación particular le impide acudir a la vía ordinaria para que se dirima sobre su permanencia en el Archipiélago.

3.3. Decisión del juez de tutela de segunda instancia

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, mediante sentencia del treinta y uno (31) de octubre de dos mil diecisiete (2017), resolvió confirmar el fallo recurrido. Argumentó que no existe un perjuicio irremediable que justifique legalmente la procedencia de la acción de tutela en el asunto de la referencia y se constata la existencia de otros medios de defensa judicial idóneos (recursos de reposición y apelación) para salvaguardar los derechos alegados por la señora Vanessa Carolina Salazar Carbonell.

4. Pruebas aportadas por el accionante y valoradas por los jueces de instancias

Se aportaron como pruebas a la acción de tutela los siguientes documentos: (i) copia de la Resolución No. 3387 del 15 de agosto de 2017[7]; (ii) copia de la respuesta del derecho de petición del 30 de enero de 2017, mediante la cual se niega solicitud de certificado para estudio[8]; (iii) copia de la cédula de ciudadanía de Claudia Patricia Carbonell, progenitora de la accionante[9]; (iv) copia de la cédula de ciudadanía de Vanessa Carolina Salazar Carbonell[10]; (v) copia del derecho de petición mediante el cual se solicitó a la OCCRE permiso para estudio[11]; (vi) copia de constancias proferidas por el Director de la OCCRE para permiso de estudio a nombre de la accionante[12]; (vii) copia de solicitud de tarjeta de residencia elevada a la OCCRE del 11 de febrero de 2014[13]; y, (viii) copias de certificados y diplomas de estudios de la accionante[14].

5. Actuaciones surtidas en sede de revisión

5.1. Mediante Auto del cinco (5) de abril de dos mil dieciocho (2018)[15], se decretaron las siguientes pruebas con el fin de obtener información adicional sobre la situación de permanencia de la señora Vanessa Carolina Salazar Carbonell en el Departamento Archipiélago. Entre otros datos, se le ordenó a la OCCRE, informar detalladamente: (i) si contra la Resolución No. 3387 del 15 de agosto de 2017[16] se interpuso el recurso de reposición y/o apelación; (ii) cuál es la situación actual de permanencia de la accionante en el Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina; y, (iii) si la OCCRE ha proferido algún permiso transitorio o definitivo para estudio a nombre de la peticionaria, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.123.636.184, para el año 2018.

5.1.1. En la misma providencia referida se solicitó a la señora Vanessa Carolina Salazar Carbonell que informara a este Despacho: (i) cuál es su situación actual de permanencia en el Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina; (ii) si contra la Resolución No. 3387 de 2017 interpuso recurso de reposición y/o apelación; (iii) si ha iniciado algún trámite o acción administrativa adicional para obtener su tarjeta definitiva de residencia en San Andrés Isla; (iv) quién o quiénes conforman actualmente su núcleo familiar; así mismo, indicara si cuenta con una red de apoyo familiar por fuera del Departamento Archipiélago; y, (v) que actividad laboral o académica desempeña actualmente en su lugar de residencia.

5.2. Mediante oficio del 7 de mayo de 2018[17], la OCCRE dio respuesta al Auto del cinco (5) de abril de dos mil dieciocho (2018) en los siguientes términos:

Informó que Vanessa Carolina Salazar Carbonell interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación contra la Resolución No. 3387 de 2015. Mediante Acto Administrativo No. 3379 del 18 de abril de 2018 la entidad accionada resolvió confirmar en todas sus partes la resolución recurrida al realizar un análisis de los siguientes hechos:

Que con posterioridad a su nacimiento, la accionante ingresó a la Isla de San Andrés junto a su madre y desde entonces ha permanecido en el Departamento Archipiélago haciendo una vida junto a su familia.

En el año 2014, dentro del trámite de renovación de residencia temporal adelantado por la señora Claudia Patricia Carbonell en virtud de su convivencia con el señor Jairo Ramiro Henry Carr, la progenitora de la accionante solicitó la expedición de la tarjeta de residencia a favor de su hija Vanessa Carolina Salazar Carbonell.

Que para la fecha de la referida solicitud (11 de febrero de 2014), se encontraba en curso un proceso de adquisición de residencia definitiva a nombre de la señora Claudia Patricia Carbonell (presentado el 18 de febrero de 2011), en esa medida, no era posible que solicitara la tarjeta de residencia a favor de la ahora peticionaria.

Indica que, en virtud de lo anterior, quien debía solicitar la residencia a favor de la entonces menor de edad Vanessa Carolina Salazar Carbonell era el señor Jairo Ramiro Henry Carr en su calidad de otorgante y compañero permanente de la madre de la accionante.

Informa que mediante Resolución No. 0791 de 2017 se concedió tarjeta de residencia definitiva a Claudia Patricia Carbonell Arrieta, por lo que a partir de ese momento se encuentra habilitada para transferir derechos y no antes como así lo pretendió en el año 2014 al solicitar residencia en favor de su hija Vanessa Carolina Salazar Carbonell.

Luego de analizar la situación de la accionante a la luz de los artículos 2 y 3 del Decreto 2762 de 1991 resolvió confirmar en todas sus partes la Resolución No. 3387 del 15 de agosto de 2017, mediante la cual se negó la solicitud de residencia impetrada por Claudia Patricia Carbonell Arrieta en favor de su hija Vanessa Carolina Salazar Carbonell.

En el numeral tercero de la Resolución No. 3379 del 18 de abril de 2018 se concedió el recurso de apelación y se ordenó la remisión del expediente al Despacho del Gobernador del Departamento Archipiélago, para lo de su competencia.

Asimismo, en el oficio anteriormente referido, la OCCRE manifestó que luego de revisada la base de datos y el archivo físico de esa entidad no se encontró solicitud de residencia radicada a favor de Vanessa Carolina Salazar Carbonell, en los términos del Decreto 2762 de 1991.

Que actualmente la accionante no cuenta con el estatus de residente y por consiguiente se encuentra en situación irregular dentro del territorio insular, en concordancia con lo descrito en el Decreto 2762 de 1991.

Finalmente, frente a los permisos para estudiar en las ínsulas, la parte accionada indicó que el 13 de febrero de 2017 la Oficina de Control Poblacional expidió permiso para que la accionante adelantará estudios durante el año lectivo 2017.

5.3. En oficio del 23 de abril de 2018, la Secretaría General de esta Corporación, mediante oficio No. OPTB-885/18, remitió copia del Auto del cinco (5) de abril la misma anualidad a la señora Vanessa Carolina Salazar Carbonell para que, en los dos (2) días siguientes a su notificación, se pronunciara sobre lo ordenado en la referida providencia. Sin embargo, vencido el término probatorio, se informó al Despacho sustanciador que no se recibió comunicación alguna por parte de la accionante.

5.4. En Auto del veintinueve (29) de mayo de dos mil dieciocho (2018)[18], la Magistrada Sustanciadora ordenó al Gobernador del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, remitir copia del acto administrativo mediante el cual se resolvió el recurso de apelación interpuesto por la señora Vanessa Carolina Salazar Carbonell en contra de la Resolución No. 3387 del 15 de agosto de 2017, concedido en la Resolución No. 3379 de 2018.

5.4.1. Mediante oficio del treinta y uno (31) de mayo de dos mil dieciocho (2018) la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Gobernación de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, informó a este Despacho que “hasta la fecha no se ha resuelto el recurso de apelación presentado por la señora CLAUDIA PATRICIA CARBONELL ARRIETA, en contra de la

resolución 003387 del 15 agosto de 2018 (sic), toda vez que el expediente fue remitido a este despacho pro (sic) la Oficina de Control de Circulación – OCCRE el día 25 de mayo de los corrientes”.

Asimismo, indicó que “teniendo en cuenta que cursa trámite de tutela ante la Honorable Corte Constitucional. Estaremos resolviendo en los próximos días el recurso impetrado”.

Posteriormente, en oficio del 28 de junio de 2018, la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Gobernación de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, remitió al Despacho Sustanciador copia de la Resolución No. 5285 del 21 de junio de 2018, por medio de la cual se resolvió el recurso de apelación interpuesto por Vanessa Carolina Salazar Carbonell. En el referido acto administrativo se decidió confirmar en todas sus partes la Resolución No. 3387 del 15 de agosto de 2017.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

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

2. Cuestión previa. Inexistencia de temeridad en el caso concreto

El Decreto 2591 de 1991[19] define en su artículo 38 la temeridad en los siguientes términos:

“[c]uando, sin motivo expresamente justificado, la misma acción de tutela sea presentada por la misma persona o su representante ante varios jueces o tribunales, se rechazarán o decidirán desfavorablemente todas las solicitudes”.

Por medio de su jurisprudencia, esta Corporación ha indicado que para que se configure la actuación temeraria deben concurrir los tres elementos que constituyen la cosa juzgada constitucional, en el contexto de control concreto de constitucionalidad, y otro adicional. Así, debe presentarse: “(i) identidad de partes; (ii) identidad de hechos; (iii) identidad de pretensiones; y (iv) la ausencia de justificación en la presentación de la nueva demanda, vinculada a un actuar doloso y de mala fe por parte del libelista”[20].

