

Sentencia T-484/14

Referencia: expediente T-4190643

Acción de tutela presentada por Rony Jacob Noriega Montero contra la Oficina de Control de Circulación y Residencia de la Gobernación del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina

Magistrada ponente:
MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Bogotá D.C., nueve (9) de julio de dos mil catorce (2014)

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

SENTENCIA

En el proceso de revisión del fallo proferido, en primera instancia, por el Juzgado Segundo Promiscuo de Familia del municipio de Soledad, Atlántico, el veinticinco (25) de septiembre de dos mil trece (2013) y, en segunda instancia, por la Sala Quinta de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, Atlántico, el doce (12) de noviembre de dos mil trece (2013), en el trámite de tutela iniciado por el señor Rony Jacob Noriega Montero contra la Oficina de Control de Circulación y Residencia (OCCRE) de la Gobernación del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

El proceso de referencia fue seleccionado para revisión por la Sala de Selección Número Tres (3) de la Corte Constitucional, mediante Auto proferido el dieciocho (18) de marzo de dos mil catorce (2014).

I. DEMANDA Y SOLICITUD

El once (11) de septiembre de dos mil trece (2013), el señor Rony Jacob Noriega Montero interpuso acción de tutela contra la Oficina de Control de Circulación y Residencia (OCCRE) de la Gobernación del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, por considerar que

dicha entidad vulneró sus derechos fundamentales al debido proceso, a la libre residencia, a la igualdad y a la unidad familiar. Según el accionante, la violación aconteció cuando, poco tiempo después de reconocer su derecho a la residencia temporal, la entidad territorial lo declaró en situación irregular, lo expulsó de la Isla y le impuso una multa de quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes por haber laborado sin cancelar una deuda de cuyo pago dependía la expedición de la tarjeta de residente. Teniendo en cuenta lo anterior, el actor solicitó (i) la revocatoria del Auto 189 del dos (2) de septiembre de dos mil trece (2013) mediante el cual se le impusieron las mencionadas sanciones; (ii) el reconocimiento de su calidad de residente temporal; (iii) los medios para regresar a la isla con el ánimo de reencontrarse con su familia; (iv) se le garantice el derecho a la residencia y al trabajo, y (v) se le solicite a la Procuraduría Provincial investigar los hechos ocurridos.

1. El accionante funda su solicitud de tutela en los siguientes hechos:

1.1. El señor Rony Jacob Noriega Montero, de treinta y ocho (38) años de edad¹, nació en Barranquilla, y contrajo matrimonio civil con la señora Ruth Janeth Llano Paniagua², residente permanente de la Isla de San Andrés³. Es padre del menor Santiago Nasar Noriega Paniagua⁴ y residió en el archipiélago por cerca de siete (7) años en compañía de su esposa e hijo⁵.

1.2. El diecisiete (17) de mayo de dos mil doce (2012), el accionante quiso legalizar su situación irregular solicitando, por conducto de su esposa, el reconocimiento de su derecho a la residencia. Al no recibir una respuesta oportuna por parte de la OCCRE, la señora Llano presentó acción de tutela contra la Gobernación Departamental por la vulneración de su derecho fundamental a la petición. De esta acción conoció, en primera instancia, el Juzgado Primero Penal del Circuito de San Andrés, Isla, quien mediante

¹ Según el interrogatorio practicado al señor Noriega por parte del Juez Segundo Promiscuo de Familia del municipio de Soledad, Atlántico, el veintitrés (23) de septiembre de dos mil trece (2013) con ocasión del proceso de tutela objeto de revisión, el accionante nació el siete (7) de noviembre de mil novecientos setenta y cinco (1975) en la ciudad de Barranquilla, Atlántico. Ver folio 69 a 71 del primer cuaderno (de ahora en adelante, siempre que se haga mención a un folio se entenderá que se alude al primer cuaderno, salvo que se diga otra cosa).

² Como anexo al escrito de tutela, el accionante aportó copia del registro civil de matrimonio celebrado entre él y la señora Ruth Janeth Llano Paniagua, el veinticuatro (24) de noviembre de dos mil seis (2006) en la ciudad de Barranquilla, Atlántico. Ver folio 9.

³ Como anexo al escrito de tutela, el accionante aportó copia de las tarjetas de residente permanente de la señora Llano, expedidas por la OCCRE en mayo de mil novecientos noventa y cuatro (1994) y el veinticuatro (24) de enero de dos mil doce (2012). Ver folio 11 a 13.

⁴ Como anexo al escrito de tutela, el accionante aportó copia del registro civil de nacimiento del menor Santiago Nasar Noriega Llano, hijo suyo y de la señora Llano, quien nació el tres (3) de julio del dos mil diez (2010) en la ciudad de Barranquilla, Atlántico. Ver folio 10.

⁵ Como anexo al escrito de tutela, el accionante aportó copia de la resolución 004840, proferida por la Gobernación del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina el diecisiete (17) de septiembre de dos mil doce (2012), mediante la cual se le dio respuesta a la solicitud de residencia temporal que presentó la señora Llano en nombre suyo el diecisiete (17) de mayo de dos mil doce (2012). En dicha oportunidad, el gobierno local reconoció que la pareja convivía desde hace siete (7) o cinco (5) años en la Isla de San Andrés. Ver folio 22 y 23.

providencia del veintiocho (28) de agosto de dos mil doce (2012), consideró que no había una prueba suficiente sobre las gestiones que el gobierno local decía haber realizado para notificar a la accionante sobre la respuesta a su solicitud. Razón por la cual, determinó que, efectivamente, se había lesionado el derecho alegado y, en consecuencia, ordenó dar a la accionante una respuesta clara, coherente, precisa y completa durante las cuarenta y ocho (48) horas siguientes⁶.

1.3. El diecisiete (17) de septiembre de dos mil doce (2012) la Gobernación Departamental dio respuesta a la anterior providencia mediante la Resolución 0004840 del mismo año⁷. Allí señaló *“que de conformidad con las normas señaladas, los documentos soportes que reposan en el expediente y el informe de verificación emitido por las inspectoras Shandira Peña y Saray Davis se expide la primera (1ª) tarjeta de residencia temporal a nombre del señor RONY JACOB NORIEGA MONTERO”*. De acuerdo con lo anterior, resolvió:

“ARTÍCULO PRIMERO: Conceder al señor RONY JACOB NORIEGA MONTERO, identificado con cédula de ciudadanía No. 8.780.878 de Soledad, Atlántico, el derecho a residir en la isla en forma temporal y **en consecuencia expídase la primera (1ª) Tarjeta de Residencia Temporal por convivencia**, conforme lo expuesto en la parte motiva del presente proveído (negritas originales del texto).

(...)

ARTÍCULO TERCERO: Consecuentemente, expídase la Primera (1ª) Tarjeta de Residencia Temporal, previo el pago del valor Dos Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes (SMLMV), según establece la ordenanza No. 020 de 2006, en su artículo 264; la vigencia de esta tarjeta será de un (1) año contado a partir de la fecha de su expedición, la renovación de la misma se solicitará ante esta oficina con un (1) mes de anticipación a la fecha de vencimiento del vigente”.

1.4. El accionante efectuó un pago parcial de la deuda de la que trata la resolución 004840 de dos mil doce (2012), el dos (2) de noviembre del mismo año el señor Noriega suscribió un acuerdo de pago con la Gobernación

⁶ Como anexo al escrito de tutela, el accionante aportó copia de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de San Andrés, Isla, el veintiocho (28) de agosto de dos mil doce (2012). Ver folio 14 a 19.

⁷ Como anexo al escrito de tutela, el accionante aportó copia de la Resolución 004840 que profirió la Gobernación Departamental el (17) de septiembre de dos mil doce (2012) como respuesta al derecho de petición instaurado por su esposa el diecisiete (17) de mayo del mismo año y mediante el cual solicitaba el reconocimiento del derecho a la residencia temporal de su compañero. Ver folio 22 a 23.

