

Sentencia T-242/18



Referencia: Expediente T-6.307.258

Acción de tutela presentada por Sandra Milena Ordoñez Acuña contra la Gobernación del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y la Oficina de Control, Circulación y Residencia (OCCRE).

Asunto: Derecho a la unidad familiar e igualdad en el trato de los diferentes tipos de familias.

Magistrada Sustanciadora:
GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Bogotá, D. C., veintiséis (26) de junio de dos mil dieciocho (2018).

La Sala Sexta de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, integrada por el Magistrado José Fernando Reyes Cuartas y las Magistradas Cristina Pardo Schlesinger y Gloria Stella Ortiz Delgado, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la presente

SENTENCIA

En la revisión de la providencia del 6 de diciembre de 2017 del Tribunal Superior de Distrito Judicial de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, que confirmó el fallo del 8 de marzo de 2017 proferido por el Juzgado Primero Penal del Circuito de San Andrés Islas, dentro de la acción de tutela promovida por Sandra Milena Ordoñez Acuña contra la Gobernación del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y la Oficina de Control, Circulación y Residencia (OCCRE).

El expediente llegó a la Corte Constitucional en virtud de lo ordenado por los artículos 86 (inciso 2º) de la Constitución y 31 y 32 del Decreto 2591 de 1991. Mediante auto del 25 de agosto de 2017, la Sala de Selección de Tutelas número ocho de esta Corporación lo escogió para su revisión y lo asignó a la Magistrada Sustanciadora para su elaboración¹.

¹ El expediente de la referencia fue seleccionado y repartido a la Magistrada Sustanciadora por la Sala de Selección Número Ocho de la Corte Constitucional, conformada por las Magistradas Cristina Pardo Schlesinger y Diana Fajardo Rivera, de acuerdo con el criterio orientador del proceso de selección “desconocimiento del precedente” y “urgencia de proteger un derecho fundamental”.

Posteriormente, el 9 de octubre de 2017, la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional profirió el Auto 541 de 2017 que declaró la nulidad de las actuaciones surtidas desde el oficio no. 272-17 del 3 de mayo de 2017, por medio del cual el Juzgado 1º Penal del Circuito de San Andrés remitió el expediente a la Corte Constitucional, por pretermisión de la impugnación dentro de esta acción de tutela. A su vez, dispuso que el referido despacho judicial diera trámite a la impugnación y una vez concluyera remitiera el expediente al despacho de la Magistrada Sustanciadora para su revisión.

En cumplimiento de la orden precedente, el 6 de abril de 2018 la Secretaría General de la Corte Constitucional envió al despacho de la Magistrada el expediente de tutela de la referencia para su revisión.

I. ANTECEDENTES

Hechos y pretensiones.

La señora Sandra Milena Ordoñez Acuña, originaria del municipio de Gigante, Huila, convivió en unión libre con el señor Elkin de Jesús Vanegas Álvarez, nativo de la Isla de San Andrés, durante cinco años en la misma Isla. Durante su unión concibieron dos niños de dos y tres años, nacidos en San Andrés.

La accionante relata que el 16 de febrero de 2017 el director de la OCCRE emitió un acto administrativo que ordenó su expulsión de San Andrés porque no contaba con residencia autorizada por las autoridades competentes. Luego de que una abogada de la Defensoría del Pueblo adelantó gestiones ante la OCCRE se aplazó la expulsión para el 26 de febrero de 2017.

La accionante considera que la orden de expulsión proferida por la OCCRE viola sus derechos fundamentales al debido proceso, a la unidad familiar, al trabajo y a la libre circulación y residencia, así como reclama la protección de los derechos de sus hijos menores de edad. Pretende que se le ordene a la Gobernación departamental y a la OCCRE la derogatoria del acto administrativo que ordenó la expulsión de la accionante de la Isla y prevenir a las autoridades mencionadas de incurrir de nuevo en las acciones que dieron fundamento a la presente acción constitucional.

Así mismo, en el escrito de tutela solicitó como medida cautelar que el juez de tutela derogara el acto administrativo que ordenó la expulsión de la señora Ordoñez Acuña y argumentó que tal medida la solicitaba *“para así evitar que mis menores hijos queden en desprotección”*².

Actuación procesal

² Cuaderno 1, folio 6.

Mediante Auto del 23 de febrero de 2017, el Juzgado Primero Penal del Circuito del Distrito Judicial del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina admitió la acción de tutela y ordenó correr traslado a la Gobernación departamental y a la OCCRE para que informaran al despacho sobre el contenido de la acción de tutela presentada por Sandra Milena Ordoñez Acuña.

Por otro lado, el despacho no accedió a la medida provisional solicitada al considerar que *“se puede evidenciar que esa presunta amenaza no es inminente y no existe una urgencia que pueda este fallador judicial ordenar de forma inmediata la medida provisional”*³.

Ninguna de las entidades a las que se les dio traslado se pronunció al respecto.

Decisiones objeto de revisión

Sentencia de primera instancia

El Juzgado Primero Penal del Circuito del Distrito Judicial del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, mediante sentencia del 8 de marzo de 2017, declaró improcedente la acción de tutela invocada por la señora Sandra Milena Ordoñez Acuña.

El despacho expuso que se tendrían por ciertos los hechos expuestos por la accionante dado que las entidades accionadas no rindieron informe dentro del trámite. En segundo lugar, consideró que no se demostró por parte de la accionante el agotamiento de todos los mecanismos de defensa judicial *“tales como el recurso ordinario de reposición y apelación contra el acto administrativo expedido por la OCCRE, sino también los extraordinarios y judiciales como la acción de nulidad y restablecimiento del derecho”*⁴.

Adicionalmente, señaló que la accionante no allegó copia del acto administrativo por medio del cual se ordenó su expulsión ni hay constancia de su notificación, razones que impiden al despacho judicial determinar si tal acto se encuentra ejecutoriado, circunstancia que consideró relevante para establecer la procedencia de los recursos ante la administración.

Aseguró que tampoco se probó la existencia de un perjuicio irremediable, por cuanto la jurisprudencia constitucional ha advertido que la garantía de libre circulación y residencia no es absoluta, está sujeta a límites por parte del Legislador y en el caso de San Andrés las medidas de control poblacional han sido consideradas necesarias, adecuadas y razonables.

Impugnación

³ Cuaderno 1, folio 15.

⁴ Cuaderno 1, folio 27.

La accionante, en su escrito de impugnación del 14 de marzo de 2018, expuso que la actuación de las entidades accionadas deja en estado de abandono a sus hijos y *“tiene un efecto práctico inculcable [sic] que consiste en la física imposibilidad que la madre dispensa a dichos menores los cuidados, la protección y el apoyo que, según la norma constitucional, hace parte de sus derechos fundamentales”*⁵.

Sentencia de segunda instancia

El Tribunal Superior de Distrito Judicial del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, mediante sentencia del 6 de diciembre de 2017, confirmó el fallo de primera instancia. Expuso que no se constató que la accionante haya ejercido los mecanismos de defensa a su disposición como el recurso de reposición y el de apelación, ni las acciones ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Pruebas que obran en el expediente allegadas en las instancias de tutela

- Copia simple de la cédula de ciudadanía de la accionante donde consta que su lugar de nacimiento es el municipio de Gigante, Huila⁶.
- Copia simple del registro civil de nacimiento de Derek de Jesús Vanegas Ordoñez, donde consta que nació en San Andrés (Islas) el 7 de abril de 2016⁷ y en el que se registra a la accionante como su madre⁸.
- Copia simple del registro civil de nacimiento de Cheri Milena Vanegas Ordoñez, donde consta que nació en San Andrés (Islas) el 2 de junio de 2014⁹ y en el que se registra a la accionante como su madre¹⁰.
- Copia simple de declaración ante notario público del 23 de febrero de 2017 en la que comparecen la accionante y el señor Elkin de Jesús Vanegas Álvarez en la que declaran su residencia en San Andrés y el tiempo de convivencia de cinco años¹¹.
- Constancia del notificador del 15 de diciembre de 2017 en la que Elkin de Jesús Vanegas Álvarez informa que en la actualidad no convive con la accionante¹².

Actuaciones en sede de revisión

⁵ Cuaderno 1, folio 29.

⁶ Cuaderno 2, folio 8.

⁷ Actualmente tiene 2 años y 2 meses.

⁸ Cuaderno 2, folio 9.

⁹ Actualmente tiene 4 años.

¹⁰ Cuaderno 2, folio 10.

¹¹ Cuaderno 2, folio 11.

¹² Cuaderno 3, folio 16.

El 15 de mayo de 2018, la Magistrada sustanciadora profirió auto en el que vinculó al proceso de la referencia al señor Elkin de Jesús Vanegas Álvarez en calidad de tercero interesado, como padre de los hijos de la accionante, para que se pronunciara respecto de los hechos y las pretensiones que en ella se plantearon, especialmente, sobre su situación familiar actual¹³.

Además, se solicitó información a Sandra Milena Ordoñez Acuña sobre el procedimiento que se adelantó para su expulsión del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, la situación de sus hijos menores de edad y las gestiones que realizó ante la OCCRE para obtener la residencia en la Isla de San Andrés¹⁴.

Por último, el auto ofició a la Oficina de Control, Circulación y Residencia (OCCRE) y a la Gobernación del Archipiélago de San Andrés Providencia y Santa Catalina para que aportaran copia del acto administrativo en el que se ordenó la expulsión de Sandra Milena Ordoñez Acuña, informaran si respecto de este se habían ejercido los medios de impugnación e indicaran el estatus de residente de la accionante¹⁵.