Aunado a lo anterior, se ha establecido que hay situaciones en las que la actuación no es temeraria cuando el ejercicio reiterado de acciones de tutela se funda:

“(i) en la ignorancia del accionante; (ii) en el asesoramiento errado de los profesionales del derecho; o (iii) por el sometimiento del actor a un estado de indefensión, propio de aquellas situaciones en que los individuos obran por miedo insuperable o por la necesidad extrema de defender un derecho. En estos casos, si bien lo procedente es la declaratoria de ‘improcedencia’ de las acciones de tutela indebidamente interpuestas, la actuación no se considera ‘temeraria’ y, por lo mismo, no conduce a la imposición de sanción alguna en contra del demandante”.[21]

En el asunto objeto de revisión, Vanessa Carolina Salazar Carbonell formuló una primera solicitud de amparo. Esta fue admitida por el Juzgado Primero Promiscuo del Departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y resuelta mediante sentencia del 9 de febrero de 2017, en la referida providencia se decidió amparar el derecho fundamental de petición y se ordenó a la OCCRE expedir respuesta de fondo sobre la solicitud de residencia a favor de la peticionaria. Este proceso no fue seleccionado para revisión por la Corte Constitucional[22]. Luego de lo anterior, se inició el trámite de tutela que ahora es objeto de estudio. El asunto fue admitido por el Juzgado Primero Penal del Circuito del Departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, quien mediante fallo del 11 de septiembre de 2017 declaró improcedente el amparo por estimar que la peticionaria no había agotado todos los mecanismos idóneos y eficaces para la defensa de sus derechos. En segunda instancia, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Andrés, Providencia y Santa Catalina confirmó esta determinación. En sus consideraciones, ninguno de los jueces de instancia estimó que la actora hubiese actuado con temeridad pues al proceso se había aportado un nuevo elemento de juicio -la aplicación del artículo 2, numeral c) del Decreto 2762 de 1991, que exige “Tener domicilio en las islas, comprobado mediante prueba documental, por más de 3 años continuos e inmediatamente anteriores a la expedición de este Decreto”.- que variaba el contexto inicial sobre el cual debía realizarse el análisis de los hechos.

En concepto de la Sala, los jueces de la causa acertaron al no decretar la temeridad en el trámite de la referencia. Se advierte, en primer lugar, que entre las dos (2) acciones de tutela se presenta una identidad de sujetos pues ambas fueron incoadas por Vanessa

Carolina Salazar Carbonell y dirigidas contra la OCCRE. No obstante, no hay identidad de pretensiones pues en el primer caso se solicitaba el amparo, únicamente, del derecho de petición y en el asunto que ahora se revisa la reclamación se dirige a obtener la protección de los derechos fundamentales al debido proceso, a la libre circulación y residencia, a la unidad familiar y a la educación. Así como, a la suspensión de la orden dada a la actora de abandonar el Departamento Archipiélago. De lo anterior, se concluye que no se presenta identidad fáctica, pues surgió un hecho jurídico nuevo que varió el contexto en el cual fueron presentadas las peticiones y que facultó a la ciudadana reclamante para acudir, dentro de su buena fe, nuevamente a la jurisdicción.

En el presente caso no se vislumbra un actuar doloso o de mala fe por parte de la actora ya que su obrar se enmarca en una situación en la que se actúa por la necesidad extrema de defender un derecho. Lo anterior se evidencia en la orden dada por la parte accionada en la Resolución No. 3387 del 15 de agosto de 2017, mediante la cual negó la solicitud de residencia a favor de la accionante y le otorgó un plazo de 10 días para que abandonara voluntariamente el departamento, so pena de ser declarada en situación irregular y ser devuelta a su último lugar de embarque. Así las cosas, concluye la Sala que la actuación de Vanessa Carolina Salazar Carbonell no es temeraria.

3. Presentación del caso

3.1. Vanessa Carolina Salazar Carbonell formuló acción de tutela contra la Oficina de Control de Circulación y Residencia -OCCRE con el propósito de obtener el amparo de sus derechos fundamentales al debido proceso, a la libre circulación y residencia y a la educación, entre otros. Sostuvo que la afectación de las garantías invocadas se produjo como consecuencia de la negativa de la accionada de expedir la tarjeta definitiva de residencia a su nombre, mediante la cual se confiere la facultad de domiciliarse en una de las islas que conforman el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina al argumentar que la actora no cumple con el requisito establecido en el literal c) del artículo 2 del Decreto 27 de 1991, esto es: “Tener domicilio en las islas, comprobado mediante prueba documental, por más de tres años continuos e inmediatamente anteriores a la expedición de este Decreto”.

Para la accionante, la OCCRE vulneró sus garantías constitucionales al exigir el

cumplimiento de un requisito que no le es aplicable, pues se encuentra en imposibilidad probatoria de demostrar que estuvo domiciliada en este Departamento Archipiélago con anterioridad a la expedición del Decreto 2762 de 1991 toda vez que nació en el año 1997 y omitiendo las pruebas aportadas al proceso de tutela que certifican que llegó a San Andrés Isla a los pocos meses de nacida, que desde los 6 años adelanta sus estudios en la ínsula y que siempre ha vivido con su única familia, conformada por su madre, el compañero permanente de su progenitora y sus hermanos.

3.2. La OCCRE sostuvo que la accionante actúa de mala fe al formular la acción de tutela de la referencia, pues, el asunto que hoy se analiza ya fue resuelto por el juez competente, quien decidió declarar la carencia actual de objeto por hecho superado al conocer sobre un incidente de desacato presentado el 28 de agosto de 2017.

Informó que la señora Vanessa Carolina Salazar Carbonell, mediante apoderado judicial, radicó ante la OCCRE recurso de reposición y en subsidio el de apelación en contra de la Resolución No. 3387 de 2017 que resolvió de fondo su situación de residencia en el archipiélago, razón suficiente para declarar la improcedencia de la acción de tutela.

4. Problema jurídico

En atención a lo expuesto, corresponde a la Sala determinar si la Oficina de Control de Circulación y Residencia -OCCRE- del Departamento del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina vulneró los derechos fundamentales al debido proceso, a la educación, a la libre circulación y residencia y a la unidad familiar de Vanessa Carolina Salazar Carbonell, quien convive desde el año 1998 con su familia en el territorio insular, al negarle la residencia sin haberle dado el trámite oportuno, y en un tiempo razonable, a la solicitud impetrada el 11 de febrero de 2014 a favor de la accionante y aplicando de forma estricta el Decreto 2762 de 1991 desconociendo que, en ejercicio de sus competencias administrativas, debía (i) tramitar esa solicitud de la manera que mejor protegiera los derechos de la peticionaria y (ii) que incurrió en dilaciones injustificadas que afectaron directamente las garantías constitucionales de la actora.

Con el fin de dar solución al problema jurídico planteado, la Sala entrará a estudiar los siguientes temas: primero, la procedencia de acción de tutela contra actos administrativos de contenido particular y concreto, segundo, el derecho fundamental de petición,

y tercero, el régimen de control de densidad poblacional en el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina. Para, seguidamente, analizar de fondo el caso concreto.

5. Procedencia de la acción de tutela contra actos administrativos de contenido particular y concreto -Reiteración de Jurisprudencia-

El artículo 86 de la Constitución consagra la acción de tutela como un mecanismo preferente y sumario, mediante el cual se busca evitar, de manera inmediata, la amenaza o vulneración de un derecho fundamental. Su procedencia está condicionada a que “el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial”. Sin embargo, esta Corporación ha señalado que no puede declararse la improcedencia de la tutela por la sola existencia en abstracto de un medio ordinario de defensa judicial. En el marco del caso concreto, el juez constitucional debe analizar si la acción dispuesta por el ordenamiento jurídico es idónea y eficaz para proteger los derechos fundamentales comprometidos.[23] En el evento en que no lo sea, la acción de tutela procederá para provocar un juicio sobre el fondo[24].

Por regla general, la acción de tutela contra actos administrativos de carácter particular es improcedente por cuanto es posible controvertir su contenido e incluso solicitar su suspensión provisional a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. No obstante, el amparo procede en estos casos, de manera excepcional, cuando la misma se invoque para evitar la configuración de un perjuicio irremediable[25].

En ese sentido, esta Corporación ha reiterado que, conforme al carácter residual de la tutela, no es, en principio, el medio adecuado para controvertir las actuaciones administrativas, pues para ello están previstas las acciones ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Sin embargo, cuando los derechos fundamentales del accionante resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición tardía de actos administrativos propios de la referida jurisdicción, la acción de tutela cabría como mecanismo transitorio de protección de las garantías constitucionales para evitar un daño irreparable:

“La Corte concluye (i) que por regla general, la acción de tutela es improcedente como mecanismo principal para la protección de derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición de actos administrativos, como

quiera que existen otros mecanismos tanto administrativos como judiciales para su defensa; (ii) que procede la acción de tutela como mecanismo transitorio contra las actuaciones administrativas cuando se pretenda evitar la configuración de un perjuicio irremediable; y (iii) que solamente en estos casos el juez de tutela podrá suspender la aplicación del acto administrativo (artículo 7 del Decreto 2591 de 1991) u ordenar que el mismo no se aplique (artículo 8 del Decreto 2591 de 1991) mientras se surte el proceso respectivo ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.”[26]

En Sentencia T-1316 de 2001, la Corte concluyó que “no todo perjuicio puede ser considerado como irremediable, sino solo aquel que por sus características de inminencia y gravedad, requiera de medidas de protección urgentes e impostergables. Con todo, esta previsión del artículo 86 de la Carta debe ser analizada en forma sistemática, pues no puede olvidarse que existen ciertas personas que por sus condiciones particulares, físicas, mentales o económicas, requieren especial protección del Estado, como ocurre, por ejemplo, en el caso de los niños (...)”.

En ese orden, cuando se pretenda la suspensión de un acto administrativo de carácter particular por medio de la acción de tutela el juez constitucional tiene la obligación de ponderar en cada caso en particular el cumplimiento de los requisitos anteriormente expuestos y verificar que se acredita la gravedad de la situación y la falta de idoneidad y eficacia de los mecanismos ordinarios para la real protección de los derechos fundamentales alegados.