Departamental comprometiéndose a cancelar el saldo restante y sus intereses durante los cuatro (4) meses siguientes a ese diciembre⁸.

1.5. Sin previo aviso o citación, el dos (2) de septiembre de dos mil trece (2013) el accionante fue aprehendido en su lugar de trabajo por agentes de la Policía Nacional y conducido por estos a las instalaciones de la OCCRE para rendir declaración libre por haber laborado en el territorio insular sin tener autorización para ello⁹ y transgredir, consecuentemente, lo dispuesto en el Decreto 2762 de 1991¹⁰. Una vez allí, manifestó estar trabajando para Hoteles Decamerón como portero de seguridad después de haber terminado de manera anticipada un contrato de prestación de servicios suscrito con la Defensa Civil Colombiana por una diferencia que tuvo con su director al haber denunciado al interior de la entidad unas supuestas irregularidades relacionadas con el manejo de los recursos. El actor explicó que había empezado a trabajar pues necesitaba contribuir con el sustento de su hogar después de haber permanecido en inactividad laboral durante los cuatro (4) meses que se tardó la OCCRE en definir su situación y reconocer su derecho a la residencia. De esta manera, manifestó que el pago de la deuda a cuyo pago estaba obligado en virtud de la Resolución 004840 de dos mil doce (2012) condicionaba únicamente la expedición de la tarjeta de residencia, más no su derecho a residir y a trabajar. En virtud de lo anterior, dijo no entender por qué se le detenía y se le pretendía expulsar. Por otro lado, arguyó requerir de los servicios de un abogado y creer que la OCCRE le estaba violando su derecho a la legítima defensa al darle sólo cinco (5) minutos para contactar a uno¹¹.

1.6. Ese mismo día, mediante el Auto 189, la OCCRE declaró que el señor Noriega se encontraba en situación irregular, lo expulsó del archipiélago conduciéndolo a Barranquilla (su último lugar de embarque) y lo sancionó con una multa de quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes, cuyo pago fue fijado como requisito para regresar a la isla en calidad de turista¹².

⁸ Como anexo al escrito de tutela, el accionante aportó copia de la resolución No. 005827 proferida por la Gobernación del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina el dos (2) de noviembre de dos mil doce (2012), mediante la cual se formalizó un acuerdo de pago suscrito entre él y la mencionada entidad territorial en relación con la deuda que contrajo el primero en virtud de la resolución 004840 de dos mil doce (2012). En dicho acuerdo, se señaló que “si el interesado no paga oportunamente las cuotas fijas en la presente resolución o no acredita la cancelación dentro de la fecha señalada en el artículo anterior (el que fija las cuotas y los intereses), UNILATERALEMTNE se declara sin vigencia el plazo concedido y se revocará la presente resolución conforme a la ley”. Ver folio 24 y 25.

⁹ Como prueba de la relación laboral, se encuentra copia del contrato de prestación de servicios profesionales celebrado entre el accionante y la Defensa Civil Colombiana el ocho (8) de mayo de dos mil trece (2013), por medio del cual el primero se comprometió a realizar las funciones de salvavidas en las playas de la Isla de San Andrés por un periodo de siete (7) meses a cambio del pago mensual de un millón ciento setenta y nueve mil pesos (\$1.179.000). Ver folio 27 y 28.

¹⁰ Por medio del cual se adoptan medidas para controlar la densidad poblacional en el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

¹¹ Como anexo al escrito de tutela, el accionante aportó copia del acta de la declaración libre que rindió ante la OCCRE el dos (2) de septiembre de dos mil trece (2013) antes de ser expulsado del archipiélago. Ver folio 29 a 33.

¹² Como anexo al escrito de tutela, el accionante aportó copia del Auto No. 189 del dos (2) de septiembre de dos mil trece (2013), mediante el cual la Gobernación del Departamento Archipiélago de San Andrés,

Según la entidad departamental, el tutelante no estaba autorizado para trabajar en el territorio insular pues, a pesar de que los residentes temporales pueden tener derecho a laborar, el señor Noriega no había legalizado por completo su situación ya que no pagó la totalidad de la deuda consignada en la Resolución 004840 de dos mil doce (2012). Como respaldo a este argumento, la OCCRE tuvo en cuenta el literal d) del artículo dieciocho (18) del Decreto 2762 de 1991, que señala que *“se encuentran en situación irregular las personas que realicen actividades laborales dentro del Archipiélago, sin estar autorizado para ello”*, y el literal b) del artículo tercero (3) de la Ordenanza 010, que estipula que *“el cónyuge inmigrante no podrá laborar en el Departamento bajo ninguna condición hasta tanto no legalice por completo su situación frente a la Oficina de Control y Circulación y Residencia OCCRE”*. En relación con la presunta violación al derecho a la defensa, la autoridad local indicó que, en virtud de la jurisprudencia del Consejo de Estado, *“la aplicación de las medidas de policía previstas para garantizar el control poblacional del Departamento Archipiélago de San Andrés y Providencia no tienen por qué ser expedidas previo agotamiento de un procedimiento administrativo como el que sugiere el actor, que incluya formulación de cargos, término para presentar descargos y periodo probatorio en el que se practiquen las pruebas solicitadas en éstos (pues) es suficiente la configuración del supuesto fáctico previsto en cualquiera de los literales del artículo 18”* (paréntesis fuera del texto)¹³.

1.7. El accionante, por su parte, señaló que, según el recibo de pago expedido por la Secretaría de Hacienda del Gobierno Insular, tenía hasta el treinta y uno (31) de diciembre de dos mil trece (2013) para cancelar la mencionada deuda¹⁴ y, sin embargo, fue conducido para declarar el dos (2) de septiembre de dos mil trece (2013) y expulsado el mismo día. Manifestó, además, que su expulsión lesionó su derecho fundamental a la igualdad dado que en un caso anterior, la Gobernación Departamental había resuelto una situación similar de una manera distinta¹⁵.

Providencia y Santa Catalina (i) declaró que se encontraba en situación irregular; (ii) ordenó su expulsión y su devolución al último lugar de embarque, y (iii) le impuso una multa de quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes, cuyo pago sería requisito en caso tal de que el accionante quisiera regresar a la Isla en calidad de turista. Ver folio 34 a 41.

¹³ Consejo de Estado, Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del cuatro (4) de febrero de dos mil diez (2010) con radicado 880012331000200300050.

¹⁴ Como anexo al escrito de tutela, el accionante aportó copia del recibo oficial de pago de la deuda a cuyo pago estaba obligado en virtud de las resoluciones 004840 y 005827 de dos mil doce (2012), expedido por la Secretaría de Hacienda del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina el treinta y uno (31) de julio de dos mil trece (2013). Según este recibo, que vence el día treinta y uno (31) de diciembre de dos mil trece (2013), la deuda del accionante ascendía a ochocientos treinta y nueve mil pesos (\$839.000). Ver folio 43.