Por medio de informe del 25 de mayo de 2018¹⁶ allegado al despacho de la Magistrada sustanciadora, la Secretaría General de la Corte Constitucional

¹³ El ordinal primero de la parte resolutive del Auto dispuso “VINCULAR al trámite de la acción de tutela al señor Elkin de Jesús Vanegas Álvarez, identificado con cédula de ciudadanía 1.123.625.196, en calidad de tercero interesado, como padre de los hijos de la accionante, para que en el término de tres (3) días hábiles siguientes al recibo de la comunicación, se pronuncie respecto de los hechos y las pretensiones que en ella se plantean. Específicamente deberá informar sobre: // (i) Si el lugar actual de residencia de Sandra Milena Ordoñez Acuña es la Isla de San Andrés. // (ii) En caso de ser afirmativa la respuesta a la pregunta anterior, precise: // a) ¿Cómo retornó la referida señora a la Isla? // b) ¿La señora Sandra Milena Ordoñez Acuña ha adelantado el trámite para adquirir la residencia temporal o permanente en el Archipiélago o ingreso en calidad de turista? // c) ¿Quién tiene la custodia de los menores de edad Derek de Jesús Vanegas Ordoñez y Cheri Milena Vanegas Ordoñez? // d) Como padre de sus hijos menores de edad, ¿ha acordado un régimen de visitas con la señora Sandra Milena Ordoñez Acuña?”.

¹⁴ El numeral segundo de la citada providencia ordenó “COMISIONAR al Juzgado Civil del Circuito de Archipiélago De San Andrés -reparto- para que se dirija al Barrio Las Tablitas en San Andrés Isla donde reside la señora Sandra Milena Ordoñez Acuña, identificada con la cédula de ciudadanía número 1.123.365.626, le notifique la presente providencia y le informe que cuenta con tres (3) días hábiles a partir de la recepción de la presente providencia, para que allegue a la Corte Constitucional respuestas sobre los siguientes interrogantes: // (i) En el escrito de tutela, usted informó que la orden de expulsión fue aplazada ¿Finalmente se llevó a cabo la expulsión? // (ii) En caso de ser afirmativa la respuesta a la pregunta anterior, precise: // a) ¿En qué fecha se llevó a cabo la expulsión? // b) ¿Cuál es su lugar de residencia actualmente? // c) ¿Con quién vive? // d) ¿Quién tiene la custodia de los menores de edad Derek de Jesús Vanegas Ordoñez y Cheri Milena Vanegas Ordoñez? // e) Como madre de sus hijos menores de edad, ¿ha acordado un régimen de visitas con el señor Elkin de Jesús Vanegas Álvarez? // (iii) ¿Qué gestiones adelantó ante la OCCRE para obtener la residencia temporal o permanente en el Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina?”.

¹⁵ El ordinal tercero del auto del 15 de mayo de 2018 ordenó “Por Secretaría General, OFÍCIESE a la Oficina de Control, Circulación y Residencia (OCCRE) y a la Gobernación del Archipiélago de San Andrés Providencia y Santa Catalina para que, en el término máximo de tres (3) días hábiles contados a partir de la notificación del presente auto: // (i) Allegue copia del acto administrativo en el que se ordenó la expulsión de Sandra Milena Ordoñez Acuña, identificada con la cédula de ciudadanía número 1.123.365.626, del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina e informe si contra el mencionado acto fue interpuesto algún recurso. En caso de que el acto haya sido recurrido, allegar los actos administrativos mediante los cuales fueron resueltos. // (ii) Rinda informe sobre los hechos que sirvieron de sustento a la acción de tutela presentada por Sandra Milena Ordoñez Acuña. // (iii) Informe sobre el estatus de residencia de la accionante en el Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina”.

¹⁶ Cuaderno 1, folio 31.

informó que libró despacho comisorio y oficios en cumplimiento del auto del 15 de mayo de 2018 y durante el término previsto no se recibió respuesta alguna dentro del término concedido por parte de la accionante, el señor Vanegas Álvarez o las autoridades accionadas.

Respuestas extemporáneas

Oficina de Control, Circulación y Residencia (OCCRE)

El Director Administrativo de la OCCRE allegó el 8 de junio de 2018 copia del Auto No. 0416 del 11 de noviembre de 2016 por medio del cual declaró en situación irregular a la señora Sandra Milena Ordóñez Acuña, identificada con Cédula de Ciudadanía No. 1.123.635.636, ordenó su devolución al último lugar de embarque y le impuso multa de 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes¹⁷. También informó que sobre este auto no se interpusieron recursos y que la señora Sandra Milena Ordoñez no puede ingresar a San Andrés “*hasta tanto se cumplan los presupuestos establecidos en el auto y se declar[e] a paz y salvo*”¹⁸. Asimismo, allegó copia de la “*declaración en versión libre*” de la tutelante rendida ante la OCCRE el 11 de noviembre de 2016 en la que manifestó que vive en unión libre, tiene dos hijos y que está radicada en San Andrés desde hace tres años¹⁹.

Juzgado Primero Civil del Circuito de San Andrés, Providencia y Santa Catalina Islas

Al Juzgado Primero Civil del Circuito de San Andrés, Providencia y Santa Catalina Islas le correspondió por reparto la diligencia de notificación a la accionante del auto de pruebas decretado por la Magistrada Sustanciadora el 15 de mayo de 2018²⁰. El citado Juzgado remitió constancia de la citadora del despacho judicial en la cual refiere que entabló comunicación telefónica con la señora Sandra Milena Ordoñez Acuña, quien a su vez manifestó que iría al Juzgado el 13 de junio de 2018 con el fin de notificarse del despacho comisorio²¹.

Según el acta de diligencia de notificación personal, esta se efectuó el 14 de junio de 2018 y en la misma se le hizo entrega del auto del 15 de mayo de 2018, además de informarse que contaba con tres días hábiles para allegar respuesta a la Corte Constitucional²².

Pese a lo anterior, la accionante no allegó a la Corte Constitucional la información requerida.

¹⁷ Cuaderno 1, folio 36.

¹⁸ Cuaderno 1, folio 35.

¹⁹ Cuaderno 1, folio 37.

²⁰ Cuaderno 1, folio 40.

²¹ Cuaderno 1, folio 43.

²² Cuaderno 1, folio 43.

II. CONSIDERACIONES

Competencia

1. La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional es competente para conocer el fallo de tutela proferido dentro del proceso de la referencia, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9º, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

Asunto objeto de análisis y problema jurídico

2. En el caso objeto de estudio, la OCCRE ordenó la expulsión de San Andrés de la señora Sandra Milena Ordoñez Acuña, pese a convivir por cinco años con un residente permanente de la Isla y que sus dos hijos de dos y cuatro años también ostentan tal calidad.

La accionante sostiene que la orden de expulsión de la OCCRE viola sus derechos fundamentales al debido proceso, a la unidad familiar, al trabajo y a la libre circulación y residencia.

3. A partir de lo anterior, de constatar la procedibilidad de esta acción constitucional, la Sala deberá resolver el siguiente problema jurídico: ¿la decisión de la Oficina de Control, Circulación y Residencia (OCCRE) del Departamento del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina de expulsar a la tutelante de la Isla por residencia irregular vulneró los derechos fundamentales al debido proceso, a la unidad familiar y a la libre circulación y residencia de la accionante, quien al momento en que se adoptó esa decisión convivía desde hace cinco años con su compañero permanente y sus dos hijos menores de edad?

4. Para resolver el anterior interrogante de fondo, la Sala abordará los siguientes asuntos: (i) marco constitucional y desarrollo jurisprudencial sobre protección de familia (reiteración de jurisprudencia) y el derecho a la unidad familiar; (ii) el régimen de control de densidad poblacional en el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina; y (iii) el análisis del caso concreto.

Estudio de procedibilidad de la acción de tutela

Legitimación por activa y pasiva

5. Conforme al artículo 86 de la Carta Política, toda persona podrá presentar acción de tutela ante los jueces para procurar la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando estos resulten vulnerados o

amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o particular.

En el caso de estudio, la acción de tutela fue formulada por Sandra Milena Ordoñez Acuña en nombre propio, contra quien fue proferida una orden de expulsión de la Isla de San Andrés; y en nombre de sus dos hijos menores de edad respecto de los cuales ejerce la representación legal²³ como manifestación de la patria potestad. En consecuencia, la legitimación por activa, en los términos del artículo 10º del Decreto 2591 de 1991, se encuentra comprobada.

También cabe señalar que la vinculación del señor Elkin de Jesús Vanegas Álvarez obedece a que en el expediente se encuentran los registros civiles de nacimiento de los dos hijos de la accionante y en los cuales consta que el señor Vanegas Álvarez es el padre. De ese modo, el referido ciudadano puede verse afectado por la decisión que se adopte en el caso concreto.

6. Por su parte, la legitimación por pasiva dentro del trámite de amparo hace referencia a la capacidad legal del destinatario de la acción de tutela para ser demandado, pues está llamado a responder por la vulneración o amenaza del derecho fundamental en el evento en que se acredite la misma en el proceso.

En el asunto de la referencia se constata que la Oficina de Control de Circulación y Residencia – OCCRE del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina es una dependencia del despacho del Gobernador del departamento²⁴ y el Decreto 2762 de 1991 le confiere a esa Oficina la labor de “*realización y cumplimiento de las disposiciones*”²⁵ del mismo. En consecuencia, la Gobernación del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, a través de la OCCRE, es la autoridad pública a quien se le imputa la acción presuntamente vulneradora de los derechos fundamentales, al ordenar la expulsión de Sandra Milena Ordoñez Acuña de la Isla de San Andrés.

Inmediatez

7. La orden de expulsión de San Andrés de la accionante emitida por la OCCRE se produjo el 16 de febrero de 2017. Por su parte, la acción de tutela

²³ Código Civil, artículo 306: “La representación judicial del hijo corresponde a cualquiera de los padres”.