6. El derecho fundamental de petición. Reiteración de jurisprudencia

La Constitución Política de Colombia en su artículo 23, dispone que toda persona tiene el derecho de presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución. Esta garantía constitucional señala que la respuesta al mismo debe ser pronta y oportuna por parte de la autoridad a la que se dirige la solicitud, pues perdería sentido si el ciudadano no obtiene una respuesta o esta no se resuelve de manera idónea.[28]

Para la Corte Constitucional, el derecho de petición es un medio para lograr la satisfacción de otros derechos como, por ejemplo, la igualdad, el debido proceso o el acceso a la administración de justicia[29]. La jurisprudencia lo define como una garantía fundamental

que está estrechamente ligada con la libertad de recibir información veraz e imparcial en los términos del artículo 20 superior, en la medida en que confiere a la persona la oportunidad de exteriorizar una queja, reclamo, manifestación, información y consulta a cualquier autoridad, de quien espera una respuesta efectiva, la cual puede ser favorable o no para el peticionario.

La obligación de dar una respuesta no supone el compromiso de resolver en un determinado sentido la petición, es decir, a favor o en contra de la solicitud del ciudadano, sino tan solo la exigencia de contestar la solicitud presentada de manera completa y oportuna. En todo caso, siempre deberá permitírsele al peticionario conocer cuál es la disposición o el criterio del ente respectivo frente al asunto que le ha planteado. Para esta Corporación, el goce efectivo del derecho fundamental de petición se materializa cuando se emiten y reciben respuestas que forma sustancial resuelven, en lo procedente, la materia objeto de solicitud independientemente del sentido de la respuesta[30].

La Ley 1755 de 2015[31], en su artículo 13, determina que toda actuación iniciada por cualquier persona ante las autoridades supone el ejercicio del derecho de petición, sin que sea necesario invocarlo. Por medio de éste se podrá solicitar (i) el reconocimiento de un derecho, (ii) la intervención de una entidad, (iii) la definición de una situación jurídica o (iv) el requerimiento de información.

Según la referida normativa, el término para resolver las diferentes modalidades de petición es de 15 días siguientes a su recepción, a menos que se trate de una solicitud de documentos e información -término de 10 días siguientes a la recepción- o de consulta a autoridades sobre materias a su cargo -30 días-.

Asimismo, estipula que de no ser posible dar respuesta en los términos fijados en la referida ley, la autoridad deberá informar al interesado antes del vencimiento del mismo, señalando los motivos de la demora y dando un plazo razonable para su respuesta (art. 14).

La jurisprudencia constitucional ha entendido, de manera general, que el derecho de petición involucra dos momentos diferentes: (i) “el de la recepción y trámite de la solicitud, el cual implica el debido acceso de la persona a la administración para que ésta considere el asunto que se le plantea, y (ii) el de la respuesta, cuyo sentido trasciende el campo de la simple adopción de decisiones y se proyecta a la necesidad de llevarlas al conocimiento del

solicitante”.[32]

Para la Corte Constitucional, en ningún caso, la resolución de las peticiones formuladas se entenderá satisfecha con el silencio administrativo, pues el referido fenómeno debe entenderse como un mecanismo para agotar la vía gubernativa y acceder a la vía judicial. 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[33]. 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.

En resumen, ante la solicitud respetuosa de cualquier ciudadano, las entidades administrativas deben dar una respuesta que cumpla con los requisitos de: (i) oportunidad, (ii) resolución clara, precisa y congruente con aquello que fue solicitado y (iii) notificación al interesado de la respuesta a su solicitud. Se vulnera el derecho de petición cuando se vence el término sin respuesta o, cuando se obtiene un pronunciamiento oportuno por parte de la administración, pero el mismo no satisface las exigencias antes enunciadas –oportunidad, respuesta clara y comunicación de la respuesta a la solicitud-. Lo anterior, no implica la aceptación de lo solicitado, ni tampoco se concreta con una respuesta escrita[34], sin perjuicio de las consecuencias propias del silencio administrativo negativo.

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

7.1. La Constitución Política de 1991 ordenó establecer un régimen especial para el territorio insular de la Nación con el fin de proteger, entre otros aspectos, la identidad cultural de las comunidades nativas, preservar el medio ambiente y los recursos naturales, determinar controles para la densidad poblacional y regular el uso del suelo del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina. Específicamente, los artículos 310 y 42 transitorio Superiores desarrollan estas materias. Así, la primera de estas disposiciones establece:

“ARTICULO 310. El Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina se regirán, 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.” (Subrayado fuera de texto)

7.2. Por su parte, el Presidente de la República en uso de las facultades otorgadas por el artículo 42 transitorio de la Carta Política expidió el Decreto 2762 de 1991 con el objetivo de controlar la densidad poblacional en las Islas, la citada norma preceptúa:

“ARTICULO TRANSITORIO 42. 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.”

7.3. La Corte Constitucional en Sentencia C-530 de 1993 declaró la constitucionalidad del Decreto 2762 de 1991 al indicar que las limitaciones que consagra para ingresar, circular, residir, trabajar, elegir y ser elegido en las Islas se adecuan a los postulados constitucionales. Argumentó que los medios definidos en el referido decreto no resultan gravosos o desproporcionados, por el contrario, desarrollan una protección a la supervivencia humana, raizal y ambiental, circunstancia que se ajusta a lo reglado en el artículo 310 de la Constitución. De tal forma, la Corporación puntualizó:

“Estas ideas, caras a esta Corporación, se traducen en el caso concreto en el hecho de que la dignidad humana de las personas que habitan en las islas es amenazada por la densidad poblacional. En otras palabras, la alta densidad vulnera primeramente, desde luego, la

supervivencia, pero vulnera también, y más flagrantemente, la vida digna. Así, es posible que físicamente los habitantes de la generación presente del Archipiélago no mueran a causa de la densidad -cosa indecible de las futuras generaciones-, pero es un hecho que sus vidas ya no gozan de la misma calidad de vida que la generación pasada. La vida es amenazada, deteriorada, alterada, reducida, empobrecida, en fin, contaminada. La densidad pues vulnera la dignidad.”

7.4. El Decreto 2762 de 1991 establece que la residencia en el territorio insular se puede obtener mediante el reconocimiento del derecho o a través de la figura de la adquisición.

Sobre la residencia permanente la citada norma determina que la misma se puede lograr mediante el reconocimiento del derecho al cumplir cualquiera de las condiciones establecidas en el artículo 2 del Decreto 2762 de 1991, a saber:

“ARTÍCULO 2o. Tendrá derecho a fijar su residencia en el Departamento Archipiélago quien se encuentre en una de las siguientes situaciones:

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;

d) Haber contraído matrimonio válido, o vivir en unión singular, permanente y continua con persona residente en las islas siempre que hayan fijado por más de 3 años, con anterioridad a la expedición de este Decreto, el domicilio común en territorio del Departamento Archipiélago;

e) Haber obtenido tal derecho en los términos previstos en el artículo siguiente.

PARÁGRAFO. Las personas que por motivos de educación, hayan debido ausentarse de las islas por un tiempo determinado, se les contará tal lapso a efectos de lograr el cumplimiento de los términos señalados en los literales c) y d), siempre que en el Departamento Archipiélago permanezcan como residentes su cónyuge o compañera permanente, sus padres o hijos”.

Seguidamente, el artículo 3 de la norma referida define quiénes pueden mediante la figura de la adquisición obtener su residencia permanente:

“ARTÍCULO 3o. Podrá adquirir el derecho a residir en forma permanente en el Departamento Archipiélago quien:

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”.

El artículo 4 del citado decreto aclara que el derecho de residencia confiere la facultad de domiciliarse en una de las islas que conforman el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina. No obstante, quien desee un cambio de domicilio, dentro del Departamento, que implique traslado de una isla a otra, requerirá de la autorización previa de la Oficina de Control de Circulación y Residencia, para lo cual se tendrá en cuenta: la densidad poblacional y la suficiencia de los servicios públicos en la isla a la que se pretende el traslado.

El artículo 5 establece los derechos que adquieren quienes sean residentes del Departamento Archipiélago: (i) trabajar en forma permanente; (ii) estudiar en un establecimiento educativo del Archipiélago; (iii) inscribirse en el Registro Mercantil y ejercer actividades de comercio de manera permanente; y, (iv) ejercer el derecho al sufragio para las elecciones departamentales y municipales.

7.5. El Decreto 2762 de 1991 también contempla la posibilidad de fijar transitoriamente la

residencia en el Archipiélago para las personas que obtengan una tarjeta de residencia temporal, por una de las razones establecidas en su artículo 7, a saber:

“a) La realización, dentro del Departamento, de actividades académicas, científicas, profesionales, de gestión pública o culturales, por un tiempo determinado; b) El desarrollo de actividades laborales por un tiempo determinado hasta por un año prorrogable por lapsos iguales, que en ningún caso sobrepasen los 3 años, previo el cumplimiento de las disposiciones señaladas en este decreto; c) Encontrarse en la situación prevista por el literal a) del artículo 3o. del presente Decreto”[35].

La Oficina de Control de Circulación y Residencia a través de las oficinas de turismo, agencias de viajes, despachos de las líneas aéreas o empresas de transporte marítimo de pasajeros, es la encargada de expedir la tarjeta de residencia a quienes cumplan con los requisitos del Decreto 2762 de 1991 y teniendo en cuenta la densidad poblacional en el Archipiélago, la suficiencia de los servicios públicos y las condiciones personales del solicitante (artículo 8). La calidad de residente temporal se extiende, en las mismas circunstancias y por el mismo lapso, al cónyuge o compañero permanente, y a los hijos de quien la ha obtenido, quienes podrán adelantar sus estudios en los establecimientos educativos del Departamento Archipiélago, durante el tiempo que les es permitido permanecer en el territorio insular (artículo 9).