¹⁵ Como anexo al escrito de tutela, el accionante aportó copia de la Resolución 002137 de dos mil trece (2013), mediante la cual la Gobernación Departamental resolvió un recurso de apelación presentado por el señor Germán Calderón Maldonado, quien, a pesar de estar casado con una residente permanente y tener su domicilio en la Isla por más de tres (3) años, fue declarado en situación irregular y expulsado del archipiélago por haber laborado sin tener autorización para ello y no contar con la tarjeta OCCRE. En dicha oportunidad, el gobierno local revocó el auto mediante el cual se había ordenado la expulsión de dicha persona señalando que para el momento en que el actor había iniciado sus actividades laborales,

1.8. En interrogatorio practicado por el Juez Segundo Promiscuo de Familia del municipio de Soledad, Atlántico, el veintitrés (23) de septiembre de dos mil trece (2013)¹⁶, el señor Noriega manifestó (i) residir actualmente en el municipio de Soledad, Atlántico, en casa de sus padres; (ii) carecer de ingresos ante la ausencia de un trabajo; (iii) no haber sido notificado antes de su expulsión de estar presuntamente violando lo dispuesto en el Decreto 2762 de 1991¹⁷; (iv) que no se le permitió contactar a sus familiares y a su abogado por más de cinco (5) minutos vía telefónica; (v) que no se le permitió aportar pruebas cuando fue detenido para controvertir las acusaciones hechas en su contra; (vi) haber cancelado la totalidad de la deuda a cuyo pago estaba obligado en virtud de las resoluciones 004840 y 005827 de dos mil doce (2012) con sus debidos intereses¹⁸; (vii) que desde la fecha de expulsión su esposa es la encargada del sostenimiento de su núcleo familiar, compuesto por ella y su hijo de tres (3) años de edad, y (viii) que su expulsión obedece a una denuncia mal intencionada presentada por funcionarios de la Defensa Civil Colombiana en retaliación de las quejas interpuestas por el actor al interior de la entidad en relación con presuntas irregularidades en el manejo de los recursos.

2. Respuesta de la entidad accionada

Mediante escrito radicado el veinticuatro (24) de septiembre de dos mil trece (2013), el Director de la OCCRE¹⁹ manifestó que (i) la acción de tutela era improcedente por no haberse acreditado la amenaza u ocurrencia de un perjuicio irremediable y no cumplirse el principio de subsidiariedad pues el actor no había agotado la vía gubernativa; (ii) las limitaciones de residencia y de trabajo que operan en la Isla constituyen una discriminación positiva y constitucionalmente admisible a favor de una comunidad que encuentra amenazada su supervivencia, su cultura y su entorno físico a raíz de la creciente sobrepoblación; (iii) según el artículo quinto (5º) del Decreto 2762 de 1991, sólo los residentes pueden trabajar de forma permanente; (iv) el artículo décimo (10º) del mencionado Decreto señala que los residentes temporales pueden permanecer en el territorio insular por el tiempo que les ha

su situación de residencia ya se encontraba definida pues, a pesar de que no había un pronunciamiento oficial por parte de la OCCRE, (i) cumplía con todos los requisitos para acceder al derecho de residencia; (ii) había iniciado el trámite respectivo aportando los documentos necesarios, y (iii) la OCCRE no se había pronunciado en el plazo señalado por la ley para tal efecto. Ver folio 45 a 52.

¹⁶ En el expediente se encuentra el acta del interrogatorio practicado por el Juez Segundo Promiscuo de Familia del municipio de Soledad, Atlántico, el veintitrés (23) de septiembre de dos mil trece (2013). Ver folio 69 a 71.

¹⁷ Por medio del cual se adoptan medidas para controlar la densidad poblacional en el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

¹⁸ Como anexo al escrito de tutela, el accionante aportó copia del recibo de pago del saldo restante correspondiente a la deuda que debía saldar en virtud de las resoluciones 004840 y 005827 de dos mil doce (2012), efectuado el día veinte (20) de septiembre de dos mil trece (2013) por un valor total de ochocientos treinta y nueve mil pesos (\$839.000). Ver folio 72.

¹⁹ Señor Joseph Barrera Nelly.

sido autorizado únicamente para el desarrollo de la actividad que motivó el otorgamiento de dicha licencia; (v) el artículo tercero (3°) de la Ordenanza 010 dispone que los cónyuges de los residentes permanentes no pueden laborar en el territorio insular hasta que no legalicen por completo su situación; (vi) de acuerdo con el artículo dieciocho (18) del Decreto 2762 de 1991, se encuentran en situación irregular las personas que laboran dentro del archipiélago sin estar autorizadas para ello; (vii) el señor Noriega no legalizó por completo su situación dado que no canceló la totalidad de la deuda a cuyo pago estaba obligado, razón por la cual, se encuentra en situación irregular y no puede trabajar; (viii) el actor tampoco estaba autorizado para trabajar en calidad de agente foráneo, y (ix) por todas las anteriores razones, el accionante debía ser expulsado y sancionado con una multa de quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes.²⁰

3. Decisión del juez de tutela en primera instancia

Mediante sentencia del veinticinco (25) de septiembre de dos mil trece (2013), el Juzgado Segundo Promiscuo de Familia de Soledad, Atlántico, declaró improcedente la acción de tutela por considerar que (i) no existía prueba de la ocurrencia o amenaza de un perjuicio irremediable; (ii) el actor no agotó la vía gubernativa, y (iii) existían, para ese entonces, medios ordinarios de defensa judicial ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Adicionalmente, señaló que (iv) la OCCRE no cometió ninguna irregularidad procedimental que se tradujera en una vía de hecho; (v) el actor se encontraba en una situación irregular y no tenía derecho a laborar pues solamente contaba con una residencia temporal, y (vi) no era clara una violación al derecho a la igualdad pues el tutelante no había explicado suficientemente las similitudes con el caso por él invocado y su relevancia para resolver el tema en cuestión.

4. Escrito de impugnación

Mediante escrito del veinticinco (25) de octubre de dos mil trece (2013), el accionante insistió en la procedencia de la acción de tutela arguyendo que el haber privado a su hijo de tres (3) años de la figura paterna en una importante etapa de su desarrollo físico y emocional constituía una afectación al derecho fundamental a la unidad familiar y, consecuentemente, un perjuicio irremediable a raíz de la corta edad del menor. Así mismo, indicó que, ante la ausencia de una duda razonable sobre su derecho a residir y trabajar en la isla, la OCCRE tenía el deber de acogerse a la interpretación más favorable a su caso en virtud del principio *pro homine*. En esta medida, debía aclarar que tenía un derecho a residir a pesar de que estaba pendiente el pago de una deuda necesaria para la expedición de la tarjeta de residente y, de acuerdo con

²⁰ El escrito de contestación presentado por el Director de la OCCRE, el señor Joseph Barrera Nelly, fue radicado ante el Juzgado Segundo Promiscuo de Familia del municipio de Soledad, Atlántico, el veinticuatro (24) de septiembre de dos mil trece (2013). Ver folio 78 a 89.

lo anterior, su situación estaba definida y podía trabajar sin autorización especial para tal efecto.

5. Decisión del juez de tutela en segunda instancia

Mediante sentencia del doce (12) de noviembre de dos mil trece (2013), la Sala Quinta de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla confirmó la sentencia de primera instancia por considerar que el accionante no había demostrado la ocurrencia o amenaza de un perjuicio irremediable. Adicionalmente, arguyendo que ninguna sanción es perpetua en el ordenamiento jurídico colombiano, el Tribunal afirmó que la separación de la familia Noriega-Llano era temporal pues podían reencontrarse en un futuro, bien sea en San Andrés, Isla, o en Colombia continental. Indicó que, de acuerdo con el Consejo de Estado, el trámite surtido es de carácter sumario y no resulta lesivo del derecho fundamental al debido proceso pues es de carácter policivo. En esta medida, no debe incluir una notificación, una formulación de cargos, tiempo para rendir descargos o periodo probatorio.

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

6.1. Copia del registro civil de matrimonio celebrado entre Rony Jacob Noriega Montero y Ruth Janeth Llano Paniagua²¹.

6.2. Copia del registro civil de nacimiento del menor Santiago Nasar Noriega Llano²².

6.3. Copia de las tarjetas de residente permanente de Ruth Janeth Llano Paniagua²³.

6.4. Copia de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de San Andrés, Isla, en el proceso de tutela iniciado por la señora Llano contra la Gobernación Departamental por la vulneración a su derecho fundamental de petición²⁴.

6.5. Copia de la resolución 004840 proferida por la Gobernación Departamental el diecisiete (17) de septiembre de dos mil doce (2012)²⁵.