²⁴ Gobernación del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina. Decreto No. 227 del 29 de agosto de 2012 “*por el cual se adopta la estructura orgánica de la Administración Central de la Gobernación del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina*”, artículo 4º: “La Administración Departamental está conformada por las siguientes dependencias: 1. Despacho del Gobernador [...] 1.5. Oficina de Control de Circulación y Residencia –OCCRE-”

²⁵ Artículo 22 del Decreto 2762 de 1991: “Créase la Oficina de Control de Circulación y Residencia como órgano de la administración del Departamento Archipiélago de San Andrés y Providencia, para la realización y cumplimiento de las disposiciones del presente Decreto”. Artículo 15 del mismo Decreto: “El director de la OCCRE mediante resolución motivada deberá declarar que una persona está en situación irregular, impondrá la multa correspondiente y consecuentemente en el mismo acto ordenará que sea devuelta a su último lugar de embarque, el comando Departamental de policía garantizará el cumplimiento de esta orden para cuyo efecto la OCCRE le prestará el concurso que sea necesario”.

fue radicada el 23 de febrero de 2017. La Sala concluye que el transcurso de una semana para la interposición de la acción de tutela es un plazo razonable y oportuno vinculado a la necesidad de protección urgente de los derechos fundamentales al debido proceso, a la unidad familiar, al trabajo y a la libre circulación y residencia y, por consiguiente, la presente acción cumple con el requisito de inmediatez.

Subsidiariedad

8. El principio de subsidiariedad, conforme al artículo 86 de la Constitución, implica que la acción de tutela solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En otras palabras, las personas deben hacer uso de todos los recursos ordinarios y extraordinarios que el sistema judicial ha dispuesto para conjurar la situación que amenaza o lesiona sus derechos, de tal manera que se impida el uso indebido de este mecanismo constitucional como vía preferente o instancia judicial adicional de protección.

Esta Corporación ha señalado que el ordenamiento jurídico dispone de una serie de recursos y procesos que tienen como propósito la protección de los derechos de las personas. En este orden de ideas, desconocer el carácter subsidiario de la acción de tutela vaciaría de contenido los otros mecanismos de defensa judicial que han sido previstos en las normas constitucionales y legales para proteger los derechos invocados.

Sobre el particular, la Corte Constitucional ha determinado que cuando una persona acude a la administración de justicia con el fin de que le sean protegidos sus derechos, no puede desconocer las acciones judiciales contempladas en el ordenamiento jurídico, ni pretender que el juez de tutela adopte decisiones paralelas a las del funcionario que debe conocer dentro del marco estructural de la administración de justicia, de un determinado asunto radicado bajo su competencia²⁶.

9. De acuerdo con lo expuesto, es procedente el amparo cuando el actor no cuenta con un mecanismo ordinario de protección. No obstante, como ha sido reiterado por la jurisprudencia constitucional, el presupuesto de subsidiariedad que rige la acción de tutela, debe analizarse en cada caso concreto. Por ende, en aquellos eventos en que existan otros medios de defensa judicial, con fundamento en los artículos 86 Superior y 6° del Decreto 2591 de 1991, este Tribunal ha determinado que existen dos excepciones que justifican su procedibilidad²⁷:

- (i) Cuando el medio de defensa judicial dispuesto por la ley para resolver las controversias no es idóneo y eficaz conforme a las especiales

²⁶ Sentencias T-373 de 2015 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado y T-313 de 2005 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

²⁷ Sentencia T-662 de 2016 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

circunstancias del caso que se estudia, procede el amparo como mecanismo definitivo; y,

- (ii) Cuando, a pesar de existir un medio de defensa judicial idóneo, éste no impide la ocurrencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual la acción de tutela procede como mecanismo transitorio.

10. Las anteriores reglas implican que, de verificarse la existencia de otros medios judiciales, siempre se debe realizar una evaluación de la idoneidad del mecanismo en el caso concreto, para determinar si dicho medio tiene la capacidad de restablecer de forma efectiva e integral los derechos invocados. Este análisis debe ser sustancial y no simplemente formal y debe tener en cuenta que el juez de tutela no puede suplantar al juez ordinario. Por tanto, en caso de evidenciar la falta de idoneidad del otro mecanismo, la acción puede proceder de forma definitiva.

11. Existen precedentes en los que la Corte ha analizado acciones de tutela dirigidas contra las órdenes de expulsión proferidas por la OCCRE y en los que han examinado el cumplimiento del requisito de subsidiariedad. En el caso de las **Sentencias T-725 de 2004²⁸** y **T-484 de 2014²⁹** se concluyó que el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho no era el medio idóneo para garantizar los derechos presuntamente vulnerados con la expulsión ordenada por la OCCRE y, en consecuencia, la acción de tutela procedía como mecanismo definitivo para la protección de los derechos. Lo anterior, por considerar que el debate era exclusivamente de naturaleza constitucional ya que la Corte debía determinar el ámbito de los derechos

²⁸ M.P. Rodrigo Escobar Gil. En esta providencia se revisó la acción de tutela de un residente regular de San Andrés al que la OCCRE le negó a su compañero permanente del mismo sexo, la residencia por considerar que no existía unión marital entre parejas del mismo sexo. En esta providencia, respecto de la subsidiariedad, se señaló que *“si bien es cierto que a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho los actores podrían lograr la protección de sus derechos, lo prolongado del proceso ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, la inmediatez de la lesión de los derechos cuya protección se solicita -en tanto que las actuaciones impugnadas comprenden la conminación para que el señor ZZ abandone en el término de cinco días el territorio insular-, y el carácter puramente constitucional del debate que se ha planteado en torno a los mismos, hace que sea la tutela el mecanismo procesal adecuado para obtener su protección. En la medida en que el pronunciamiento de la Corte debe establecer de manera definitiva el ámbito de los derechos constitucionales que se estiman violados y que tal violación sería el objeto propio del proceso contencioso administrativo, no cabe la vía del amparo transitorio, y la decisión que se adopte por esta Sala de Revisión habrá de tener carácter definitivo.*

²⁹ M.P. María Victoria Calle Correa. La sentencia analizó la tutela propuesta por un residente temporal que fue expulsado pese a estar pendiente la decisión sobre su solicitud de residencia permanente. Al respecto, la Corte sostuvo que *“en el caso concreto, la Sala observa que desde que el señor Noriega fue expulsado de la Isla el dos (2) de septiembre de dos mil trece (2013), no ha podido restablecer contacto físico con su hijo de tres (3) años ni con su esposa pues, aunque puede regresar temporalmente en calidad de turista si paga la multa de quince (15) SMMLV que le fue impuesta, carece de los recursos económicos para saldar dicha obligación al encontrarse desempleado. Debido a esto, considera que existe una afectación actual, continuada y grave al derecho a la unidad familiar que no puede ser corregida de manera eficaz por los medios ordinarios de defensa y que, por ende, merece ser resuelta de manera definitiva a través de la acción de tutela como mecanismo subsidiario. Esto en la medida en que (i) se está vulnerando el interés superior de un menor de edad, sujeto de especial protección constitucional, quien no puede recibir el afecto y contar con la compañía de su padre en una temprana e importante etapa de su desarrollo físico y emocional; (ii) dicha situación viene sucediendo hace más de seis (6) meses, y (iii) continuará existiendo hasta tanto el suscrito no regrese a la Isla de forma permanente. Como resultado de lo anterior, resultaría lesivo condicionar la resolución de la mencionada afectación al posterior pronunciamiento del juez contencioso administrativo, pues está en juego el goce efectivo del derecho fundamental a la unidad familiar de un sujeto de especial protección constitucional”.*

fundamentales que se estimaban violados y, además, involucraba la protección del interés superior de un menor de edad que es sujeto de especial protección constitucional.

Por otro lado, la **Sentencia T-943 de 2013**³⁰ se apartó parcialmente de las providencias arriba reseñadas al concluir que la tutela era procedente para discutir actos administrativos de expulsión adoptados por la OCCRE, pero como mecanismo transitorio al generar un perjuicio irremediable. En ese sentido, la decisión analizó la acción de tutela de varias personas residentes irregulares en San Andrés que fueron expulsadas de la Isla. La Corte manifestó que *“si bien lo que se pretende debatir son los actos administrativos proferidos por la Oficina de Control de Circulación y Residencia- OCCRE-, [se observaba] que las consecuencias que estos [podían] causar un perjuicio irremediable para las personas involucradas y la acción correspondiente ante la jurisdicción contencioso administrativa no resulta[ba] una garantía para la defensa de sus derechos, más, en tratándose de menores de edad que son sujetos de especial protección constitucional y que pueden estar resultando afectados con la decisión tomada por la autoridad demandada, por lo que, a juicio de esta Sala, [era] procedente entrar a analizar el caso de fondo, pues aunque existen medios ordinarios de defensa, estos no son del todo eficaces para garantizar los derechos de los accionantes”*.

Por último, las **Sentencias T-214 de 2014**³¹ y **T-371 de 2015**³² decidieron que la acción de tutela para cuestionar los actos de expulsión proferidos por la OCCRE era procedente a partir de la existencia de un perjuicio irremediable y

³⁰ M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

³¹ M.P. María Victoria Calle Correa. La Sentencia analizó la situación de un residente irregular en San Andrés que fue expulsado de la Isla y, en esa oportunidad, se declaró la existencia de un perjuicio irremediable que hacía procedente la tutela como mecanismo transitorio al considerar que *“desde que el señor Fontalvo fue expulsado de la Isla el dos (2) de julio de dos mil trece (2013), no ha podido restablecer contacto físico con sus hijos ni con su compañera permanente pues, aunque puede regresar temporalmente en calidad de turista si paga la multa que le fue impuesta, carece de los recursos económicos para saldar dicha obligación y emprender tal viaje. Debido a esto, la Sala considera que, a pesar de la necesaria y adecuada limitación constitucional que opera sobre el Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, existe un perjuicio irremediable relacionado con la expulsión del compañero de la accionante y la separación familiar a la que esta dio lugar. Dicho daño es actual, continuado y grave, pues compromete, como se verá más adelante, el derecho a la unidad familiar en la medida en que (i) viene sucediendo hace mas de un (1) año; (ii) continuará existiendo hasta tanto el suscrito regrese a la Isla de forma permanente, y (iii) vulnera el interés superior de dos (2) menores de edad. Esto último en cuanto le impide al suscrito vivir junto a su familia en el lugar en que ellos residen”*.