7.6.1. La Sala Cuarta de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional en la Sentencia T-441 de 1995 resolvió el caso de una mujer que llegó en calidad de turista a residir en el Archipiélago con sus dos hijas menores, quienes iniciaron estudios y lograron permanecer en el Archipiélago por un período superior al previsto en el Decreto 2762 de 1991, con el fin de poder terminar el año escolar que adelantaban en la Isla.

En esa oportunidad, la Corte comprobó que una vez concluido ese término, la madre había matriculado de nuevo a sus hijas en un colegio, y luego las menores reclamaron mediante tutela que se les permitieran continuar en el Archipiélago para culminar con su proceso formativo en la Isla al lado de su progenitora.

Para la Sala el comportamiento ilegal e injustificado de la madre de las menores, configuró un acto de mala fe que causó un perjuicio a sus hijas con la interrupción abrupta de sus estudios. Por lo anterior, negó la acción de tutela y ordenó que se respetara lo previsto en el

Decreto 2762 de 1991 en cuanto se comprobó su permanencia irregular pues ingresaron a la Isla en calidad de turistas

7.6.2. En la Sentencia T-650 de 2002 la Corte se ocupó de un asunto que implicaba una tensión entre las reglas sobre control de la densidad poblacional en el Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, de un lado, y la garantía de la unidad de los miembros de una familia, del otro. En tal oportunidad, la acción de tutela fue interpuesta por la peticionaria en representación de sus hijas menores de edad, ante la decisión de la Oficina de Control, Circulación y Residencia del Archipiélago de negarle la tarjeta de residencia definitiva en la Isla a su compañero permanente, a quien 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.

La Corporación constató que el compañero permanente de la accionante había formulado un recurso de apelación contra la resolución que dispuso su expulsión, sin obtener respuesta por parte del gobierno local por más de cuatro (4) meses. Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte concedió el amparo a su derecho fundamental de petición y ordenó al Gobernador del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina resolver el recurso descrito.

7.6.3. La Sala Tercera de Revisión en Sentencia T-1117 de 2002 tuteló los derechos fundamentales a la igualdad y a la libertad de circulación de 9 funcionarios de la Contraloría General de la República a quienes, tras haber sido elegidos por concurso de méritos para ocupar unas plazas en la Gerencia Departamental de dicha entidad en el Departamento Archipiélago, la OCCRE les negó la tarjeta de residencia temporal por no acreditar las condiciones establecidas en el Decreto 2762 de 1991.

En dicha oportunidad, la Corte observó que la entidad accionada no había brindado el mismo tratamiento a otros funcionarios públicos del nivel nacional, en donde en cumplimiento de lo ordenado en la Sentencia C-530 de 1993, les había otorgado el derecho de residencia temporal sin solicitar la acreditación de ningún otro requisito[36]. Al no existir 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.

7.6.4. La Corte en la Sentencia T-725 de 2004, conoció el caso de un hombre, quien convivía con su compañero permanente desde hacía más de 3 años en la Isla, por lo que solicitó la residencia en virtud del literal a) del artículo 3º del Decreto 2762 de 1991, que indica que podrá adquirir el derecho a residir en forma permanente en el Departamento Archipiélago quien “...[c]on 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.”.

En la referida oportunidad, la OCCRE negó la solicitud de residencia al argumentar que (i) el derecho de residencia, en la hipótesis planteada por el solicitante, se extiende al compañero o a la compañera permanente de quien tenga la calidad de residente; (ii) que para todos los efectos civiles, se denominan compañero y compañera permanente al hombre y a la mujer que forman parte de la unión marital de hecho; (iii) que la Ley 54 de 1990 establece, en su artículo 1, que para todos los efectos civiles se denomina unión marital de hecho, la formada entre un hombre y una mujer, que sin estar casados hacen una comunidad de vida permanente y singular.

La Corte concluyó que, pese a que el actor reunía las condiciones establecidas en el literal b) del artículo 3º del Decreto en mención, se le negó el derecho y se dispuso su salida del Archipiélago sólo por su orientación sexual. Por lo anterior, revocó la decisión de la OCCRE y otorgó la protección de los derechos fundamentales al debido proceso y al libre desarrollo de la personalidad del accionante.

7.6.5. En la Sentencia T-701 de 2013 esta Corporación 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. El actor alegaba 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. No obstante, en sede de revisión, la Corte constató que la empresa respectiva había contratado a un isleño debidamente capacitado para ocupar su cargo, razón por la cual, concluyó que la decisión de la autoridad local fue acertada en cuanto se adecuó a las normas de control de la densidad poblacional del Departamento en los términos del artículo 310 Superior.

7.6.6. Mediante la Sentencia T-214 de 2014 la Sala Primera de Revisión conoció del caso de una persona que estaba adelantando el trámite pertinente para obtener la tarjeta de residencia por motivos de convivencia y que fue expulsada de la Isla al no haber aportado todos los documentos requeridos de manera oportuna.

La Corte tuteló su derecho fundamental al debido proceso y el derecho de sus dos (2) hijos menores a la unidad familiar por considerar que la OCCRE había omitido responder a una petición que él había presentado con el ánimo de obtener un plazo adicional para entregar los documentos faltantes y había dispuesto la expulsión del accionante lo que le impedía reunirse con su familia y privaba a sus hijos de su compañía en una importante etapa de su desarrollo. Debido a esto, la Corte ordenó el regreso inmediato del actor en calidad de turista, dejó sin efecto la multa impuesta e informó al gobierno departamental que debía permitirle al ciudadano aportar los documentos faltantes para continuar con el trámite de residencia.

7.6.7. En Sentencia T-484 de 2014 esta Corporación revisó el caso de un hombre que habitó la Isla de San Andrés durante aproximadamente siete (7) años, tiempo durante el cual convivió con su esposa, residente permanente del archipiélago, y su hijo de tres (3) años de edad, nacido en el territorio insular.

El peticionario solicitó por conducto de su esposa el reconocimiento de la residencia, por lo cual la OCCRE le otorgó una tarjeta temporal. No obstante, tiempo después fue declarado en situación irregular y expulsado de la Isla, por cuanto había laborado sin cancelar una deuda de cuyo pago dependía la expedición de su tarjeta de residente.

A juicio de la Corte la autorización para trabajar es tácita y automática, razón por la cual, no se requería de ninguna formalidad adicional al reconocimiento de la residencia temporal. Por lo anterior, debía entenderse que el accionante había sido autorizado para trabajar desde el momento mismo en que adquirió la residencia por motivos de convivencia, en virtud del principio de equidad, de razonabilidad a fortiori y de “el que puede lo más, puede lo menos”. Así las cosas, tuteló los derechos fundamentales invocados y ordenó permitir el ingreso del actor al Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, otorgándole la residencia temporal por un (1) año contado a partir de la fecha de ingreso y prorrogable hasta dos (2) veces por el mismo periodo.

7.6.8. La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, en la providencia T-371 de 2015 resolvió el caso de una mujer que convivía con su compañera permanente y a raíz de una denuncia anónima fue citada por la OCCRE, citación que no pudo cumplir por hallarse en situación de incapacidad médica y, en lugar de fijar una nueva fecha, la autoridad accionada la declaró en situación irregular y dispuso su expulsión del Archipiélago. La ciudadana presentó recursos en vía administrativa; en sede de reposición se confirmó integralmente la decisión y la apelación se encontraba pendiente de solución definitiva.

Para la Sala se vulneraron los derechos fundamentales al debido proceso y de petición de la accionante al (i) emitir un acto administrativo que la declaró en situación irregular sin haberla oído previamente; (ii) resolver el recurso de reposición negando la solicitud de la actora, sin analizar de fondo su situación y sin haber decretado pruebas o haber citado a la actora de nuevo a rendir declaración libre; (iii) omitir el deber de tramitar este tipo de solicitudes de la manera que mejor proteja los derechos de la peticionaria; y, (iv) dilatar de forma injustificada la respuesta del recurso de apelación durante tres años.

7.6.9. En la sentencia T-506 de 2016 la Corte se pronunció en el caso de un hombre que afirmaba había convivido en San Andrés por más de cinco años con su pareja, y que de esa unión nacieron dos hijos. Indicaba que su compañera permanente fue citada por la OCCRE para definir su situación jurídica en la Isla y que, después de oírla en versión libre, la autoridad decidió declararla en situación irregular y ordenó su “devolución” al último lugar de embarque.

Con posterioridad a la declaratoria de situación irregular, su compañera tuvo que salir, por enfermedad de su hija y por remisión de su EPS a Barranquilla para un tratamiento médico y a su regreso a la Isla las autoridades de la OCCRE le impidieron el ingreso al Archipiélago. El accionante presentó acción de tutela contra esa entidad, por violación del derecho fundamental de sus hijos menores a tener una familia y no ser separados de ella y solicitó que se le concediera a su compañera un término de 6 meses para presentar los documentos necesarios para obtener su residencia.

La Corte Constitucional consideró que la decisión de la OCCRE, en efecto, ocasionó la separación familiar y, especialmente, la de una madre y sus hijos menores de edad; agregó

que, a pesar de que no existía certeza del tiempo convivido por los padres de los niños, la decisión de la autoridad resultaba arbitraria, desproporcionada y violatoria de los derechos de los niños. Por ese motivo concedió el amparo y ordenó a la demandada otorgar residencia temporal a la compañera del accionante para que acreditara la convivencia de 3 años de que trata el Decreto 2762 de 1991 y así adquirir la residencia permanente.