6.6. Copia del acuerdo de pago suscrito entre el señor Noriega y la Gobernación Departamental el dos (2) de noviembre de dos mil doce (2012)²⁶.

²¹ Ver folio 9.

²² Ver folio 10.

²³ Ver folio 11,12 y 13.

²⁴ Ver folio 14 a 19.

²⁵ Ver folio 22 a 23.

²⁶ Ver folio 24 y 25.

6.7. Copia del contrato de prestación de servicios profesionales celebrado entre el accionante y la Defensa Civil Colombiana²⁷.

6.8. Copia de la declaración en versión libre que rindió el tutelante en las instalaciones de la OCCRE momentos antes de ser expulsado de la Isla el día dos (2) de septiembre de dos mil trece (2013)²⁸.

6.9. Copia del Auto No. 189 del dos (2) de septiembre de dos mil trece (2013)²⁹.

6.10. Copia de la Resolución 002137 del siete (7) de mayo de dos mil trece (2013) mediante la cual la Gobernación del Departamento resolvió un recurso de apelación interpuesto por el señor Germán Calderón Maldonado³⁰.

6.11. Copia del recibo oficial de pago de la deuda a cuyo pago estaba obligado el señor Noriega en virtud de las resoluciones 004840 y 005827 de dos mil doce (2012).

6.12. Acta del interrogatorio practicado al señor Rony Jacob Noriega Montero por parte del Juez Segundo Promiscuo de Familia del municipio de Soledad, Atlántico, el veintitrés (23) de septiembre de dos mil trece (2013) con ocasión del proceso de tutela objeto de revisión³¹.

6.13. Copia del recibo de pago del saldo restante correspondiente a la deuda que debía saldar el señor Noriega en virtud de las resoluciones 004840 y 005827 de dos mil doce (2012)³².

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

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

2. Presentación del caso y problema jurídico

2.1. El señor Rony Jacob Noriega Montero habitó la Isla de San Andrés por cerca de siete (7) años y, durante ese tiempo, convivió con su esposa, residente

²⁷ Ver folio 27 y 28.

²⁸ Ver folio 29 a 33.

²⁹ Ver folio 34 a 41.

³⁰ Ver folio 45 a 52.

³¹ Ver folio 69 a 71.

³² Ver folio 72.

permanente del archipiélago, y su hijo de tres (3) años de edad, nacido en el territorio insular. A pesar de que el Gobierno local reconoció su derecho a la residencia temporal mediante una resolución proferida el diecisiete (17) de septiembre de dos mil doce (2012), el dos (2) de septiembre de dos mil trece (2013) fue declarado en situación irregular, expulsado de la Isla y sancionado con una multa de quince (15) smlmv por haber laborado sin cancelar una deuda de cuyo pago dependía la expedición de su tarjeta de residente. Desde ese entonces, no ha logrado conseguir otro trabajo ni ha podido reencontrarse con su familia pues carece de los recursos económicos para saldar la multa de cuyo pago depende su regreso al territorio insular en calidad de turista. Teniendo en cuenta lo anterior, a través de la acción de tutela objeto de revisión, el actor solicitó (i) la revocatoria del auto 189 del dos (2) de septiembre de dos mil trece (2013), mediante el cual se le impusieron las mencionadas sanciones; (ii) el reconocimiento de su calidad de residente temporal; (iii) el suministro de los medios para regresar a la Isla, y (iv) una investigación de los hechos ocurridos por parte de la Procuraduría Provincial.

2.2. Según los hechos expuestos, la Sala debe ocuparse de resolver el siguiente problema jurídico: ¿Viola el derecho fundamental al debido proceso, a la unidad familiar y al trabajo el Gobierno Departamental del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina cuando expulsa y multa a un residente irregular conduciéndolo de forma imprevista a una declaración bajo el argumento de que no ha cancelado una deuda de cuyo pago depende la expedición de la tarjeta de residencia y ha trabajado sin estar autorizado para ello, a pesar de que dicha persona adquirió su residencia por motivos de convivencia y, como resultado de la sanción, debe separarse de su hijo menor de edad?

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

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

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

ordinarias para que allí se desarrolle el debate jurídico de fondo sobre los hechos planteados en su demanda³³.

3.2. La evaluación del principio de subsidiariedad ayuda a preservar la naturaleza de la acción de tutela. Esto es, (i) evitar el desplazamiento innecesario de los mecanismos ordinarios de defensa judicial, dado que éstos son los espacios naturales para invocar la protección de la mayoría de los derechos fundamentales³⁴, y (ii) garantizar que opere cuando, en una circunstancia específica, se requiere suplir las deficiencias que presenta el orden jurídico para la protección efectiva de tales derechos a la luz de un caso concreto³⁵.

3.3. La determinación de la eficacia e idoneidad de los recursos ordinarios no debe obedecer a un análisis abstracto y general³⁶. Es competencia del juez constitucional analizar la funcionalidad de tales mecanismos a la luz del caso concreto y de la situación del accionante para determinar si ellos, realmente, permiten asegurar la protección efectiva del derecho cuyo amparo se pretende³⁷. Es decir, si dichos medios de defensa ofrecen la misma protección que el juez constitucional podría otorgar a través del mecanismo excepcional de la tutela y si su puesta en ejecución no generaría una lesión mayor de los derechos del afectado³⁸.

3.4. El perjuicio irremediable, por su parte, es un daño a un bien que se deteriora irreversiblemente hasta el punto en que ya no puede ser recuperado en su integridad³⁹. En este sentido, dado que no todo daño es irreparable⁴⁰, debe (i) ser inminente; (ii) grave; (iii) requerir de medidas urgentes para su supresión, y (iv) demandar la acción de tutela como una medida impostergable⁴¹.

³³ Ver sentencia T-417 de 2010 (M.P. María Victoria Calle Correa).

³⁴ Ver sentencias T-229 de 2006 (M.P. Jaime Córdoba Triviño) y T-225 de 2012 (M.P. Humberto Sierra Porto).

³⁵ Ver sentencias T-262 de 1998 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) y T-229 de 2006 (M.P. Jaime Córdoba Triviño).

³⁶ Ver sentencia T-303 de 2002 (M.P. Jaime Araujo Rentería).

³⁷ Cuando se afirma que el juez de tutela debe tener en cuenta la situación especial del actor, se quiere decir que este debe prestar atención a su edad, a su estado de salud o al de su familia, a sus condiciones económicas y a la posibilidad de que para el momento del fallo definitivo por la vía ordinaria o contenciosa, la decisión del juez ordinario o contencioso sea inoportuna o inocua. A este respecto, ver sentencias T-100 de 1994 (M.P. Carlos Gaviria Díaz), T-228 de 1995 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), T-338 de 1998 (M.P. Fabio Morón Díaz), SU-086 de 1999 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo), T-875 de 2001 (M.P. Álvaro Tafur Galvis), T-999 de 2001 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), T-179 de 2003 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), T-267 de 2007 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla), SU-484 de 2008 (M.P. Jaime Araujo Rentería), T-167 de 2011 (M.P. Juan Carlos Henao Pérez), T-225 de 2012 (M.P. Humberto Sierra Porto) y T-269 de 2013 (M.P. María Victoria Calle Correa).

³⁸ Ver las consideraciones en materia de subsidiariedad hechas en la sentencia T-384 de 1998 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra), que fueron posteriormente reiteradas en la T-1316 de 2001 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra).

³⁹ Ver sentencias T- 225 de 1993 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa), T-789 de 2003 (M. P. Manuel José Cepeda Espinosa) y T-206 de 2013 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio).

⁴⁰ Ver sentencia T-1316 de 2001 (M.P. Rodrigo Uprimny Yepes).