³² M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. En este caso se estudió la tutela presentada por una residente de San Andrés a la que la OCCRE ordenó su expulsión pese a convivir por más de tres años con su compañera permanente. La Corte examinó el cumplimiento de cada uno de los criterios que identifican la existencia de un perjuicio irremediable, y concluyó que *“la acción de tutela es el medio adecuado, eficaz e idóneo para contrarrestar los efectos de la decisión de la Resolución atacada”*. Sin embargo, las órdenes dadas tuvieron un carácter definitivo, no transitorio. En lo pertinente, la parte resolutive de la Sentencia T-371 de 2015 ordenó lo siguiente: *“SEGUNDO.- ORDENAR a la Oficina de Control de Circulación y Residencia- OCCRE- del Departamento del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, dejar sin efectos las Resoluciones No. 001833 del 29 de abril de 2010, No. 006575 del 9 de diciembre de 2011 y No. 000130 del 15 de enero de 2015, para que en su lugar, profiera una Resolución mediante la cual otorgue la residencia de la señora Paola Beatriz Olivo Hernández en la Isla de San Andrés, observando de fondo los requisitos legales y las consideraciones realizadas en esta providencia. // TERCERO.- 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 discriminatorias, especialmente basadas en la orientación sexual de los peticionarios.*

concedieron la tutela como mecanismo transitorio para adoptar una medida impostergable para detener la presunta vulneración de los derechos fundamentales de dos niños, sujetos de especial protección constitucional, al impedirles recibir afecto y contar con la compañía de su padre en la etapa de desarrollo.

12. En el presente caso la Sala considera que la tutela procede como mecanismo definitivo de protección de los derechos fundamentales invocados por la accionante, puesto que los mecanismos ordinarios de defensa a su disposición no son idóneos ni eficaces.

Esta Sala sigue la línea de decisión adoptada en las **Sentencias T-484 de 2014**³³ y **T-943 de 2013**³⁴, pues no puede pasarse por alto que el presente caso analiza la vulneración al derecho a la unidad familiar de una madre y de sus dos hijos menores de edad, ambos sujetos de especial protección constitucional, por lo cual la procedencia de la acción de tutela debe analizarse con mayor flexibilidad.

En efecto, tal y como lo sostuvieron los jueces de tutela en dos instancias, la accionante contó con el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho junto con la solicitud de suspensión provisional de los efectos del acto administrativo por medio del cual la OCCRE dispuso la expulsión de la señora Sandra Milena Ordóñez Acuña del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina. Sin embargo, los mecanismos ordinarios señalados no son **eficaces** para garantizar la protección del derecho de los dos hijos de la accionante a no ser separados de su familia. Lo anterior, por cuanto por tratarse de la protección de derechos de niños que además involucran la posible separación de uno de sus padres la celeridad en la resolución de la situación es determinante para la garantía de sus derechos. Por ello, en este caso, la demora que implica el agotamiento de los mecanismos ordinarios resulta desproporcionada respecto a la urgencia que amerita el caso.

Así pues, el juez constitucional tiene la capacidad de valorar en este caso el riesgo que supone la separación de los dos niños de su madre, en caso de que la orden de expulsión que se encuentra vigente conduzca a que la accionante no permanezca con sus hijos cuando sea trasladada de San Andrés; o de su padre, si la accionante se establece con sus hijos en otro lugar de residencia distinto al Archipiélago. Aunado a lo anterior, la separación de los dos niños de sus padres en una fase tan temprana de su vida a los dos y cuatro años de edad, por un tiempo indeterminado, requiere la adopción de medidas urgentes dirigidas a sujetos de especial protección constitucional, para lo cual es desproporcionado exigirle a la accionante y sus dos niños acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo en un procedimiento que podría no ordenar la protección oportunamente.

³³ M.P. María Victoria Calle Correa.

³⁴ M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Este acercamiento se aparta de lo decidido en la **Sentencia T-214 de 2014**³⁵ que consideró que la acción procedía como mecanismo transitorio. En esa ocasión, la decisión estudió un caso en el cual aunque también se reclamaban los derechos de niños, estos eran mayores a los que se involucran en esta decisión. A pesar de que se tratara del amparo del derecho de sujetos de especial protección y se constató la configuración de un perjuicio irremediable, el fallo no ahondó en si el mecanismo era eficaz o idóneo, respecto a la situación planteada. Para la Sala, aun cuando tal estudio verificó la urgencia de la situación en razón a los niños, fue insuficiente en aplicar la protección constitucional a la que tienen derecho los sujetos de especial protección al delimitar su alcance, por ello se aparta de ese razonamiento.

De otra parte, la **Sentencia T-371 de 2015**³⁶, pese a que verificó la existencia de un perjuicio irremediable, no consideró que la acción procedía como mecanismo transitorio, sino como mecanismo definitivo al determinar 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 de la Resolución atacada”*. En tales términos, el presente análisis difiere de lo decidido en el primero de los casos, toda vez que se trata de supuestos diferentes que se apartan de la urgencia que delimita la falta de eficacia del medio ordinario en esta oportunidad pero coincide con el análisis realizado tanto en las Sentencias T-486 de 2014, T-943 de 2013 como en la T-371 de 2015, ya que en todos estos casos se consideró la procedencia como mecanismo definitivo.

³⁵ M.P. María Victoria Calle Correa. La Sentencia analizó la situación de un residente irregular en San Andrés que fue expulsado de la Isla y, en esa oportunidad, se declaró la existencia de un perjuicio irremediable que hacía procedente la tutela como mecanismo transitorio al considerar que *“desde que el señor Fontalvo fue expulsado de la Isla el dos (2) de julio de dos mil trece (2013), no ha podido restablecer contacto físico con sus hijos ni con su compañera permanente pues, aunque puede regresar temporalmente en calidad de turista si paga la multa que le fue impuesta, carece de los recursos económicos para saldar dicha obligación y emprender tal viaje. Debido a esto, la Sala considera que, a pesar de la necesaria y adecuada limitación constitucional que opera sobre el Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, existe un perjuicio irremediable relacionado con la expulsión del compañero de la accionante y la separación familiar a la que esta dio lugar. Dicho daño es actual, continuado y grave, pues compromete, como se verá más adelante, el derecho a la unidad familiar en la medida en que (i) viene sucediendo hace mas de un (1) año; (ii) continuará existiendo hasta tanto el suscrito regrese a la Isla de forma permanente, y (iii) vulnera el interés superior de dos (2) menores de edad. Esto último en cuanto le impide al suscrito vivir junto a su familia en el lugar en que ellos residen”*.

³⁶ M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. En este caso se estudió la tutela presentada por una residente de San Andrés a la que la OCCRE ordenó su expulsión pese a convivir por más de tres años con su compañera permanente. La Corte examinó el cumplimiento de cada uno de los criterios que identifican la existencia de un perjuicio irremediable, y concluyó que *“la acción de tutela es el medio adecuado, eficaz e idóneo para contrarrestar los efectos de la decisión de la Resolución atacada”*. Sin embargo, las órdenes dadas tuvieron un carácter definitivo, no transitorio. En lo pertinente, la parte resolutoria de la Sentencia T-371 de 2015 ordenó lo siguiente: *“SEGUNDO.- ORDENAR a la Oficina de Control de Circulación y Residencia- OCCRE- del Departamento del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, dejar sin efectos las Resoluciones No. 001833 del 29 de abril de 2010, No. 006575 del 9 de diciembre de 2011 y No. 000130 del 15 de enero de 2015, para que en su lugar, profiera una Resolución mediante la cual otorgue la residencia de la señora Paola Beatriz Olivo Hernández en la Isla de San Andrés, observando de fondo los requisitos legales y las consideraciones realizadas en esta providencia. // TERCERO.- 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 discriminatorias, especialmente basadas en la orientación sexual de los peticionarios.*

13. En consecuencia, la Sala considera que la presente acción de tutela es procedente porque los mecanismos ordinarios ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo no son idóneos y eficaces para garantizar los derechos fundamentales de la accionante al debido proceso, unidad familiar, al trabajo y a la libre circulación y residencia. Por esa razón, la Sala da por acreditados los requisitos de procedencia de la acción de tutela y resolverá de fondo el problema jurídico planteado.

Marco constitucional y desarrollo jurisprudencial sobre la protección de las familias

14. El artículo 42 de la Constitución Política establece que “[l]a familia es el núcleo fundamental de la sociedad”, la cual “se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla”. Así mismo, la disposición constitucional señala el deber estatal de garantizar la protección integral de la familia³⁷.

15. Los artículos 5º y 13 Superiores protegen la institución familiar como pilar de la sociedad y sin distinciones sobre la forma en que se haya constituido, ya sea por vínculos jurídicos, biológicos o de hecho, lo cual cubija los diferentes tipos de familia y, además, proscribiera cualquier distinción injustificada entre ellos³⁸.

16. A su vez, la protección a la familia prevista por la Carta Política coincide con algunos instrumentos internacionales de derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad como la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH)³⁹. En este sentido, por un lado, el artículo 16.3 de la DUDH señala que “[l]a familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”. Por otro lado, el artículo 10.1 del PIDCP establece que “[s]e debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo”. De un modo similar, el artículo 17.1 de la CADH enuncia que “[l]a familia es el elemento

³⁷ El artículo 42 de la Constitución como fundamento de la protección a la familia se encuentra en las sentencias T-606 de 2013 M.P. Alberto Rojas Ríos, T-942 de 2014 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, T-070 de 2015 M.P. Martha Victoria Sánchez Méndez, T-519 de 2015 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, T-354 de 2016 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, T-525 de 2016 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, T-177 de 2017 M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo y T-316 de 2017 M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo.

³⁸ Sentencia T-071 de 2016 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

³⁹ La referencia a las disposiciones de la DUDH, el PIDCP y la CADH relativas a la protección de la familia se encuentran en las sentencias T-606 de 2013 M.P. Alberto Rojas Ríos, T-942 de 2014 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, T-070 de 2015 M.P. Martha Victoria Sánchez Méndez, T-519 de 2015 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, T-071 de 2016 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, T-354 de 2016 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio y T-177 de 2017 M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo.

natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado”.