7.6.10. La Sala Primera de Revisión en Sentencia T-183 de 2017 conoció dos casos acumulados que compartían como aspecto común la eventual afectación de los derechos fundamentales a la unidad familiar, al debido proceso, a la libre circulación y al trabajo de los peticionarios, derivada de la orden de salida de la Isla de San Andrés de los accionantes emitida por la Oficina de Control de Circulación y Residencia del Departamento Archipiélago de San Andrés y Providencia.

En el expediente T-5930872 la OCCRE decidió expulsar de la Isla e imponer sanciones de multa y prohibición de ingreso al Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina al señor José Gabriel Ospino Cervante, argumentando que, con posterioridad a su ingreso a la Isla, fue sorprendido trabajando y conducido a la Oficina de Control de Residencia, trámite que culminó con la decisión de expulsarlo de la Isla.

Su compañera permanente presentó la acción de tutela como agente oficiosa del afectado. Señaló que el agenciado ingresó a la Isla únicamente para ayudarle unos días en el hogar, mientras ella se sometía a un procedimiento quirúrgico. Añadió que el señor Ospino Cervante entró con su tiquete de salida y no se hallaba trabajando, sino acompañando a algunos familiares para no aburrirse en casa, cuando fue retenido por la OCCRE.

La autoridad accionada, a su turno, indicó que el señor Ospino Cervante sí se hallaba trabajando, pues así lo reconoció en diligencia de versión libre, que no cumplía ningún requisito de residencia, y que no existía prueba alguna de convivencia con la accionante.

Al realizar el estudio del caso concreto la Sala determinó que la acción de tutela era improcedente, pues no se cumplían los requisitos para la agencia oficiosa de los derechos del accionante. Por lo anterior, confirmó la providencia de primera instancia.

En el expediente T-5952403 la accionante fue designada como Directora Seccional de la DIAN en la Isla, por el Director Nacional de la misma entidad, ingresó a la Isla para el

ejercicio del cargo. No obstante, fue llamada por la OCCRE a rendir diligencia de versión libre pues, de acuerdo con diversas denuncias de la comunidad, se hallaba en situación irregular en la Isla.

La funcionaria le explicó a la autoridad de control de circulación y residencia que la Armada había tramitado sus permisos; que se desempeñaba como Directora Seccional de la DIAN, una entidad del orden nacional, con autoridad civil en la Isla, y exenta de cumplir los requisitos especiales de residencia y trabajo en el Archipiélago; añadió que el cargo que ocupaba no era de carrera, sino de libre nombramiento y remoción, que cumplía con todos los requisitos legales para ejercerlo y que, en cualquier caso, dominaba el idioma inglés.

La OCCRE manifestó que la peticionaria sí se hallaba en situación irregular, pues ingresó a la Isla con permiso tramitado por la Armada Nacional, pero nunca la DIAN o la Armada informaron a las autoridades del archipiélago sobre su ingreso como Directora de la Seccional de esa entidad.

Adicionalmente, para la accionada no bastaba con que la peticionaria tuviera un nivel alto del idioma inglés, pues debía hablar el inglés comúnmente hablado por los nativos de la Isla, es decir, el creole.

La Sala concedió el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso, petición y trabajo de la peticionaria al constatar:

“(i) que no se trata de una ciudadana que pretende ocupar la Isla de San Andrés con fines turísticos o recreativos; (ii) que presenta antecedentes de permisos para permanecer en el archipiélago, en razón de su calidad de oficial de la Fuerza Pública; (iii) que su instalación en la Isla se da en virtud de su vinculación con una entidad del Estado (la DIAN) y por disposición de una actuación administrativa del Ministerio de Defensa Nacional; y (iv) que no es precisamente la accionada, debido a las anteriores condiciones, el extremo obligado a reportar su permanencia en San Andrés, sino que de hecho, como se dijo anteriormente, es una labor que esta Corte ha encomendado a la entidad nominadora”[37].

Aunado a lo anterior, la Sala concluyó que, la funcionaria debía responder peticiones y adelantar diversos procedimientos en la Isla, en los que se podía ver comprometida la vigencia de diversos derechos fundamentales, tanto de los nativos o raizales como de la

población foránea, por lo que era necesario que la actora acreditara el requisito de hablar el idioma inglés mediante un examen de suficiencia, en los términos del artículo 45 de la Ley 47 de 1993[38].

8. Examen de procedencia de la acción de tutela

8.1. Legitimación por activa

En este caso la accionante, Vanessa Carolina Salazar Carbonell, ejerció la acción de tutela por sí misma por considerar que la negativa de la entidad accionada de expedir la tarjeta de residencia para el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y la orden de declararla en situación irregular vulnera sus derechos fundamentales al debido proceso, a la educación, a la libre circulación y residencia y a la unidad familiar, cumpliéndose con lo establecido en el artículo 10º del Decreto 2591 de 1991.

8.2. Legitimación por pasiva

La parte accionada, en el presente caso, es la Oficina de Control de Circulación y Residencia del Departamento del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, autoridad estatal competente para otorgar la residencia en el Departamento Archipiélago, según lo establece el Decreto 2762 de 1991. Por ello, y teniendo en cuenta que la accionante solicita la expedición de su tarjeta de residencia, la accionada es la legitimada por pasiva.

8.3. Inmediatez

En el presente caso, la Sala observa que se cumple con la inmediatez, toda vez que, la resolución atacada, por medio de la cual se negó la residencia a la actora, fue emitida el 15 de agosto de 2017, y el ejercicio de la acción de tutela tuvo lugar el 29 de agosto de la misma anualidad, es decir, 14 días después de que la entidad accionada le otorgará un término de 10 días para abandonar el territorio insular, so pena de ser declarada en situación irregular y devuelta a su último lugar de embarque.

8.4. Subsidiariedad

Como se anotó en las consideraciones de esta providencia, por regla general, la acción de

tutela es improcedente contra actos administrativos de contenido particular y concreto. Sin embargo, la Corte Constitucional señala que tal acción procede en estos casos, de manera excepcional, cuando la misma se invoque para evitar la configuración de un perjuicio irremediable.

Asimismo, se vio que dicho perjuicio debe ser “(i) inminente, es decir, que se trate de una amenaza que está por suceder prontamente; (ii) grave, esto es, que el daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona sea de gran intensidad; (iii) porque se requieran medidas urgentes para conjurar el perjuicio irremediable; y (iv) por la impostergerabilidad de la tutela a fin de garantizar el restablecimiento integral del orden social justo”.

En el caso estudiado, la Sala observa que se encuentran acreditados los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra los actos administrativos de contenido concreto y particular establecidos por la jurisprudencia constitucional.

Lo anterior implica que en cualquier momento la accionante puede ser obligada a abandonar la ínsula en cumplimiento de lo establecido en la Resolución No. 3387 de 2017.

En segundo lugar, la actora se encuentra afrontando una amenaza grave, pues al tratarse de una persona que puede ser separada de su progenitora con quien ha convivido toda su vida y de quien depende cien por ciento para culminar sus estudios, es claro el daño moral que le puede ser causado, el cual evidentemente puede ser calificado como “de gran intensidad”, pues tendría que abandonar la Isla en la que tiene su arraigo.

En tercer lugar, teniendo en cuenta que la tutelante puede ser expulsada de la San Andrés en cualquier momento, la Sala evidencia la necesidad de que se tomen medidas urgentes para conjurar la ocurrencia de un perjuicio irremediable. Ello por cuanto, ante la posibilidad de que la accionada haya resuelto expulsar a la actora, violándole su derecho fundamental al debido proceso, tal como lo alega la accionante, es forzoso tomar una decisión perentoria al respecto, y analizar la legalidad de la resolución que le resultó adversa. Por lo anterior, la situación descrita amerita una actuación lo más expedita posible que impida un daño irreparable a la accionante, por lo cual la acción de tutela es, en este caso, el medio eficaz e idóneo para responder a tal urgencia.

En cuarto lugar, por lo explicado, es claro que la acción en mención es, en el asunto sub júdice, imposterizable, pues no puede permitirse que, mientras se resuelve la situación mediante un mecanismo extraordinario de defensa como la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la accionante sea expulsada de la Isla, sin posibilidad de retornar o de permanecer en el territorio insular sin poder continuar sus estudios dada su situación de residente irregular, todo con base en una resolución que presuntamente vulneró el derecho al debido proceso de la actora, entre otros, y que ya fue confirmada en sede de reposición.

Por lo expuesto, la Sala concluye que debido a la inminencia del perjuicio que puede ocasionarle el abandono forzado de la Isla, sin observarse las garantías judiciales mínimas, la acción de tutela es el medio adecuado, eficaz e idóneo para contrarrestar los efectos de la decisión del acto administrativo atacado y ante la decisión del Gobernador del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina de confirmar en todas sus partes la Resolución No. 3387 del 15 de agosto de 2017, mediante el acto administrativo No. 5285 de 2018, por medio del cual se resolvió el recurso de apelación.

9. Análisis de fondo

9.1. La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional debe pronunciarse acerca de la presunta vulneración de los derechos fundamentales de la accionante al debido proceso, a la educación, a la libre circulación y residencia y a la unidad familiar, por parte de la Oficina de Control de Circulación y Residencia- OCCRE, pues dicha entidad (i) tardó más de tres años en resolver la solicitud de residencia impetrada a favor de la accionante; (ii) negó la residencia de Vanessa Carolina Salazar Carbonell sin analizar de fondo su situación en la Isla, basándose únicamente en la imposibilidad probatoria de demostrar que estuvo domiciliada en el Departamento Archipiélago con anterioridad a la expedición del Decreto 2762 de 1991, sin tener en cuenta que la peticionaria nació el 11 de septiembre de 1997; (iii) no tramitó la solicitud a favor de la accionante de la manera que mejor protegiera sus derechos; y, (iv) emitió la Resolución No. 3379 del 18 de abril de 2018[39], en la cual se confirmó la decisión de declarar en situación irregular a la actora en la Isla al realizar una aplicación estricta del Decreto 2762 de 1991.