⁴¹ Por inminencia se ha entendido algo que amenaza o que está por suceder prontamente. Un daño cierto y predecible cuya ocurrencia se pronostica objetivamente en el corto plazo a partir de la evidencia fáctica

3.5. Idealmente, el actor debe indicarle al juez constitucional los hechos que sustentan sus pretensiones pues la informalidad de la acción de tutela no lo exonera de probar la vulneración que alega, aunque sea de manera sumaria⁴². Sin embargo, con fundamento en la jurisprudencia constitucional⁴³, las ritualidades procesales deben ser aplicadas con menor rigor cuando se decide una acción de tutela e interpretadas teniendo en cuenta la situación de debilidad en que se encuentre el accionante para acceder a la evidencia o prueba. Esto, a su vez, reafirma la obligación del juez de cumplir con la actividad oficiosa y esclarecer los hechos componentes de la acción⁴⁴.

3.6. Así mismo, el juez de tutela debe ser más flexible cuando el actor es un sujeto de especial protección constitucional o cuando se encuentra en una situación de debilidad manifiesta⁴⁵. En desarrollo del derecho fundamental a

y que justifica la toma de medidas prudentes y oportunas para evitar su realización. No se trata, por el contrario, de una simple expectativa o hipótesis. La urgencia, por su parte, se predica de las medidas precisas que se requieren para evitar la pronta consumación del perjuicio irremediable y la consecuente vulneración del derecho. Por esta razón, la inminencia está directamente ligada a la urgencia. La primera hace relación a la prontitud del evento y la segunda alude a la respuesta celeré y concreta que se requiere. La gravedad se refiere al nivel de intensidad del daño. Esto es, a la importancia del bien jurídico tutelado y al nivel de afectación del mismo. Esta exigencia busca garantizar que la amenaza o violación sea motivo de una actuación extraordinariamente oportuna y diligente. Por último, la impostergabilidad de la acción de tutela ha sido definida como la consecuencia de la urgencia y la gravedad, bajo el entendido de que un amparo tardío a los derechos fundamentales resulta ineficaz e inoportuno. Sobre la diferencia entre los componentes del perjuicio irremediable, pueden verse las sentencias T- 225 de 1993 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa), T-789 de 2003 (M. P. Manuel José Cepeda Espinosa), T-761 de 2010 (M.P. María Victoria Calle Correa), T-424 de 2011 (M.P. Juan Carlos Henao Pérez) y T-206 de 2013 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio).

⁴² Ver sentencias T-761 de 2010 (M.P. María Victoria Calle Correa), T-424 de 2011 (M.P. Juan Carlos Henao Pérez) y T-225 de 2012 (M.P. Humberto Sierra Porto).

⁴³ Ver sentencia T-600 de 2009 (M.P. Juan Carlos Henao Pérez) y T-054 de 2014 (M.P. Alberto Rojas Ríos; S.V. Luis Ernesto Vargas Silva).

⁴⁴ Este Tribunal ha decantado una serie de reglas en materia probatoria que el juez de tutela debe aplicar para salvaguardar a todas las personas respecto de cualquier acción u omisión que vulnere o ponga en peligro sus derechos fundamentales. Entre estas se destacan las siguientes: (i) la carga probatoria en el trámite de la acción de tutela es más exigente para los demandados que para los accionantes, en virtud de la naturaleza especial de esta. Este principio alivia la carga de los accionantes, quienes usualmente son personas que carecen de los medios para probar todos y cada uno de los hechos por ellos relatados; (ii) la función del juez constitucional es privilegiar la protección de los derechos fundamentales que se enuncian como vulnerados. So pretexto de no cumplir con requisitos procesales, no puede olvidar el espíritu garantista que ilumina la acción de tutela; (iii) en el trámite de la acción de tutela, se aplica el principio de la carga dinámica de la prueba según el cual - corresponde probar un hecho determinado a quien se encuentre en mejores condiciones para hacerlo, y (iv) cuando el juez de instancia solicita a los demandados rendir el informe de que trata el artículo 19 del Decreto 2591 de 1991, en virtud de lo dispuesto en el artículo 20 de ese mismo decreto, si éste no es rendido dentro del plazo correspondiente se tendrán por ciertos los hechos y se entrará a resolver de plano, salvo que el juez estime necesaria otra averiguación previa. A este respecto, ver las sentencias T- 596 de 2004 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), T-590 de 2009 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; S.V. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), T-638 de 2011 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; S.V. Mauricio González Cuervo) y T-174 de 2013 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio), entre otras.

⁴⁵ Ver sentencias T-719 de 2003 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), T-456 de 2004 (M.P. Jaime Araujo Rentería), T-015 de 2006 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), T-515A de 2006 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), T-700 de 2006 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), T-1088 de 2007 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), T-953 de 2008 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), T-1042 de 2010 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), T-167 de 2011 (M.P. Juan Carlos Henao Pérez), T-352 de 2011 (M.P. Luis Ernesto

la igualdad, le debe ofrecer un tratamiento diferencial positivo y analizar la procedencia de la acción de tutela desde una óptica igual de rigurosa, pero menos estricta, pues el actor no puede soportar las cargas y los tiempos procesales de los medios ordinarios de defensa judicial de la misma manera que el resto de la sociedad⁴⁶. No obstante, no todos los daños se traducen en un perjuicio irremediable cuando quien los alega es un sujeto de especial protección o una persona en circunstancias de debilidad manifiesta.⁴⁷

3.7. 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.

3.8. Teniendo en cuenta estas consideraciones, la Sala de Revisión procederá a abordar el fondo del asunto en los términos expuestos en el problema jurídico señalado en el acápite segundo (2°).

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

Vargas Silva), T-225 de 2012 (M.P. Humberto Sierra Porto), T-206 de 2013 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio) y T-269 de 2013 (M.P. María Victoria Calle Correa).

⁴⁶ Ver sentencias T-1316 de 2001 (M.P. Rodrigo Uprimny Yepes), T-719 de 2003 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), T-456 de 2004 (M.P. Jaime Araujo Rentería), T-015 de 2006 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), T-515A de 2006 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), T-700 de 2006 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), T-972 de 2006 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), T-1088 de 2007 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), T-953 de 2008 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), T-167 de 2011 (M.P. Juan Carlos Henao Pérez), T-352 de 2011 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva), T-202 de 2012 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio) y T-206 de 2013 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio).

⁴⁷ Ver sentencia T-1316 de 2001 (M.P. Rodrigo Uprimny Yepes) y T-529 de 2007 (M.P. Álvaro Tafur Galvis).

4.1. Con el fin de proteger la identidad cultural de las comunidades nativas y preservar el medio ambiente y los recursos naturales del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, la Constitución Política permitió limitar el ejercicio de los derechos de circulación y residencia, establecer controles a la densidad de su población, regular el uso de su suelo y someter a condiciones especiales la enajenación de los bienes inmuebles ubicados en dicho territorio⁴⁸. En desarrollo de esta norma, y haciendo uso de las facultades que le otorgó el artículo transitorio 42 superior, el Presidente de la República expidió el Decreto 2762 de 1991⁴⁹ con el objetivo de controlar la densidad poblacional en las Islas⁵⁰.

4.2. Mediante la sentencia C-530 de 1993⁵¹, la Corte Constitucional consideró que las limitaciones que impuso este Decreto para ingresar, circular, residir, trabajar, elegir y ser elegido obedecían a una finalidad constitucional y eran necesarias, adecuadas y proporcionales dado que, para mil novecientos noventa y uno (1991), el archipiélago había sufrido un acelerado y perjudicial incremento poblacional. Para ese entonces, San Andrés era la Isla del Caribe con mayor cantidad de personas por kilómetro cuadrado (57.023 habitantes en 27 km²). Debido a esto, estaba en riesgo su frágil ecosistema, le era imposible al gobierno local conseguir los recursos necesarios para satisfacer las necesidades de toda la población, la supervivencia de sus habitantes no estaba plenamente garantizada y la preservación de las diferencias y la identidad cultural de los raizales era cada vez más difícil⁵².