17. Cabe destacar entonces que la Constitución protege a aquellas familias que se estructuran sobre vínculos jurídicos como el matrimonio o de consanguinidad y a aquellas que surgen de facto, como las uniones maritales de hecho o las denominadas de crianza, en concordancia con el concepto sustancial y no formal de familia. Como lo ha advertido la jurisprudencia constitucional, *“conviene precisar que el concepto de familia no puede ser entendido de manera aislada, sino en concordancia con el principio del pluralismo. De tal suerte que, en una sociedad plural, no puede existir un concepto único y excluyente de familia, identificando a esta última únicamente con aquella surgida del vínculo matrimonial”*⁴⁰.

Por lo anterior, la protección constitucional a la familia abarca aquellas conformadas en virtud de vínculos jurídicos o de consanguinidad y a las que surgen de facto o llamadas familias de crianza, atendiendo a un concepto sustancial y no formal de *familia*, en donde la convivencia continua, el afecto, la protección, el auxilio y respeto mutuos consolidan núcleos familiares de hecho, que el derecho no puede desconocer ni discriminar cuando se trata del reconocimiento de derechos y prerrogativas a quienes integran tales familias.

18. Del deber estatal de proteger la familia como institución básica de la sociedad se deriva la garantía de la unidad familiar como derecho fundamental y, en particular, es claro que los niños y niñas son titulares del derecho a tener una familia y a no ser separados de ella. La **Sentencia T-182 de 1996**⁴¹ analizó la acción de tutela interpuesta en representación de una niña contra sus abuelos paternos que impedían que conservara contacto con sus abuelos maternos y con su medio hermano, luego de la muerte violenta de su madre a manos presuntamente de su padre.

La Corte consideró que la Constitución consagra el derecho del niño a tener una familia y a no ser separado de ella y que un aspecto que hace parte integrante de este derecho es la garantía de la unidad familiar. Al respecto, la providencia señala que a partir de esta garantía no debe impedirse injustificadamente el acercamiento, contacto y la formación de vínculos emocionales entre los distintos integrantes de la familia y la exigencia a los padres y demás familiares de los niños y niñas de dirigir su conducta hacia la protección y garantía de los espacios de convivencia familiar. En consecuencia, la Corte amparó los derechos de la menor de edad a tener una familia y ordenó que no se restringieran las comunicaciones entre ella, su hermano y sus abuelos maternos y el establecimiento de un régimen de visitas

⁴⁰ Sentencia T-572 de 2009 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. Este criterio ha sido reiterado en las sentencias T-606 de 2013 M.P. Alberto Rojas Ríos, T-942 de 2014 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez y T-354 de 2016 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

⁴¹ M.P. Alejandro Martínez Caballero.

en forma transitoria, al tiempo que se iniciara el proceso judicial respectivo, con acompañamiento del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

De ese modo, el referido derecho de los niños y niñas a tener una familia y a no ser separado de ella no puede ser objeto de actuaciones discrecionales de las autoridades públicas que los lesionen o afecten y, por lo tanto, el Estado y sus autoridades no pueden desconocer de plano el mencionado derecho, ni afectar la unidad y continuidad de la familia, salvo que exista fundamento legal razonable y proporcional, como es el ejercicio de los poderes punitivos o correccionales. En ese sentido, el Estado tiene el deber de procurar que con sus actuaciones no se causen daños irreparables a aquellos derechos, y de velar que en todo caso se respeten, cuando menos en su núcleo esencial, y no se desampare a sus titulares de su contenido mínimo.

Conforme con las anteriores consideraciones, la **Sentencia T-215 de 1996**⁴² estimó que la orden de deportación y la prohibición de regreso al país por 12 meses adoptada por el extinto DAS contra un ciudadano alemán que excedió el tiempo de permanencia en el territorio colombiano y cuyos hijos nacidos en Colombia permanecían en el país, resultaba contraria al núcleo esencial del derecho fundamental de los niños a tener una familia y a no ser separados de ella, pues suponían la ruptura del vínculo entre padre e hijos. Al proteger el derecho, ordenó el amparo transitorio con la autorización de la entrada al país por 30 días para regular su permanencia.

Por su parte, la **Sentencia T-165 de 2004**⁴³ revisó la acción de tutela interpuesta por una madre a nombre de su hijo para cuestionar el traslado de su puesto de trabajo a la Fiscalía Seccional en Pasto. La Corte recordó que los niños tienen el derecho fundamental a tener una familia y a no ser separados de ella y que este derecho se refiere “*tanto a la cercanía física como a la anímica*” que busca, en lo posible, el contacto directo permanente de los niños y niñas con su familia y, sobre todo con sus padres. De ese modo, la garantía de la unidad familiar es una protección que integra el mencionado derecho y se dirige a proporcionar el desarrollo integral del menor de edad en una etapa en la que se necesita mayor apoyo psicológico y emocional de su familia y fundamentalmente de sus padres. La Corte también señaló que es factible que se pueda afectar dicha unidad familiar “*si existe una causa legal, como por ejemplo una decisión judicial referente a la privación de la libertad de uno de los padres, o una decisión judicial o administrativa que determine la separación del hijo respecto de sus progenitores*”, pero aclaró que estas eran circunstancias excepcionales de la regla general de garantizar que los niños conserven el contacto con los miembros de su familia.

Con fundamento en lo expuesto, la Corte señaló que la orden de traslado había sido arbitraria y carente de fundamento y con ella se rompió la unidad familiar del menor de edad con su madre. Por consiguiente, decidió dejar sin

⁴² M.P. Fabio Morón Díaz.

⁴³ M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

efectos la orden de traslado proferida por la Fiscalía General de la Nación y dispuso reintegrar a la accionante al cargo que desempeñaba en la ciudad de Cúcuta.

La **Sentencia T-572 de 2009**⁴⁴ resolvió la acción de tutela interpuesta por una señora a nombre de su hijo contra la Casa de Justicia, la Defensoría de Familia y la Alcaldía Municipal, todas ellas de Floridablanca, al considerar que el decreto de una medida provisional de protección a favor de su hijo y la diligencia administrativa de rescate en su vivienda con fundamento en un presunto abandono del menor de edad violaban su derecho fundamental a la unidad familiar.

Esta providencia señaló que la preservación de la unidad familiar tiene una dimensión *iusfundamental* que se refiere a: (i) la *“familia no puede ser desvertebrada en su unidad ni por la sociedad ni por el Estado sin justa causa fundada en graves motivos de orden público y en atención al bien común y sin el consentimiento de las personas que la integran, caso en el cual dicho consenso debe ser conforme al derecho”*; (ii) la posibilidad de mantener relaciones personales estrechas y, en particular, a que los niños y niñas preserven el contacto directo con sus dos progenitores; (iii) *“demanda del Estado un deber general de abstención (prohibición de puesta en marcha de medidas infundadas e irrazonables de restablecimiento de derechos de los niños)* e (iv) incluye una faceta prestacional que se manifiesta en la obligación constitucional del Estado de *“diseñar e implementar políticas públicas eficaces que propendan por la preservación del núcleo familiar”*⁴⁵.

De acuerdo con lo anterior, la Corte concluyó que las autoridades accionadas violaron el derecho a la unidad familiar porque decretaron y ejecutaron una medida de restablecimiento de derechos sin verificar previamente la situación de abandono del niño, es decir, sin una justificación válida para apartar al menor de edad de su seno familiar. En consecuencia, la Corte previno a la Defensoría de Familia, a la Alcaldía Municipal y al cuerpo de Policía de

⁴⁴ M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁴⁵ Reiterada en las **Sentencias T-090 de 2010, T-502 y T-844 de 2011 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub**. En la primera providencia mencionada, por ejemplo, consideraciones similares sobre el fundamento en la protección de la unidad familiar para adoptar o no medidas de restablecimiento del derecho de los niños concluyeron en que la Corte negara el amparo solicitado por una madre contra la decisión de un Juez de Familia de ordenar el allanamiento y rescate de su hijo respecto del cual el ICBF tuvo indicios serios de haber sido abandonado. Específicamente, la providencia expuso que: *“para la Sala es evidente que los padres desconocieron los derechos fundamentales del menor a tener una familia y no ser separados de ella por no proporcionarle una unidad familiar, pues los padres no cumplieron con la obligación de amparar al menor, darle afecto, cuidar de él para garantizar su bienestar. En efecto, tanto la madre como el padre lo dejaron al cuidado de una tercera persona, lo cual faculta la intervención del Estado, para salvaguardar los derechos fundamentales del niño por estar en peligro inminente su integridad física y psicológica”*. Por otra parte la **Sentencia T-773 de 2015 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez** se expuso que, derivada del derecho de los niños a tener una familia y a no ser separado de ella y de la protección constitucional de la familia, existe la presunción de que la familia biológica se encuentra mejor situada para brindar apoyo y afecto al niño y, en consecuencia, las autoridades administrativas encargadas de adelantar procedimientos para adoptar medidas de restablecimiento de derechos de los niños, niñas y adolescentes deben adelantar todas las indagaciones para desvirtuar esta presunción. Con base en lo anterior la Corte concluyó en el caso concreto que la declaratoria de adoptabilidad se profirió sin el debido sustento probatorio y, por lo tanto, constituye una medida que violó los derechos del niño a la unidad familiar.

Floridablanca (Santander) que se abstuvieran de incurrir de nuevo en tales actuaciones.

Posteriormente, la **Sentencia T-956 de 2013**⁴⁶ revisó la acción de tutela interpuesta por la madre de una niña en su representación, por la presunta vulneración de su derecho a tener una familia y a no ser separada de ella por la orden de deportación de su padre, a pesar de que este convivía con ella y con su madre.

La Corte expuso que el derecho constitucional de los niños y niñas a tener una familia y a no ser separado de ella, debe ser interpretado de forma tal que: (i) garantice en todo momento que el menor de edad mantenga el contacto y unión familiar con sus progenitores; (ii) la validez constitucional de la separación de su grupo familiar esté sujeta a la acreditación de que esa es la única medida posible para garantizar el interés superior del menor de edad afectado; y (iii) cuando la separación sea consecuencia de una actuación legal contra alguno de los padres, como sucede en los casos de la privación de la libertad o la deportación, la misma tenga que ser estrictamente necesaria, someterse a las reglas y procedimientos aplicables, así como contar con la posibilidad de un control judicial en donde los interesados cuenten con instancias de participación en la decisión que deba adoptarse. Agregó que la jurisprudencia de la Corte ha previsto que aquellas intervenciones estatales que tengan como consecuencia desligar a un menor de edad de su familia son restringidas y, en cualquier caso, deben cumplir con criterios estrictos de razonabilidad y proporcionalidad, así como mostrarse compatibles con el interés superior de los niños y niñas.