9.2. De los hechos del caso se observa que la OCCRE no respondió en el término legal

correspondiente el derecho de petición que elevó la señora Claudia Patricia Carbonell Arrieta en calidad de representante legal de la accionante con el objetivo de obtener la tarjeta de residencia a nombre de su hija. Como se demostrará a continuación, esto se tradujo en una vulneración a la garantía fundamental al debido proceso y a otros derechos de igual rango constitucional.

Según fue establecido en el acápite de reiteración de jurisprudencia sobre el derecho fundamental de petición de esta providencia, cuando una entidad pública omite su deber legal de responder una solicitud respetuosa que le presenta un ciudadano dentro del término estipulado para ello y se origina, por ende, lo que se ha denominado como “silencio administrativo negativo”, se vulnera el derecho fundamental de petición de esta persona puesto que la obtención de una respuesta oportuna y sustancial al asunto planteado, independientemente de la naturaleza de la solicitud o del sentido de la respuesta, es parte del núcleo esencial de este derecho[40]. En esta medida, la OCCRE tenía el deber de responder adecuadamente al derecho de petición impetrado el 11 de febrero de 2014 a favor de la ahora accionante dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la fecha de radicación, esto es, antes del 5 de marzo de 2014[41].

Sin embargo, la mencionada solicitud fue contestada de forma tardía por la entidad departamental hasta el 15 de agosto de 2017, mediante Resolución No. 3387 de 2017, en cumplimiento de una orden judicial proferida el 9 de febrero de la misma anualidad[42].

En el referido acto administrativo la entidad accionada argumentó que la accionante no cumplía con el requisito establecido en el literal c) del artículo 2 del Decreto 27 de 1991, esto es: “Tener domicilio en las islas, comprobado mediante prueba documental, por más de tres años continuos e inmediatamente anteriores a la expedición de este Decreto”.

Lo anterior, sin entrar a analizar que la peticionaria nació el 11 de septiembre de 1997, por lo que le era imposible aportar la prueba documental referida, que su lugar de residencia siempre ha sido San Andrés Isla donde convive en el hogar conformado por su progenitora, el compañero permanente de ésta y sus hermanos, allí cursó y aprobó sus estudios de primaria y bachillerato e inició estudios técnicos en el SENA, en calidad de residente temporal y con el aval de la OCCRE quien expidió los permisos pertinentes.

9.3. De acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación[43], la anterior situación se

tradujo en una vulneración al derecho de petición de la accionante, pues el hecho de que la accionada haya proferido un acto administrativo, no en cumplimiento de su deber legal, sino por expreso mandato judicial, mediante el cual negó la solicitud de residencia impetrada por la señora Claudia Patricia Carbonell Arrieta a favor de su hija e informó que debía abandonar el Departamento Archipiélago en un plazo improrrogable de 10 días, no la exoneraba del deber que tenía de responder la solicitud dentro del término legalmente determinado y de una manera clara, precisa y congruente. Máxime, si se tiene en cuenta que el derecho fundamental de petición es un medio para lograr la satisfacción de otros derechos, como el debido proceso, la libertad de circulación o residencia, la educación y la unidad familiar, entre otros.

9.4. Encuentra la Sala que en el presente caso la OCCRE vulneró el derecho al debido proceso de Vanessa Carolina Salazar Carbonell. Lo anterior, al entrar a analizar los argumentos esgrimidos por esa entidad en la Resolución No. 3379 del 18 de abril de 2018 que confirmó el acto administrativo mediante el cual se negó la solicitud de residencia de la accionante.

9.4.1. En primer lugar, sobre la solicitud hecha por la señora Claudia Patricia Carbonell Arrieta el 11 de febrero de 2014, donde solicitó la expedición de la tarjeta de residencia a favor de su hija Vanessa Carolina Salazar Carbonell, en la parte considerativa de la Resolución No. 3379 de 2018 se indicó que, quien debía solicitar la residencia a favor de la entonces menor de edad era el señor Jairo Ramiro Henry Carr en su calidad de otorgante y compañero permanente de la madre de la peticionaria.

Respecto de lo anterior, debe señalarse que la OCCRE expidió de forma tardía la Resolución No. 3387 del 15 de agosto de 2017, mediante la cual negó la solicitud de residencia impetrada el 11 de febrero de 2014 a favor de la accionante, es decir, 3 años, 6 meses y 4 días después de haber elevado la petición sin ninguna justificación. Que durante ese periodo no informó a la accionante o a su progenitora que era el señor Jairo Ramiro Henry Carr quien, en su calidad de otorgante, debía solicitar la tarjeta de residencia a favor de la hija de su compañera permanente.

A juicio de la Sala, dicha argumentación, a la cual recurre la OCCRE para soportar su decisión, no resulta válida para negar lo pretendido por la accionante, pues la accionada,

como autoridad administrativa, se encuentra obligada a respetar el debido proceso en la toma de sus decisiones, lo cual implica, entre otras, que el administrado pueda ejercer su derecho de defensa y contradicción, a que la actuación que define su situación jurídica se surta sin dilaciones injustificadas y con el pleno respeto de las formas propias previstas en el ordenamiento jurídico.

La Corte Constitucional en Sentencia T-484 de 2014 se refirió a dicha garantía procesal, e indicó que:

“Con el propósito de asegurar la defensa de los administrados, la jurisprudencia ha señalado, en este sentido, que el debido proceso administrativo comprende, entre otros, los derechos a (i) ser oído durante toda la actuación; (ii) a la notificación oportuna y de conformidad con la ley; (iii) a que la actuación se surta sin dilaciones injustificadas; (iv) a que se permita la participación en la actuación desde su inicio hasta su culminación; (v) a que la actuación se adelante por autoridad competente y con el pleno respeto de las formas propias previstas en el ordenamiento jurídico; (vi) a gozar de la presunción de inocencia; (vii) al ejercicio del derecho de defensa y contradicción; (viii) a solicitar, aportar y controvertir pruebas, y (ix) a impugnar las decisiones y a promover la nulidad de aquellas obtenidas con violación del debido proceso[44].”(Énfasis fuera del texto)

En asuntos como el que ahora se analiza, encuentra la Corte que, en el régimen de control de la densidad poblacional del Departamento Archipiélago existe un margen de discrecionalidad para la Administración en atención a que el Decreto 2762 de 1991 si bien consagra las medidas a aplicar por la OCCRE a las personas que se encuentran en situación irregular, no precisa el trámite o procedimiento a seguir al imponer dichas disposiciones. Por lo anterior, el referido procedimiento adelantado por la entidad accionada, en principio, se entiende como un proceso policivo que no está expresamente reglado y que por lo tanto se debe seguir por el procedimiento administrativo general previsto en la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. En tal virtud, la OCCRE como autoridad estatal, tiene la obligación de aplicar los elementos esenciales del derecho fundamental al debido proceso, y de defensa, con el fin de evitar el mayor grado de afectación que una decisión adversa pueda causar a los derechos de los interesados.

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos al realizar un análisis de las garantías judiciales mínimas que deben contener los procesos administrativos[45], estableció, en relación con el artículo 8 de la Convención Americana[46], que en cualquier actuación de los órganos estatales dentro de un proceso, debe prevalecer el respeto del derecho al debido proceso. De tal manera, la Corte Interamericana señaló:

“Si bien el artículo 8 de la Convención Americana se titula “Garantías Judiciales”, su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, “sino [al] conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales” a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos[47]. Es decir, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal. La Corte observa que el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del artículo 8 de la Convención se aplica a los órdenes mencionados en el numeral 1 del mismo artículo, o sea, la determinación de derechos y obligaciones de orden “civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”. Esto revela el amplio alcance del debido proceso; el individuo tiene el derecho al debido proceso entendido en los términos del artículo 8.1 y 8.2, tanto en materia penal como en todos estos otros órdenes.” (Énfasis fuera del texto).

Encuentra la Sala que, no obstante la solicitud presentada ante la OCCRE el 11 de febrero de 2014, a favor de Vanessa Carolina Salazar Carbonell para obtener el derecho de residencia al amparo de lo dispuesto en el Decreto 2762 de 1991, no era procedente pues la progenitora de la accionante no ostentaba la calidad de residente definitivo, las circunstancias del caso hacían imperativo que la Administración adecuase el trámite, y solicitara al señor Jairo Ramiro Henry Carr, compañero permanente de la madre de la accionante, en su calidad de otorgante, que avalara la referida petición de residencia, porque de lo contrario implicaría que, como en efecto ocurrió, pese a que se reunían las condiciones que le habrían permitido a la actora obtener la tarjeta de residente, se le negase el derecho y se dispusiese su salida del Archipiélago, circunstancia que implica, además, perder su condición de residente temporal.

La jurisprudencia constitucional indica que en los eventos en que se puedan ver afectados derechos fundamentales como la libertad de circulación o residencia o la unidad familiar de

un habitante del Departamento Archipiélago, la autoridad está obligada a la readecuación del trámite, pues la protección de tales garantías por parte de la Administración Pública es informal y no tiene carácter rogado sino oficioso, en atención al deber de las autoridades de proteger a todas las personas residentes en Colombia, de acuerdo a lo preceptuado en el artículo 2 de la Constitución Política[48].