⁴⁸ El artículo 310 de la Constitución Política señala lo siguiente: “El Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina se regirá, además de las normas previstas en la Constitución y las leyes para los otros departamentos, por las normas especiales que en materia administrativa, de inmigración, fiscal, de comercio exterior, de cambios, financiera y de fomento económico establezca el legislador. Mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de cada cámara se podrá limitar el ejercicio de los derechos de circulación y residencia, establecer controles a la densidad de la población, regular el uso del suelo y someter a condiciones especiales la enajenación de bienes inmuebles con el fin de proteger la identidad cultural de las comunidades nativas y preservar el ambiente y los recursos naturales del Archipiélago. Mediante la creación de los municipios a que hubiere lugar, la Asamblea Departamental garantizará la expresión institucional de las comunidades raizales de San Andrés. El municipio de Providencia tendrá en las rentas departamentales una participación no inferior del 20% del valor total de dichas rentas”.

⁴⁹ Por medio del cual se adoptan medidas para controlar la densidad poblacional en el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

⁵⁰ El artículo 42 transitorio de la Constitución Política señala lo siguiente: “Mientras el Congreso expide las leyes de que trata el artículo 310 de la Constitución, el Gobierno adoptará por decreto, las reglamentaciones necesarias para controlar la densidad de población del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, en procura de los fines expresados en el mismo artículo”.

⁵¹ M.P. Alejandro Martínez Caballero.

⁵² A este respecto, la Corte señaló lo siguiente: “Para la Corte Constitucional, de las pruebas reseñadas se concluye que de continuarse el incremento poblacional que viene presentándose en el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, antes del siglo XXI se verá comprometida de manera letal e irreversible la supervivencia de la especie humana. En efecto, antes del fin de la centuria, por simple proyección de las cifras actuales sobre incremento poblacional, San Andrés tendría más de 100.000 habitantes, asentados en sólo 27 de los 70 Km² que tiene el Archipiélago en su conjunto, lo cual haría inviable la supervivencia del hombre. Es más, si, por vía de hipótesis, la población actual no aumentase -lo que los economistas llaman *ceteris paribus*-, la vida también se vería amenazada, como quiera que los altos índices de consumo de los escasos recursos naturales terminarían necesaria y fatalmente por acabar con éstos. En efecto, según se vio, los servicios públicos básicos o indispensables

4.3. Estos riesgos y la consecuente constitucionalidad y necesidad de las limitaciones previstas en el Decreto 2762 de 1991, se encuentran hoy vigentes⁵³. Según el Censo Nacional de dos mil cinco (2005) y los indicadores demográficos de población del Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE), la población del archipiélago era de cincuenta y nueve mil quinientas setenta y tres (59.573) personas en el dos mil cinco (2005) y, para el dos mil quince (2015), se espera que ascienda a setenta y seis mil cuatrocientos cuarenta y dos (76.442) personas. Situación que pone de presente cómo la sobrepoblación y sus problemas asociados siguen existiendo a pesar de los esfuerzos que ha emprendido el Gobierno Nacional y el Gobierno Local para reducirla.

4.4. De esta manera, lo que aquí se debate no es una mera restricción al derecho a la libre circulación y residencia. La tensión jurídica suscitada a la luz de este tipo de casos tiene que ver con la sobrevivencia del archipiélago. Teniendo en cuenta el interés particular de los residentes irregulares y temporales, por un lado, y el interés colectivo y nacional, por el otro, la discusión debe responder a la pregunta de cómo garantizar la frágil sobrevivencia cultural, ambiental y social de las Islas (que ha estado y que sigue en riesgo), sin restringir radicalmente los derechos de aquellos colombianos y extranjeros que cumplen con las condiciones para ser residentes.

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

⁵³ Ver sentencias T-650 de 2002 (M.P. Jaime Araujo Rentería), T-1117 de 2002 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), T-725 de 2004 (M.P. Rodrigo Escobar Gil) y T-701 de 2013 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla).

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

4.6. De esta manera, el Decreto establece dos (2) tipos de residencia: la permanente y la temporal. Consecuentemente, describe las situaciones en las que una persona puede acceder a la primera o a la segunda⁵⁴. Al comparar dicho listado, se observa que las personas que han contraído matrimonio o que tienen unión permanente con un residente y han fijado su domicilio en el archipiélago por tres (3) años continuos posteriores a la expedición del mencionado Decreto, pueden acceder a ambos tipos de residencia. De esta manera, se infiere que el gobierno local tiene la potestad para decidir sobre el particular de acuerdo con la solicitud del ciudadano.

4.7. Según la jurisprudencia constitucional relacionada⁵⁵, existen dos (2) formas para acceder a la residencia: (i) mediante el *reconocimiento* del derecho, y (ii) mediante su *adquisición*. En la primera situación se encuentran las personas que cumplen cualquiera de las condiciones establecidas en el artículo segundo (2º) del Decreto 2762 de 1991⁵⁶. En la segunda, se

⁵⁴ En síntesis, pueden acceder a la residencia permanente las personas que (i) nacieron en las islas, siempre que alguno de sus padres tenga allí su domicilio; (ii) tengan padres nativos del archipiélago; (iii) hayan vivido en las islas por más de tres (3) años continuos e inmediatamente anteriores a la expedición del Decreto; (iv) hayan contraído matrimonio o vivan en unión singular, permanente y continua con un residente y hayan fijado allí su domicilio por más de tres (3) años anteriores a la expedición del mencionado Decreto; (v) hayan contraído matrimonio o tengan unión permanente con un residente, siempre y cuando hayan fijado su domicilio en el archipiélago por tres (3) años continuos posteriores a la expedición del Decreto, y (vi) hayan permanecido en el Departamento en calidad de residentes temporales por un término no inferior a tres (3) años, hayan observado buena conducta, demuestren solvencia económica y, a juicio de la Junta Directiva de la OCCRE, resulte conveniente su establecimiento definitivo en el archipiélago. Al derecho a la residencia temporal, por el contrario, pueden acceder las personas que (i) necesiten vivir en el Departamento para la práctica de actividades académicas, científicas, profesionales, de gestión pública o culturales; (ii) necesiten habitar en el archipiélago para desarrollar actividades laborales, y (iii) hayan contraído matrimonio o tengan unión permanente con un residente, siempre y cuando hayan fijado su domicilio en el territorio insular por tres (3) años continuos posteriores a la expedición del Decreto. Ver artículos 2, 3 y 7 del Decreto 2762 de 1991.

⁵⁵ Ver sentencia T-725 de 2004 (M.P. Rodrigo Escobar Gil; S.V. Rodrigo Uprimny Yepes).

⁵⁶ El artículo 2º del Decreto 2762 de 1991, por medio del cual se adoptan las medidas para controlar la densidad de la población en el departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, establece lo siguiente: “Tendrá derecho a fijar su residencia en el Departamento Archipiélago quien se

encuentran quienes cumplen las condiciones establecidas en el artículo tercero (3º)⁵⁷. Dentro de éstas últimas, se incluye el ya referido vínculo afectivo perfeccionado mediante matrimonio o unión permanente y acompañado de un domicilio en el territorio insular por no menos de tres (3) años posteriores a la expedición del Decreto. Por consiguiente, las personas que se encuentren en esta situación pueden acceder a la residencia permanente o temporal únicamente a través de la *adquisición*.

4.8. El *reconocimiento* y la *adquisición* se diferencian en que el primero presupone la existencia de un derecho adquirido con anterioridad al trámite efectuado ante la OCCRE, mientras que el segundo hace alusión a una mera expectativa⁵⁸. Razón por la cual, el *reconocimiento* del derecho debe ser automático y sólo puede ser negado a partir de las razones de exclusión previstas en el mismo Decreto⁵⁹. La *adquisición*, por el contrario, es una expectativa en torno a la cual existe un margen de apreciación por parte de las autoridades locales, toda vez que la Junta Directiva de la OCCRE goza de facultades discrecionales a la hora de evaluar la respectiva solicitud. De esta manera, si se pretende una residencia permanente por razones de convivencia, la autoridad descrita debe comprobar la existencia del matrimonio o unión permanente entre el interesado y su compañera⁶⁰. Si se pretende una residencia temporal, la OCCRE debe, por el contrario, evaluar (i) las condiciones

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; 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 [...].”