En el caso concreto, la Corte estableció que el procedimiento que condujo a la orden de deportación del padre de la niña no se adelantó en compañía de un intérprete a través del cual el ciudadano de nacionalidad china pudiera ejercer sus derechos de contradicción y defensa y, de ese modo, la deportación se adoptó con violación del derecho al debido proceso. Por esta razón, el Tribunal Constitucional aseguró que la deportación del padre de la niña no podía considerarse una medida constitucionalmente válida para limitar su derecho a tener una familia y a no ser separada de ella. Concluyó que Migración Colombia vulneró el derecho de la niña a no ser separada de su familia al imponer la orden de deportación a su padre en perjuicio de su interés superior con fundamento en procedimientos violatorios de la Constitución.

En sede de control abstracto, la Corte Constitucional también ha tenido la oportunidad de referirse al ámbito de protección del derecho a la unidad familiar. La **Sentencia C-026 de 2016**⁴⁷ resolvió la acción de inconstitucionalidad dirigida contra la norma del Código Penitenciario y Carcelario que restringía las visitas de las personas privadas de la libertad por

⁴⁶ M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁴⁷ M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

parte de menores de edad que se encontraban en primer grado de consanguinidad o primero civil por el presunto desconocimiento del derecho de la población carcelaria y de los niños, niñas y adolescentes a la unidad familiar.

Para resolver el cargo, la Corte se refirió a algunas reglas ya sentadas en las sentencias de tutela resumidas arriba. En primer lugar expuso que *“la familia no puede ser desvertebrada en su unidad ni por la sociedad ni por el Estado, sin justa causa fundada en graves motivos de orden público y en atención al bien común y sin el consentimiento de las personas que la integran, caso en el cual dicho consenso debe ser conforme al derecho”*.

En segundo lugar, señaló que el derecho de los niños y de los adultos a la protección de la unidad familiar involucra una faceta iusfundamental que *“genera para las autoridades públicas competentes, un deber general de abstención, que se traduce en la prohibición de adopción de medidas infundadas e irrazonables de restablecimiento de derechos”*.

Además, el precitado derecho cuenta igualmente con una faceta prestacional, que se manifiesta en la obligación constitucional del Estado de *“diseñar e implementar políticas públicas eficaces que propendan por la preservación del núcleo familiar”*.

En cuarta instancia, en aquellas circunstancias en las que la restricción del derecho a la unidad familiar es consecuencia de medidas que cuentan con fundamento legal, como el caso de las personas privadas de la libertad, tales restricciones *“deben ser adoptadas y ejercidas con base en criterios de razonabilidad y proporcionalidad, con el fin de evitar la desintegración de los vínculos filiales más próximos”*.

De conformidad con lo anterior, la Corte concluyó que la norma afectaba la unidad familiar al restringir con base en criterios meramente formales la visita a niños, niñas y adolescentes que tienen un estrecho vínculo de afecto y apoyo mutuo con los reclusos y declaró la constitucionalidad condicionada de la norma demandada en el entendido de que también podrán recibir visitas de niños, niñas o adolescentes que demuestren tener un vínculo estrecho de familiaridad con la persona privada de la libertad, surgido a partir de la existencia de lazos de convivencia, afecto, respeto, solidaridad, protección y asistencia⁴⁸.

19. La Sala considera pertinente referirse a los pronunciamientos de esta Corporación en los que ha abordado el derecho fundamental a la unidad familiar de aquellas familias que son objeto de medidas de expulsión en el

⁴⁸ Estos fundamentos fueron reiterados en la **Sentencia C-569 de 2016 M.P. Alejandro Linares Cantillo** que declaró la inconstitucionalidad de la norma que, en aquellos casos en los que no se autorizó al niño o niña permanecer con su madre en el establecimiento carcelario, se condicione el otorgamiento de su custodia a aquella persona que acredite vínculo de consanguinidad.

marco del régimen de control poblacional en el Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

El derecho a la unidad familiar en la adopción de medidas de control poblacional en el Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina

20. La **Sentencia T-943 de 2013**⁴⁹ se pronunció sobre la acción de tutela interpuesta por una madre en nombre propio y en el de su hija de nueve años de edad, quien fue expulsada de San Andrés pese a que estaba pendiente la resolución de su solicitud de residencia. En esa ocasión, la Corte no sólo recordó el carácter prevalente de los derechos de los niños y niñas y el principio del interés superior del menor de edad, sino que además expuso que la garantía constitucional de tener una familia y no ser separado de ella es un derecho que debe prevalecer dado que la institución de la familia es la llamada a proveer la protección necesaria para su desarrollo físico, emocional e intelectual que tenga como fin crear un medio propicio para el desarrollo del menor de edad. Con base en lo anterior, esta Corporación concluyó que la OCCRE, con la expulsión de la accionante, afectaba a su hija y la privaba del derecho a tener una familia y a no ser separada de ella, razón por la cual ordenó a la OCCRE otorgar la residencia temporal a la accionante y dejó sin efectos el acto administrativo que dispuso la expulsión.

Por su parte, la **Sentencia T-214 de 2014**⁵⁰ revisó la acción de tutela promovida por una residente regular de San Andrés que actuaba como agente oficioso de su compañero permanente y de sus hijos, al considerar que la expulsión de su pareja violaba el derecho de él y de sus hijos a la unidad familiar. En esta providencia la Corte recordó que el derecho a tener una familia y a no ser separado de ella es considerado por la Carta Política un derecho fundamental de los niños y niñas y señaló que su relevancia radica en que mediante su ejercicio se materializan otros derechos constitucionales. De este modo, el Tribunal Constitucional advirtió que cuando los niños y niñas son privados de los lazos afectivos necesarios para su tranquilidad y su desarrollo integral, se vulneran sus derechos fundamentales. Por último, advirtió que en aquellos casos en donde se ve involucrada la garantía del derecho a la unidad familiar de un menor de edad, el juez de tutela debe tomar la decisión que resulte más garante de sus libertades teniendo en cuenta que, al entrar en conflicto con otro tipo de intereses, los derechos de los niños y niñas deben prevalecer.

En el caso concreto, la Corte consideró que el compañero permanente de la accionante no adelantó los trámites necesarios para obtener la residencia regular y, de ese modo, la OCCRE tenía justificación para expulsarlo del Archipiélago. No obstante, recalcó que esa expulsión privó a los dos menores de edad de la presencia de su padre y produjo la vulneración del derecho

⁴⁹ M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

⁵⁰ M.P. María Victoria Calle Correa.

fundamental de sus hijos menores de edad a tener una familia y a no ser separados de ella. En consecuencia, al amparar los derechos de los niños a no ser separados de su familia dejó sin efectos la multa impuesta a su padre por su permanencia irregular en el territorio de la Isla y ordenó a la OCCRE que permitiera el retorno del actor y que adelantara los trámites necesarios para obtener su residencia.

Finalmente, la **Sentencia T-484 de 2014**⁵¹ analizó la situación de un residente irregular en San Andrés que consideró que su expulsión y la imposición de multas violaban su derecho a la unidad familiar, al ser separado de su hijo de tres años. La providencia reiteró consideraciones muy similares a las expuestas en la **Sentencia T-214 de 2014** acerca del derecho de los niños, niñas y adolescentes a tener una familia y a no ser separadas de ella y concluyó que la expulsión y sanción pecuniaria del accionante “*lesionó el interés superior del menor [...] ya que lo privó de la figura paterna en una importante y temprana etapa de su desarrollo*”. Para amparar los derechos del niño a tener una familia y a no ser separado de ella ordenó que se le otorgara la residencia temporal a su padre.

21. Con fundamento en el recuento jurisprudencial expuesto la Sala concluye que los niños y niñas son titulares del derecho a tener una familia y a no ser separados de ella y un aspecto que compone este derecho es la garantía de la unidad familiar. La protección y garantía de este derecho impone a la sociedad y al Estado las siguientes obligaciones: (i) no debe impedirse injustificadamente el acercamiento, contacto y la formación de vínculos emocionales entre los distintos integrantes de la familia; (ii) debe propenderse por conservar el contacto directo permanente de los niños, niñas y adolescentes con su familia y, sobre todo, con sus padres; (iii) los padres y demás familiares de los menores de edad deben dirigir su conducta hacia la protección y garantía de los espacios de convivencia familiar; (iv) las autoridades públicas no deben incurrir en actuaciones discrecionales que lesionen o afecten el derecho a tener una familia y a no ser separado de ella y, por lo tanto, el Estado y sus autoridades no pueden afectar la unidad y continuidad de la familia, salvo que exista fundamento legal concreto, como es, por ejemplo, el ejercicio de los poderes punitivos o correccionales; (v) un deber general de abstención de adoptar medidas infundadas e irrazonables de restablecimiento de derechos de los niños, niñas y adolescentes; (vi) la regla general es que las intervenciones estatales que tengan como consecuencia desligar a un menor de edad de su familia son restringidas y deben cumplir con criterios estrictos de razonabilidad y proporcionalidad, y deben ser compatibles con el interés superior de los niños y niñas; y (vi) el Estado debe diseñar e implementar políticas públicas eficaces que propendan por la preservación del núcleo familiar.

⁵¹ M.P. María Victoria Calle Correa.