Como quiera que en este asunto se elevó ante la autoridad competente del Departamento Archipiélago una solicitud que, por su propia naturaleza, estaba directamente referida al derecho de circulación y residencia, asociada además a los derechos fundamentales a la unidad familiar y a la educación de una menor de edad para ese entonces, la OCCRE tenía el deber de tramitar la solicitud de la manera que mejor protegiera tales derechos y en observancia del debido proceso de la accionante.

Para ello, podía solicitar formalmente a los interesados la adecuación del trámite indicándoles quién debía realizar la petición a favor de Vanessa Carolina Salazar Carbonell, o incluso, en cumplimiento con su obligación, habría cabido que, en el término legal establecido en la norma vigente, expidiera una resolución mediante la cual se resolviera el derecho de petición impetrado el 11 de febrero de 2014, negándose lo requerido, en razón a no haber sido presentado por quien debía otorgar el derecho solicitado e informara a la parte los pasos a seguir para lograr obtener la tarjeta de residencia a nombre de la actora, concediendo la oportunidad pertinente para ello.

En segundo lugar, en la Resolución No. 3379 de 2018 el Director Administrativo de la Oficina de Control de Circulación y Residencia indicó que el 18 de febrero de 2011 se presentó un trámite de convivencia entre Claudia Patricia Carbonell Arrieta (madre de la accionante) y su compañero permanente en calidad de otorgante. Que, en atención a lo anterior, mediante Resolución No. 056 del 5 de enero de 2012, se reconoció a la señora Claudia Patricia Carbonell Arrieta residencia temporal con vigencia a un año, haciéndose extensiva a su hija Vanessa Carolina Salazar Carbonell.

Que en virtud de dicho trámite, se concedieron a Vanessa Carolina Salazar Carbonell los permisos respectivos para que adelantara sus estudios. Lo anterior, en cumplimiento del artículo 9 del Decreto 2762 de 1991 que preceptúa: “se extiende la calidad de residente temporal, en las mismas circunstancias y por el mismo lapso, al cónyuge o compañero

permanente, y a los hijos de quien la ha obtenido”.

Adicionalmente, en el acto administrativo que confirmó la decisión atacada en sede de tutela, la OCCRE informó que mediante Resolución No. 791 de 2017 resolvió la situación de residencia únicamente respecto de la progenitora de la accionante y se concedió tarjeta definitiva por convivencia (en virtud de la petición presentada el 18 de febrero de 2011). Aclarando que, sólo a partir de ese momento la señora Claudia Patricia Carbonell Arrieta podía solicitar la residencia a favor de la accionante. No obstante, tal petición ya no era procedente por cuanto, para el momento en que se profirió el citado acto administrativo, Vanessa Carolina Salazar Carbonell ya era mayor de edad. Al respecto, la Sala hará las siguientes observaciones:

Según el artículo 10 del Decreto 2762 de 1991, los residentes temporales podrán permanecer en el territorio del Departamento Archipiélago durante el tiempo que se les ha autorizado. En todos los casos, la residencia temporal será otorgada por períodos máximos de un año, prorrogables hasta por el mismo tiempo, sin que sumados sobrepasen los tres años.

Lo anterior, resulta de gran importancia en el presente caso, toda vez que, luego de los 3 años de la residencia temporal de que trata la referida norma, se debe definir la situación de permanencia en las Islas y otorgar la tarjeta definitiva a quien cumpla con los requisitos establecidos en el Decreto 2762 de 1991, momento en el cual, el residente definitivo queda habilitado para retransferir el derecho a sus hijos menores de edad.

Así las cosas, mediante Resolución No. 056 del 5 de enero de 2012 se le otorgó residencia temporal a la progenitora de la accionante por un año, cuya prorroga no podía superar los 3 años continuos; es decir, que para el 5 de enero de 2015 debía la entidad accionada haber resuelto de manera definitiva la situación de permanencia de la madre de la peticionaria en el Departamento Archipiélago, fecha en la que Venessa Carolina Salazar Carbonell contaba aún con 17 años de edad, y podía Claudia Patricia Carbonell Arrieta transferirle el derecho de residencia definitiva a su hija. No obstante, sin justificación alguna, la OCCRE resolvió el referido trámite seis años después, mediante Resolución No. 791 de 2017, circunstancia que truncó la posibilidad de la actora de obtener su tarjeta definitiva de residencia por extensión, lo cual ocasionó que perdiera su estatus de residente permanente y reiteró la

vulneración de los ya referidos derechos fundamentales de la peticionaria en sede de revisión.

Conclusiones y decisión a tomar en el presente caso

En el expediente de tutela consta que Vanessa Carolina Salazar Carbonell reside en el Departamento Archipiélago desde sus primeros meses de nacida, su núcleo familiar está compuesto por su progenitora, el compañero permanente de ésta y por sus hermanos. Que en ese territorio ha desarrollado su proyecto de vida con la ayuda y sostenimiento de sus familiares. La accionante se encontraba adelantando sus estudios en el SENA al momento en que la accionada decidió negar su solicitud de residencia.

Es evidente que no medió justificación alguna por parte de la OCCRE para que no se readecuara el trámite de la solicitud de residencia presentada el 11 de febrero de 2014 a favor de la accionante ni las razones para resolver dicha petición tres años después. Como tampoco existe excusa para que la referida entidad dilatará por más de seis años el proceso de reconocimiento de tarjeta definitiva a nombre de la progenitora de la accionante, circunstancias que efectivamente incidieron en la vulneración de los derechos fundamentales de Vanessa Carolina Salazar Carbonell.

El actuar poco diligente e inoportuno de la Oficina de Control de Residencia y Circulación del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina en los dos trámites iniciados para definir la situación de permanencia de la actora en las Islas, provocó que la accionante, siendo menor de edad para la fecha en que sucedieron los hechos, no pudiera obtener su residencia definitiva, sometiéndola a una situación aún más vulnerable, en la medida en que, al pasar los años y cumplir la mayoría de edad, podía ser forzada a abandonar la Isla en cualquier momento.

Al respecto, la Corte reitera que dentro de las garantías del debido proceso se encuentra el derecho a recibir una pronta y oportuna decisión por parte de las autoridades jurisdiccionales o administrativas, sin dilaciones injustificadas. En ese sentido, en los casos en que la OCCRE deba aplicar el artículo 2º del Decreto 2762 de 1991, que indica que, quien contraiga matrimonio o establezca unión permanente con un residente y forme domicilio común en el Archipiélago al menos por tres años tendrá derecho a fijar su residencia definitiva en algún de las ínsulas, debe entenderse que la referida disposición se extiende a

los hijos de quien la ha obtenido. Lo anterior, en desarrollo de la protección especial que las normas constitucionales otorgan a la familia. En ningún evento, el régimen especial de control de densidad poblacional del archipiélago puede desconocer a la familia ni impedir que se conforme o que se mantenga unida en aplicación de una limitación al derecho de circulación y residencia en las Islas.

En el presente caso, la Sala encuentra probada la vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso de Vanessa Carolina Salazar Carbonell. Adicionalmente, se desconocieron sus garantías constitucionales a la libre circulación y residencia, a la educación y a la unidad familiar, en la medida en que la orden dada a la actora de abandonar inmediatamente el Archipiélago, obstaculiza su decisión de continuar sus estudios en el Departamento Archipiélago, gracias a la ayuda y apoyo que le brinda su familia, en tanto es en San Andrés donde creció y ha desarrollado su proyecto de vida junto a su mamá y sus hermanos, lo cual no puede ser ignorado por la OCCRE.

Así, no es aceptable que la accionada aplique de forma estricta el régimen de control poblacional del Departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina sin realizar un análisis de los hechos y circunstancias que rodearon el caso objeto de revisión, en su afán de negarle el derecho de residencia a la accionante y omitiendo deliberadamente que su lesiva tardanza en responder dentro del término pertinente la solicitud presentada a favor de la peticionaria y de la manera que mejor protegiera sus derechos, ocasionó la vulneración de sus garantías fundamentales.

Por ende, la medida adoptada por la OCCRE, en aplicación del Decreto 2762 de 1991, impide a Vanessa Carolina Salazar Carbonell continuar conviviendo con su núcleo familiar que tiene la capacidad y la disposición para proporcionarle el apoyo y la ayuda necesaria que requiere para continuar con sus estudios superiores. Asimismo, resulta desproporcionada, en razón a que, si bien el artículo 310 Superior estableció una garantía a las condiciones especiales del Archipiélago que permite limitar el derecho a circular y a establecer la residencia libremente en ese departamento, ello no implica que, cuando estas medidas vulneren otras garantías constitucionales no sea imperioso determinar su inaplicación.

La ponderación de intereses en este caso entonces, debe conducir a conceder el amparo

deprecado pues la afectación a los derechos fundamentales de la accionante es de considerable intensidad, mientras que no resulta claro cuál es el grado de afectación para la Isla derivado de la permanencia de una persona que ha residido toda su vida en el Departamento Archipiélago, y que, por acciones u omisiones únicamente imputables a la accionada, debe abandonar a su familia, su proyecto de vida y sus estudios.

Considera la Corte que en el presente caso resulta razonable que el interés, reconocido constitucionalmente, que persigue el control poblacional del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina regulado en el Decreto 2762 de 1991, ceda en este asunto con el fin de proteger los derechos fundamentales de la joven Vanessa Carolina Salazar Carbonell.