⁵⁷ El artículo 3º del Decreto 2762 de 1991, por medio del cual se adoptan las medidas para controlar la densidad de la población en el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, establece lo siguiente: “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 [...].”

⁵⁸ Ver Sentencia T-725 de 2004 (M.P. Rodrigo Escobar Gil; S.V. Rodrigo Uprimny Yepes).

⁵⁹ Según el artículo 6º del Decreto 2762 de 1991, perderá la calidad de residente quien se encuentre en una de las siguientes situaciones: “a) Haber fijado domicilio fuera del territorio del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, por un período continuo superior a 3 años; b) Haber violado las medidas de control de circulación y residencia contempladas en el presente Decreto; c) Haber violado las disposiciones sobre la conservación de los recursos naturales y ambientales del Departamento Archipiélago de San Andrés y Providencia”.

⁶⁰ Según el literal a) del artículo 3 del Decreto 2762 de 1991, por medio del cual se adoptan las medidas para controlar la densidad de la población en el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, “al momento de solicitar la residencia permanente se deberá acreditar la convivencia de la pareja”.

personales del solicitante; (ii) si posee una vivienda adecuada; (iii) si tiene capacidad económica para su sostenimiento; (iv) la densidad poblacional del archipiélago, y (v) la suficiencia de los servicios públicos⁶¹. No obstante, tal como lo ha señalado la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, estas facultades discrecionales para evaluar la situación del solicitante y del territorio insular deben ser ejercidas de manera razonable con el fin de evitar la arbitrariedad⁶². Esto es:

“mantener un justo equilibrio entre la finalidad del decreto, de una parte, que es el control de la población para proteger los diferentes derechos e intereses colectivos allí tutelados, y de otra los derechos fundamentales de las personas, uno de ellos el de formar una familia, el cual está consagrado en la Constitución Política y desarrollado por la ley civil”⁶³.

4.9. Ahora bien, no es clara la diferencia que existe entre los derechos de la persona que reside de manera permanente, y los de aquella que lo hace de manera temporal. Más allá de la obvia diferencia relacionada con el tiempo en el que cada una puede ejercer sus derechos en el territorio insular, el artículo quinto (5°) del Decreto 2762 de 1991 no hace ninguna distinción cuando señala que los residentes del Departamento pueden (i) trabajar de 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.

4.10. Dado que el artículo décimo (10°) del citado Decreto establece que los residentes temporales sólo pueden permanecer en las islas “*durante el tiempo que se les ha autorizado para el desarrollo de la actividad que motivó el otorgamiento de este derecho*” y que, según el artículo decimoprimer (11°), el residente temporal perderá tal calidad si realiza “*actividad diferente a la que motivó el otorgamiento de tal derecho*”, en esta materia existe una laguna jurídica que da cabida, en principio, a dos (2) interpretaciones opuestas. Por un lado, que un residente temporal únicamente tiene derecho a trabajar si

⁶¹ El inciso segundo (2°) del artículo séptimo (7°) del Decreto 2762 de 1991, por medio del cual se adoptan las medidas para controlar la densidad de la población en el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, señala que “el interesado en obtener la residencia temporal, deberá demostrar que tiene vivienda adecuada y capacidad económica para su sostenimiento en el Archipiélago”. Por otro lado, el inciso segundo (2°) del artículo octavo (8°) del mencionado Decreto, establece que “para la expedición de la tarjeta (de residencia temporal), se tendrá en cuenta el cumplimiento de los requisitos de este Decreto, la densidad poblacional en el Archipiélago, la suficiencia de sus servicios públicos y las condiciones personales del solicitante” (paréntesis fuera del texto).

⁶² Así fue señalado por la Corte Constitucional en las Sentencias C-530 de 1991 (M.P. Alejandro Martínez Caballero) y T-725 de 2004 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), y por el Consejo de Estado en la sentencia del quince (15) de diciembre de dos mil cinco (2005) de la Sala de Consulta y Servicio Civil, con radicado interno No. 11001-03-06-000-2005-01701-00.

⁶³ Sentencia del quince (15) de diciembre de dos mil cinco (2005) de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, con radicado interno No. 11001-03-06-000-2005-01701-00.

adquirió su residencia con tal propósito. Por el otro, que todo residente temporal está tácitamente autorizado a trabajar independientemente de los motivos que lo llevaron a solicitar la residencia. De acuerdo con la primera interpretación, el residente permanente es el único con plena libertad para actuar. De acuerdo con la segunda, el gobierno local sólo puede ejercer control en materia laboral sobre los foráneos que explícitamente viajan a las islas con el propósito de trabajar, pues todos los demás (aquellos que llegan por motivos estudiantiles o de convivencia, por ejemplo), se encuentran automáticamente autorizados para tal efecto.

4.11. La primera lectura, en principio, resulta constitucionalmente admisible puesto que, de acuerdo con el derecho fundamental a la igualdad, sugiere un trato diferente a personas que se encuentran en situaciones distintas. Esto es, no permitirle trabajar a quien solamente cumple con los requisitos para estudiar y viceversa. En este sentido, una persona que no es oriunda del departamento no debe ocupar, por ejemplo, un puesto de trabajo para el cual un nativo se encuentra disponible e igualmente capacitado. De acuerdo con esta interpretación, la OCCRE debe procurar por que los cupos en las instituciones educativas y las plazas laborales sean ocupados por los residentes permanentes y los residentes temporales explícitamente autorizados para ello con el ánimo de mitigar los problemas asociados a la sobrepoblación que aqueja a la isla. La entidad debe decidir, de esta manera, qué foráneos pueden trabajar y cuáles pueden estudiar para evitar el desbordamiento de la capacidad del mercado laboral y del sistema educativo con el ánimo de garantizar el interés de la comunidad raizal y el interés general. No de otra forma podría estar al tanto de quienes hacen lo uno y lo otro y, consecuentemente, abogar por la preservación, la distribución o la creación de los respectivos cupos.

4.12. La segunda interpretación, por su parte, resulta inadmisibles en cuanto sugiere un mismo trato para sujetos que se encuentran en condiciones distintas. Las estrictas limitaciones que operan en el archipiélago en materia de circulación y residencia buscan, entre otros, privilegiar el acceso laboral y educativo de los nativos como resultado de los límites que tiene la oferta y la consecuente necesidad de garantizar la participación preferente de una población que ostenta una más fuerte y más larga conexión con el territorio.

4.13. No obstante lo anterior, la primera interpretación no resuelve satisfactoriamente la mencionada laguna jurídica pues resulta problemática en el caso de las personas que adquieren la residencia temporal por motivos de convivencia. Es extraño que éstos sólo puedan “convivir” con sus parejas y no estén autorizados para trabajar o estudiar, dado que esto dificultaría el sostenimiento equitativo del hogar y el pleno desarrollo de su personalidad.

4.14. Debido a esto, la Sala debe recurrir a un “ascenso justificativo”. Esto es, hacer una revisión de las normas de superior jerarquía y los principios generales del Derecho para darle solución a un problema que no puede ser resuelto en el plano estrictamente legal ante la inexistencia de un precedente o

de una regla jurídica clara⁶⁴. Por lo tanto, a la luz del caso concreto, resulta pertinente traer a colación el principio de equidad, de proporcionalidad, *a fortiori* y “el que puede lo más, puede lo menos”.