Respecto de la revisión de las providencias que ponen de manifiesto la tensión entre el derecho a la unidad familiar de niños y los fines constitucionales que se pretenden salvaguardar con las medidas de control poblacional en el Archipiélago, la Sala considera que prevalece el derecho de los niños a tener una familia y a no ser separados de ella, con fundamento en el carácter prevalente que le confiere la Constitución a los derechos de los niños y a que, a través de la garantía de este derecho, se materialice el ejercicio de otros de igual naturaleza. Por esta razón la Corte, en casos concretos, ha dejado sin efectos órdenes de expulsión y las sanciones pecuniarias contra residentes irregulares, ha ordenado a la OCCRE el otorgamiento de la residencia temporal o permanente según el caso, o ha permitido que ciudadanos expulsados retornen y adelanten los trámites para obtener la residencia.

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

22. El artículo 310 de la Constitución Política establece que “[m]ediante 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”⁵².

Así mismo, el artículo 42 transitorio de la Carta Política dispuso que “[m]ientras 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”.

De ese modo, las restricciones a los derechos de circulación y residencia en el Departamento Archipiélago tienen fundamento en normas constitucionales que responden a propósitos de gran importancia como el reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural, las riquezas culturales y naturales, la diversidad e integridad del ambiente y el deber estatal de planificar el aprovechamiento de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible y su conservación.

23. Con fundamento en el referido artículo transitorio el Gobierno expidió el Decreto 2762 de 1991 “por medio del cual se adoptan medidas para controlar la densidad poblacional en el departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina”. En su motivación se indica que el “alto índice de densidad demográfica [...] ha dificultado el desarrollo de las comunidades humanas en las Islas; [...] están en peligro los recursos naturales y

⁵² Artículo 310, inciso 2º de la Constitución Política.

ambientales del Archipiélago por lo que se hace necesario tomar medidas inmediatas para evitar daños irreversibles en el ecosistema;[y] el acelerado proceso migratorio al Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina es la causa principal del crecimiento de su población, por lo que se hace necesario adoptar medidas para regular el derecho de circulación y residencia en el territorio insular”⁵³.

El artículo 2º del decreto en comento establece las condiciones a cumplir para fijar la residencia en el departamento Archipiélago a quienes ya lo habitaban al momento de expedición del Decreto 2762 de 1991:

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

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

c) Tener domicilio en las islas, comprobado mediante prueba documental, por más de 3 años continuos e inmediatamente anteriores a la expedición de este Decreto;

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”

La jurisprudencia constitucional⁵⁴ ha considerado que las condiciones que establece el artículo 2º del decreto son situaciones que dan lugar al reconocimiento automático de un derecho preexistente a residir en San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

Por su parte, el artículo 3º del Decreto 2762 de 1991 señala los supuestos en los cuales las personas podrían adquirir el derecho a residir en forma permanente en el departamento Archipiélago, con posterioridad a la vigencia de esa normativa:

“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

⁵³ Decreto 2762 de 1991, parte motiva.

⁵⁴ Por ejemplo, Sentencia T-371 de 2015 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

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 Decreto 2762 de 1991, en su artículo 18 enumera las situaciones en las cuales las personas se encuentran en situación irregular en el Archipiélago:

“Se encuentran en situación irregular las personas que:

a) Ingresen al Departamento Archipiélago sin la respectiva tarjeta;

b) Permanezcan dentro del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, por fuera del término que les ha sido autorizado;

c) Violan las disposiciones sobre conservación de los recursos ambientales o naturales del Archipiélago;

d) Realicen actividades laborales dentro del Archipiélago, sin estar autorizado para ello”.

Las personas que se encuentran en situación irregular *“serán devueltas a su lugar de origen y deberán pagar una multa hasta de veinte salarios mínimos legales mensuales”*⁵⁵.

24. El Decreto 2762 de 1991 en su totalidad fue objeto de control de constitucionalidad en la **Sentencia C-530 de 1993**⁵⁶. Esta providencia expuso que las restricciones de residencia establecidas en el régimen constitucional especial consagrado para el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina tienen fundamento constitucional pues se corresponden con los propósitos constitucionales de preservar la cultura de las comunidades nativas del Archipiélago, así como sus recursos naturales y añadió que *“los derechos plenos son la regla general y sus limitaciones son la excepción [...] implica entonces que allí donde por circunstancias*

⁵⁵ Artículo 18 del Decreto 2762 de 1991. El Decreto 2171 de 2001 reglamentario del Decreto 2762 de 1991, artículo 14 señala que *“cuando se establezca que una persona sea devuelta a su lugar de origen, bastará con que sea regresada a su lugar de último embarque”*.

⁵⁶ M.P. Alejandro Martínez Caballero.

excepcionales sea necesario limitar los derechos debe hacerse con el mínimo de sacrificio de los mismos. En este marco entonces se inscribe la norma sub júdice, de suerte que su lectura por parte de los operadores jurídicos debe apuntar siempre a minimizar las limitaciones a los derechos que en ella se restringen”⁵⁷. La Corte declaró entonces la exequibilidad condicionada de la totalidad del referido decreto.

25. En síntesis, la Constitución ha autorizado el establecimiento de controles a los derechos de circulación y residencia en el Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina a través del Decreto 2762 de 1991, pues tienen fundamento en valores y fines constitucionalmente legítimos como la protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación y la protección y gestión sostenible de los recursos naturales. En ese sentido, el referido decreto determinó las condiciones que deben cumplir aquellas personas que allí se establezcan luego de la entrada en vigencia de esta normativa para obtener el derecho a la residencia permanente, esto es, contraer matrimonio o establecer unión de hecho con un residente; fijar el domicilio común por un mínimo de tres años continuos y acreditar la convivencia al momento de solicitar la residencia; o permanecer en el Departamento en calidad de residente temporal por un término no inferior a 3 años, observar buena conducta, demostrar solvencia económica y que, a juicio de la Junta Directiva de la Oficina de Control de Circulación y Residencia, resulte conveniente su establecimiento definitivo en el Archipiélago. Igualmente, la Corte Constitucional destacó la importancia del control poblacional en San Andrés para hacer efectivos mandatos constitucionales de protección a la riqueza cultural y natural de la Nación pero advirtió en sede de control abstracto que los operadores jurídicos deben interpretar las limitaciones que son resultado de las condiciones y sanciones que establece el Decreto 2762 de tal manera que se minimicen las restricciones a otros derechos.

Caso concreto

26. Sandra Milena Ordoñez Acuña interpone acción de tutela en nombre propio y de sus dos hijos menores de edad con el propósito de que le sean protegidos sus derechos fundamentales al debido proceso, a la unidad familiar, al trabajo y a la libre circulación y residencia presuntamente vulnerados por la Oficina de Control de Circulación y Residencia – OCCRE y la Gobernación del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina al ordenar la expulsión de la accionante de la Isla.

En el expediente de la referencia consta declaración ante notario⁵⁸ rendida el 23 de febrero de 2017 por la señora Sandra Milena Ordoñez Acuña originaria del municipio de Gigante, Huila, y el señor Elkin de Jesús Vanegas Álvarez, en la que manifiestan que han convivido en unión libre por cinco años en San Andrés. Además, señalan que de su unión concibieron dos niños de dos y

⁵⁷ Sentencia C-530 de 1993 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

⁵⁸ Cuaderno 2, folio 11.

cuatro años, nacidos en la Isla⁵⁹. La información sobre el tiempo de permanencia en la Isla coincide con lo expuesto por la accionante en la declaración rendida ante la OCCRE el 11 de noviembre de 2016⁶⁰.

La accionante manifestó en los hechos de su escrito de tutela que convivió con el señor Elkin de Jesús Vanegas Álvarez y que se desempeñaba como “*ama de casa cumpliendo a cabalidad el oficio de madre*”⁶¹. Igualmente, se registra la constancia de notificación de la providencia de tutela de segunda instancia⁶² en la que el señor Elkin de Jesús Vanegas Álvarez manifiesta que en la actualidad⁶³ no convive con la accionante.

27. Como se expuso en acápites anteriores, el artículo 3º del Decreto 2762 de 1991 establece los supuestos de hecho en los que una persona puede obtener el derecho a residir permanentemente en el Archipiélago de San Andrés, uno de ellos es que “[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. Al momento de solicitar la residencia permanente se deberá acreditar la convivencia de la pareja. La Sala considera que este requisito debe analizarse a partir del concepto de familia que establece la Constitución y al hecho de que las circunstancias *de facto* por las cuales se conforma la familia pueden transformarse sin que den lugar a un déficit en su protección.

28. En el expediente se encuentra copia del Auto No. 0416 del 11 de noviembre de 2016 que ordenó la expulsión de la accionante de la Isla de San Andrés. El Director Jurídico de la OCCRE informó que la accionante no es una residente legal en el Departamento Archipiélago de San Andrés, Isla y que, de acuerdo a lo resuelto en el auto referenciado, no puede ingresar al Archipiélago hasta que se cumplan los presupuestos establecidos en el acto administrativo y que se declare a paz y salvo⁶⁴. También señaló que no existe solicitud de residencia a nombre de la accionante radicada ni que se encuentre en trámite⁶⁵.

Por su parte, la accionante no se pronunció en la oportunidad prevista sobre su situación de residencia permanente o temporal en la Isla y no informó si adelantó o no algún trámite para obtener la residencia regular en el Archipiélago. No obstante, dado que el Decreto 2762 de 1991 contempla como consecuencia de la declaratoria de situación irregular su devolución a su lugar de origen y que la accionante manifestó que se ordenó su expulsión de la Isla, la Sala concluye que puede presumirse que la accionante se encontraba en

⁵⁹ Los registros civiles de nacimiento de los hijos menores de edad en donde consta que nacieron en la Isla de San Andrés se encuentran en cuaderno 2, folios 9 y 10.

⁶⁰ Cuaderno 1, folio 37.

⁶¹ Cuaderno 2, folio 2.

⁶² Cuaderno 3, folio 16.

⁶³ La constancia de notificación tiene fecha 15 de diciembre de 2017.

⁶⁴ Cuaderno 1, folio 35.

⁶⁵ Cuaderno 1, folio 35.

situación irregular en San Andrés y, de ese modo, debía cumplir alguno de los supuestos previstos en el artículo 3º del Decreto 2762 de 1991 para obtener la residencia permanente en el Archipiélago.