Por las consideraciones expuestas la Corte empleará la figura de la excepción de inconstitucionalidad consagrada en el art. 4 de la Constitución,[49] que faculta a funcionarios judiciales, autoridades administrativas y particulares para inaplicar una determinada norma del ordenamiento porque sus efectos en un caso concreto resultan contrarios a los mandatos constitucionales.[50]

Así, la Sala dispondrá inaplicar para este caso concreto el artículo 2, numeral c) del Decreto 2762 de 1991, que exige “Tener domicilio en las islas, comprobado mediante prueba documental, por más de 3 años continuos e inmediatamente anteriores a la expedición de este Decreto”.

En esa medida, revocará la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, el treinta y uno (31) de octubre de dos mil diecisiete (2017), que confirmó el fallo dictado por el Juzgado Primero Penal de Circuito de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, el once (11) de septiembre de dos mil diecisiete (2017), que declaró improcedente la acción de tutela impetrada por Vanessa Carolina Salazar Carbonell contra la Oficina de Control de Circulación y Residencia -OCCRE. En su lugar, concederá el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso, a la educación, a la libre circulación y residencia y a la unidad familiar de VANESSA CAROLINA SALAZAR CARBONELL.

En consecuencia, ordenará a la Oficina de Control de Circulación y Residencia -OCCRE, que profiera un acto administrativo mediante el cual otorgue la tarjeta definitiva de residencia a

Vanessa Carolina Salazar Carbonell, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.123.636.184, válida para el Departamento Archipiélago San Andrés, Providencia y Santa Catalina, observando las consideraciones realizadas en esta providencia.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO.- Levantar la suspensión de términos decretada en el presente proceso.

SEGUNDO.- REVOCAR la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, el treinta y uno (31) de octubre de dos mil diecisiete (2017), que confirmó el fallo dictado por el Juzgado Primero Penal de Circuito de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, el once (11) de septiembre de dos mil diecisiete (2017), que declaró improcedente la acción de tutela impetrada por Vanessa Carolina Salazar Carbonell contra la Oficina de Control de Circulación y Residencia -OCCRE. En su lugar, CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso, de educación, a la libre circulación y residencia y a la unidad familiar de VANESSA CAROLINA SALAZAR CARBONELL, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO.- INAPLICAR para este caso concreto el artículo 2, numeral c) del Decreto 2762 de 1991, que exige “Tener domicilio en las islas, comprobado mediante prueba documental, por más de 3 años continuos e inmediatamente anteriores a la expedición de este Decreto”.

CUARTO.- Por lo anterior, DEJAR SIN EFECTOS la Resolución No. 3379 del 18 de abril de 2018, que confirmó la Resolución No. 3387 del 15 de agosto de 2017, que negó la solicitud de residencia impetrada por la señora CLAUDIA PATRICIA CARBONELL ARRIETA en favor de su hija VANESSA CAROLINA SALAZAR CARBONELL. En consecuencia, ORDENAR a la Oficina de Control de Circulación y Residencia -OCCRE, que profiera un acto administrativo mediante la cual otorgue la tarjeta definitiva de residencia a VANESSA CAROLINA SALAZAR CARBONELL, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.123.636.184, válida para el

Departamento Archipiélago San Andrés, Providencia y Santa Catalina, observando las consideraciones realizadas en esta providencia.

QUINTO.- ADVERTIR a la Oficina de Control de Circulación y Residencia- OCCRE- del Departamento del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, que en lo sucesivo se abstenga de incurrir en acciones dilatorias injustificadas que atenten o restrinjan el derecho a la libre circulación y residencia de los administrados.

SEXTO.- ORDENAR que, por intermedio de la Secretaría General de esta Corporación, se compulsen copias del expediente y de este fallo a la Procuraduría General de la Nación, para que dentro del ámbito de sus competencias constitucionales y legales, investigue la gestión administrativa de la Oficina de Control de Circulación y Residencia- OCCRE y sus efectos en materia de permanencia, circulación y residencia en el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, posiblemente causado por la tardanza en responder las solicitudes formuladas por los administrados en las ínsulas.

SÉPTIMO.- Por Secretaría General líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] En adelante OCCRE.

[2] Integrada por los Magistrados Cristina Pardo Schlesinger y Antonio José Lizarazo Ocampo.

[3] Servicio Nacional de Aprendizaje.

[4] Folio 3 del cuaderno principal.

[5] Folios 35 y 36 del cuaderno principal. (En adelante se entenderá que todos los folios a los que se haga referencia hacen parte del cuaderno principal a menos que se indique expresamente lo contrario).

[6] Folios 57 y siguientes.

[7] Folios 8 al 10.

[8] Folios 11 al 13.

[9] Folio 14.

[10] Folio 15.

[11] Folio 17.

[12] Folio 19 y 20.

[13] Folio 21.

[14] Folios 22 al 31.

[15] Folios 23 al 26 del cuaderno constitucional.

[16] “Por medio de la cual se resuelve una solicitud de residencia y se adoptan otras disposiciones”.

[17] Folios 42 al 50 del cuaderno constitucional.

[18] Folios 52 al 55 del cuaderno constitucional. En el numeral quinto del Auto del 29 de mayo de 2018 se ordenó suspender los términos para fallar en el proceso de la referencia de conformidad con lo previsto en el artículo 64 del Acuerdo 02 de 2015.

[19] “Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”

[20] Sentencias T-568 de 2006, T-939 de 2006, T-556 de 2010, T-053 de 2012 y T-685 de 2015.

[21] Sentencias T-939 de 2006, T-518 de 2010, T-053 de 2012, T-180 de 2012 y T-229 de 2013.

[22] Mediante Auto del 11 de agosto 2017, la Sala de Selección No. 8 de la Corte Constitucional excluyó de revisión este primer proceso de tutela, el cual estaba radicado con el número T-6.277.711

[23] Al respecto la Sentencia T-222 del 2014, indicó que: “No puede predicarse idoneidad y eficacia de un recurso sin hacerse un análisis concreto. Ello implica que el juez constitucional despliegue una carga argumentativa a fin de determinar la procedencia de la tutela. No es dable en un Estado Social de Derecho que un juez constitucional niegue por improcedente un amparo constitucional sin si quiera analizar, paso a paso, el requisito de subsidiariedad.”

[24] En ciertos casos, además, este puede ser un argumento para proveer una solución principal y definitiva. En ese sentido, la sentencia T-396 de 2009 señala: “[L]a acción de tutela procederá como mecanismo principal y definitivo en el evento en que el medio judicial previsto para este tipo de controversias no resulte idóneo y/o eficaz en el caso concreto.” Esta posición ha sido reiterada por las sentencias T-820 de 2009, T-354 de 2012, T-140 de 2013, T-491 de 2013, T-327 de 2014, T-471 de 2014 y T-350 de 2016, entre muchas otras.

[25] Al respecto, ver Sentencia T-094 de 2013.

[26] Sentencia T-514 de 2003, reiterado en sentencias T-451 de 2010 y T- 956 de 2011

[27] Al respecto, ver Sentencias T-789 de 2012, T-066 de 2009 y T-030 de 2015, entre otras.

[28] Sentencias T-192 y T-149 de 2013.

[29] Ver sentencia T-183 de 2013.

[30] Ver sentencia T-761 de 2005, T-041 de 2012, T-183 de 2013 y T-214 de 2014, entre otras.

[32] Sentencia T-372 de 1995. Reiterada en la sentencia C-951 de 2014, que estudió la constitucionalidad de la Ley Estatutaria 1755 de 2015.

[33] Sentencia T-242 de 1993.

[34] Sentencia T-146 de 2012.

[35] El interesado en obtener la residencia temporal, deberá demostrar que tiene vivienda adecuada y capacidad económica para su sostenimiento en el Archipiélago. Artículo 7 del Decreto 2762 de 1991.

[36] En la sentencia C-530 de 1993, 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 8°, ni el tiempo de duración de la tarjeta (art. 10), ni las causales de pérdida de la tarjeta (art. 11), ni tendrán que pagar por la tarjeta (art. 32)” (subrayado del texto original).

[37] Sentencia T-183 de 2017, expediente T-5952403.

[38] Por la cual se dictan normas especiales para la organización y el funcionamiento del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia Y Santa Catalina.

[39] Mediante dicho acto, se resolvió el recurso de reposición interpuesto por la accionante, y se confirmó lo establecido en la Resolución No. 3387 de 2015, que negó las pretensiones de la actora.

[40] Sentencias T-761 de 2005, T-041 de 2012, T-183 de 2013 y T-214 de 2014, 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.

[41] Para el momento en que se solicitó tarjeta de residencia definitiva a nombre de la accionante ante la OCCRE, la norma aplicable era 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 que establecía 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 la Corte Constitucional 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, se diferieron los efectos de la inexecutable por constatarse que tal decisión generaría una situación constitucionalmente más grave en relación con la vigencia de derechos constitucionales especialmente protegidos (diferido hasta el 31 de diciembre de 2014).

[42] En proceso de acción de tutela el Juzgado Primero Promiscuo de Familia del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina decidió amparar el derecho fundamental de petición y ordenó a la OCCRE dar respuesta a la solicitud impetrada a favor de Vanessa Carolina Salazar Carbonell el 11 de febrero de 2014.

[43] Sentencia T-242 de 1993 y T-214 de 2014, entre otras.

[44] Ver sentencia C-980 de 2010.

[45] Caso Baena Ricardo y Otros vs. Panamá.

[46] El artículo 8 de la Convención, en sus incisos 1 y 2, señala que: 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a. derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal; b. comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada; c. concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; d. derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; e. derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley; f. derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos; g. derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y h. derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

[47] “cfr. Caso del Tribunal Constitucional, supra nota 7, párr. 69; y Garantías judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC- 9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9, párr. 27.”

[48] Sentencia T-725 de 2004.

[49] Constitución Política de 1991, art. 4 “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.”

[50] Sentencia C-122 de 2011.