En este sentido, de la declaración ante notario aportada como anexo a la acción de tutela se constata que la accionante en su momento cumplió objetivamente con una de las exigencias previstas en el artículo 3º, literal a) del Decreto 2762 de 1991, es decir, contraer matrimonio o establecer “*unión permanente con un residente, siempre que se fije el domicilio común en el Departamento, a lo menos por 3 años continuos*”. Al respecto, cabe destacar que en la declaración con fines extraproceso rendida el 23 de febrero de 2017 ante el Notario Único del Círculo de San Andrés Isla la señora Sandra Milena Ordoñez Acuña y el señor Elkin de Jesús Vanegas Álvarez afirmaron ser residentes de San Andrés y que por cinco años habían vivido en unión libre⁶⁶.

La Sala advierte que, de conformidad con las consideraciones expuestas en torno al concepto de familia protegido por la Constitución, aquellas conformadas por vínculos biológicos o de hecho son titulares de la misma protección que las constituidas por vínculos jurídicos y la garantía constitucional de la familia abarca un concepto de la misma que atiende a los cambios sociales y a la forma en que las relaciones filiales y personales se transforman.

En estos términos, el núcleo que conformaron la accionante, sus hijos y su padre corresponde a una familia basada en vínculos de hecho y filiales que, a su vez, ha sufrido transformaciones, como la separación de los padres. Tal realidad no debe incidir en el grado de protección de los niños, que surgieron por esa unión, a la unidad familiar. Esas transformaciones se refieren a lo manifestado en el escrito de tutela y en el momento en que se notificó la sentencia que resolvió la solicitud de amparo en segunda instancia, en el sentido de que la accionante y el padre de sus hijos no conviven actualmente⁶⁷.

De este modo, independientemente de la separación de los padres, los hijos de la señora Sandra Milena Ordoñez Acuña y el señor Elkin de Jesús Vanegas Álvarez son titulares de las protecciones constitucionales que se derivan del derecho a la unidad familiar, específicamente, el derecho a no ser separados de su familia. Es decir, los niños tienen derecho a que no se impida injustificadamente su contacto con sus padres, a que las autoridades públicas se abstengan de adoptar decisiones que afecten su derecho a no ser separados de su familia, a que en la adopción de estas medidas se apliquen principios de razonabilidad y proporcionalidad que reduzcan, de ser posible, la afectación de sus derechos y a diseñar e implementar políticas públicas dirigidas a la preservación del núcleo familiar.

⁶⁶ Cuaderno 2, folio 11.

⁶⁷ La constancia de notificación tiene fecha 15 de diciembre de 2017.

Por lo anterior, las autoridades deben tener en cuenta las circunstancias particulares del caso para no desconocer las garantías de las personas involucradas en los procedimientos de control poblacional, máxime cuando se trata de sujetos de especial protección constitucional reforzada, como los menores de edad, para que no se afecten sus derechos fundamentales al vínculo afectivo, al cuidado y al amor por parte de su padre y su madre.

Esta Sala destaca que las disposiciones adoptadas para controlar la población en la Isla y restringen los derechos de circulación y residencia en el Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina cuentan con respaldo constitucional y son idóneas para alcanzar los propósitos de protección de la diversidad cultural y de los recursos naturales de la Isla. Sin embargo, esta Corporación encuentra que la decisión adoptada por la OCCRE de ordenar la expulsión de San Andrés a la accionante viola sus derechos y los de sus hijos a no ser separados de su familia y a la igual protección de los diferentes tipos de familia, pues los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a que en la adopción de órdenes de expulsión se consideren los principios de razonabilidad y proporcionalidad y a que se tenga en cuenta la preservación del núcleo familiar. Por ello, en casos de conflicto entre los derechos de los niños a la unidad familiar y las medidas de control poblacional del Archipiélago deben prevalecer los primeros.

Lo anterior cobra aun mayor relevancia en la medida en que los hijos de la accionante se encuentran en una etapa temprana de su vida en donde se deben proteger sus derechos a recibir el afecto y el apoyo material y emocional de ambos padres, al requerir el desarrollo integral que provee la familia. Nótese que, de materializarse la expulsión de la accionante y los niños permanezcan con alguno de sus padres⁶⁸, significará la interrupción del contacto directo con el otro de sus progenitores y, de ese modo la expulsión repercute en la garantía del derecho de los niños a la unidad familiar, al cuidado y al amor, y correlativamente a ejercer adecuadamente el deber del ejercicio de la responsabilidad parental.

29. Por lo expuesto, el núcleo familiar que conforman la actora y sus hijos ha visto vulnerado su derecho fundamental a la unidad familiar, al cuidado y al amor por cuenta de la orden de expulsión y la prohibición de regreso al Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina dirigida a la señora Ordoñez. Tal acto administrativo se profirió pese a que en su momento la accionante cumplió el supuesto de conformar la unión marital de hecho y la permanencia en la Isla por más de tres años.

⁶⁸ Vale la pena mencionar que, en el escenario en el que la orden de expulsión conduzca a que los hijos permanezcan con su madre luego de su expulsión de San Andrés, dificultaría de manera importante el ejercicio de la paternidad, es decir, la presencia y participación activa y permanente del padre en el cuidado y amor de sus hijos, y sus implicaciones en la garantía de sus derechos fundamentales especialmente el derecho al cuidado y amor para su desarrollo armónico e integral. Sentencia C-273 de 2003 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

Si se tiene en cuenta que la familia conformada por la señora Ordoñez Acuña y sus hijos es titular de la misma protección que aquella hipotética conformada por la accionante, su pareja y sus hijos, la Sala concluye que no permitirle obtener la residencia regular en el Archipiélago la sujeta a la posibilidad de que reciba las sanciones propias de la residencia irregular, lo cual viola el derecho de sus hijos a la unidad familiar. Lo anterior, con desconocimiento de que la Constitución protege todos los tipos de familia, ya sea aquellos basados en vínculos naturales o jurídicos o por la voluntad libre de conformarla, y a que las relaciones familiares son susceptibles de transformaciones y cambios en su integración.

Así mismo, la Sala considera que la decisión de la expulsión de la tutelante comprende una diferenciación injustificada entre los distintos tipos de familia, cuando todos cuentan con la misma garantía de protección de su unidad. Por ello, la decisión adoptada contraría los fines del Estado al brindar un trato discriminatorio a un tipo de familia que se conformó mediante vínculos de hecho y biológicos y cuenta con dos padres separados. Adicionalmente, la protección y el respeto debido sobre la familia comprenden la protección del interés superior de los niños, niñas y adolescentes.

30. Por las anteriores razones, la Sala considera que para garantizar los derechos fundamentales a la unidad familiar y al cuidado y amor de los niños y niñas de los dos hijos menores de edad de la accionante, así como la igual protección de las familias, se debe inaplicar en este asunto el siguiente aparte del artículo 3º, literal a): *“Al momento de solicitar la residencia permanente se deberá acreditar la convivencia de la pareja”*, con fundamento en la excepción de inconstitucionalidad.

31. En este caso, el control por vía de excepción de inconstitucionalidad de acuerdo con el artículo 4º de la Constitución Política procede para inaplicar el aparte señalado del artículo 3º, literal a), porque sus efectos generan la vulneración de los derechos fundamentales de la accionante y sus hijos e incurren en abierta contradicción con los mandatos constitucionales de protección de la familia y del deber estatal de implementar políticas públicas eficaces que propendan por la preservación del núcleo familiar.

32. De acuerdo con lo expuesto, esta Sala dejará sin efectos el Auto No. 0416 de 11 de noviembre de 2016 proferido por la Oficina de Control de Circulación y Residencia - OCCRE por medio del cual declaró en situación irregular a la señora Sandra Milena Ordoñez Acuña identificada con cédula de ciudadanía no. 1.123.635.626 y la sancionó con la devolución al último lugar de embarque, al considerar que se vulnera el derecho fundamental a la unidad familiar de los hijos menores de edad de la tutelante.

De conformidad con la inaplicación por inconstitucional en el caso concreto de la exigencia de acreditar la convivencia al momento de solicitar la residencia en el Archipiélago y una vez la Sala ha constatado que la

accionante cumplió con el requisito de establecer unión de hecho con un residente y fijar su domicilio en el Departamento por más de tres años, la Sala concluye que la accionante puede adquirir la residencia permanente en San Andrés.

En consecuencia, por las razones expuestas, la Sala Sexta de Revisión ordenará a la Oficina de Control de Circulación y Residencia - OCCRE, que en el término de diez (10) días contados a partir de la notificación de esta providencia, reconozca y otorgue a la señora Sandra Milena Ordoñez Acuña identificada con cédula de ciudadanía no. 1.123.635.626 la residencia permanente, en concordancia con las consideraciones expuestas en esta providencia.

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

RESUELVE

Primero.- REVOCAR el fallo proferido por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de San Andrés, Providencia y Santa Catalina el 6 de diciembre de 2017 que confirmó el fallo de primera instancia del Juzgado Primero Penal del Circuito de San Andrés Islas, el 8 de marzo de 2017, dentro del expediente T-6.307.258. En su lugar, **CONCEDER** el amparo de los derechos fundamentales a la unidad familiar y al cuidado y amor de los niños y niñas de Sandra Milena Ordoñez Acuña y sus hijos menores de edad.

Segundo.- DEJAR SIN EFECTOS el Auto No. 0416 de 11 de noviembre de 2016 por medio del cual declaró a la señora Sandra Milena Ordoñez Acuña identificada con cédula de ciudadanía no. 1.123.635.626 en situación irregular irregular y la sancionó con la devolución al último lugar de embarque. En consecuencia, **ORDENAR** a la Oficina de Control de Circulación y Residencia – OCCRE de la Gobernación del Departamento del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, que en su lugar profiera una resolución mediante la cual otorgue la residencia permanente a la señora Sandra Milena Ordoñez Acuña en la Isla de San Andrés, en concordancia con las consideraciones expuestas en esta providencia.

Tercero.- Por Secretaría General, **LÍBRENSE** las comunicaciones a que se refiere el artículo 36 del decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese y cúmplase.

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

CRISTINA PARDO SCHLESSINGER
Magistrada

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS
Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General