4.15. La equidad es una herramienta destinada a integrar al fallo consideraciones de justicia, evaluar elementos fácticos del caso concreto no previstos en los supuestos de hecho de las reglas legislativas y ponderar las consecuencias y cargas de la decisión. Si bien la formulación de este principio en el artículo 230 superior se limita a señalar que es una fuente auxiliar del

⁶⁴ Esta interpretación del ordenamiento jurídico colombiano fue sustentada en los aportes hechos por el jurista norteamericano Ronald Dworkin. Al ocuparse de un caso donde no era claro si una persona de bajos recursos y de la tercera edad podía acceder a la pensión de sobreviviente de su hija dado que su fallecimiento había ocurrido antes de la Ley 100 de 1993 (regulación donde no se le permitía a los ascendientes acceder a este tipo de pensión), la Corte realizó un ascenso justificativo y decidió amparar los derechos de la accionante después de haber recurrido al principio de equidad, de igualdad, de solidaridad, de proporcionalidad y *a fortiori*. En relación con el ascenso justificativo, señaló lo siguiente: “Una característica del estado constitucional de derecho consiste en que, en virtud del carácter normativo de la Constitución Política y el “efecto irradiación” de los derechos fundamentales, los operadores jurídicos deben tomar en cuenta la incidencia de sus decisiones de interpretación y aplicación legal en la eficacia de los derechos constitucionales. (...) No existe sin embargo, un estándar plenamente definido que permita al operador jurídico determinar cuándo un caso puede resolverse con absoluta observación de la ley y cuándo su interpretación está plenamente condicionada por los principios de superior jerarquía. Los elementos del caso concreto son los que determinan su relevancia constitucional. Por ello, el filósofo del derecho Ronald Dworkin ha sostenido que existen casos de “prioridad local” y casos que requieren un “ascenso justificativo”. Los primeros, para el autor, son aquellos cuya respuesta está dada por un precedente claro (o, para el caso, por una regla legal); los segundos son los que exigen del operador jurídico abandonar el espacio de regulación “local” de la regla y tomar en consideración normas de superior jerarquía o principios generales del derecho, correspondiéndole al juzgador identificar frente a cuál de las dos hipótesis se enfrenta al momento de la aplicación del derecho. (...) Sintetizando, en el caso objeto de estudio existen razones para la acción, de carácter constitucional, que obligan al juez a iniciar un ascenso justificativo para dar respuesta al problema jurídico que se plantea, trascendiendo el plano legal para incorporar todos los aspectos constitucionales relevantes al análisis. (...) Así las cosas, debe la Sala emprender ese ascenso justificativo el cual parte de identificar las razones por las cuales este problema debe ser resuelto a nivel constitucional para, posteriormente, analizar cada uno de los aspectos relevantes y así encontrar una respuesta al caso que haga no sólo de la ley sino del pronunciamiento que se adopte una regla jurídica válida en tanto conforme con la Constitución Política, independientemente de si la respuesta al problema jurídico es favorable o desfavorable a los intereses de las partes en el caso concreto (...) El ascenso justificativo no opera sin embargo unilateralmente, sino que en este trámite plantea una tensión constitucional pues, frente a los elementos recién señalados, que son aquellos que la peticionaria solicitó al ISS fueran tomados en cuenta, se presentan los que defienden la adopción de la decisión de la entidad accionada que, para una argumentación transparente, deben ser concebidos en toda su magnitud constitucional: (i) la importancia del respeto de la ley como manifestación del principio democrático en la configuración de los regímenes pensionales; (ii) la irretroactividad de la ley como manifestación del debido proceso y condición de estabilidad y seguridad jurídica; (iii) la imposibilidad de que el juez configure un sistema pensional o defina sin un marco legal y reglamentario las condiciones de acceso a las pensiones de vejez, por la incidencia negativa que ello supone para la sostenibilidad financiera del sistema pensional. (...) En segundo término, es un aspecto conocido de la interpretación jurídica que la ley no plantea respuestas para todos los casos que llegan ante los jueces. Dentro de las diversas razones para que ello ocurra, se encuentran (i) la existencia de contradicciones reales o aparentes entre normas legales; (ii) la ausencia de regulación o lagunas; (iii) la existencia de una regulación que en términos abstractos no presenta inconvenientes constitucionales pero que puede afectar la vigencia de los principios superiores al ser aplicada a casos concretos; y (iv) la indeterminación semántica y de propósitos de las disposiciones legales. Ese conjunto de potenciales inconvenientes que enfrenta el juez al momento de interpretar y aplicar la ley, suele manejarse a partir de los diversos criterios o cánones de interpretación; las reglas de solución de antinomias; y la ponderación de principios”. Ver sentencia T-515 de 2012 (M.P. María Victoria Calle Correa).

derecho, la Corte ha adquirido una comprensión notablemente más amplia, llegando a identificar la equidad como material jurídico indispensable en el funcionamiento de la jurisdicción constitucional. Así lo expresó esta Corporación en la sentencia C-1547 de 2000⁶⁵, reiterada en la SU-837 de 2002⁶⁶ y en la T-515 de 2012⁶⁷:

“En primer lugar, la equidad le permite al operador jurídico evaluar la razonabilidad de las categorías generales de hechos formuladas por el legislador, a partir de las situaciones particulares y concretas de cada caso. En este sentido, la equidad se introduce como un elemento que hace posible cuestionar e ir más allá de la igualdad de hecho que el legislador presupone. La equidad permite al operador jurídico reconocer un conjunto más amplio de circunstancias en un caso determinado. Dentro de dichas circunstancias, el operador escoge no sólo aquellos hechos establecidos explícitamente en la ley como premisas, sino que, además, puede incorporar algunos que, en ciertos casos “límites”, resulten pertinentes y ponderables, y permitan racionalizar la igualdad que la ley presupone. En segundo lugar, la equidad actúa como un elemento de ponderación, que hace posible que el operador jurídico atribuya y distribuya las cargas impuestas por la norma general, proporcionalmente, de acuerdo con aquellos elementos relevantes, que la ley no considera explícitamente. (...) la equidad –al hacer parte de ese momento de aplicación de la ley al caso concreto- permite una graduación atemperada en la distribución de cargas y beneficios a las partes. En este sentido, el operador, al decidir, tiene en cuenta no las prescripciones legales, sino los efectos concretos de su decisión entre las partes.”
(subrayado original del texto).

4.16. En cuanto al principio de razonabilidad, la Corte ha señalado que la autonomía que la Carta *“reconoce a la interpretación legal o judicial tiene como límite la arbitrariedad y la irrazonabilidad de sus respectivos resultados”*⁶⁸. En este sentido, *“cuando el efecto de la interpretación literal de una norma conduce al absurdo o a efectos contrarios a la finalidad buscada por la propia disposición, es obvio que la norma, a pesar de su aparente claridad, no es clara, porque las decisiones de los jueces deben ser razonadas y razonables. El intérprete tiene entonces que buscar el sentido razonable de la disposición dentro del contexto global del ordenamiento*

⁶⁵ M.P. (e) Cristina Pardo Schlesinger.

⁶⁶ M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; A.V. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁶⁷ M.P. María Victoria Calle Correa.

⁶⁸ Ver sentencia C-301/93 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; S.V. Fabio Morón Díaz, Hernando Herrera Vergara y Vladimiro Naranjo Mesa; S.V. Jorge Arango Mejía, Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero).

*jurídico-constitucional conforme a una interpretación sistemática-finalista*⁶⁹. De esta manera, la “razonabilidad” ha sido definida como aquello que “*hace relación a que un juicio, raciocinio o idea esté conforme con la prudencia, la justicia o la equidad que rigen para el caso concreto. Es decir, cuando se justifica una acción o expresión de una idea, juicio o raciocinio por su conveniencia o necesidad*”⁷⁰. En otras palabras, se trata de garantizar que, en cada caso, la interpretación de las disposiciones jurídicas se lleve a cabo acudiendo a un criterio finalista, que tome en cuenta las metas y objetivos establecidos en la Carta, de acuerdo con los criterios “pro-libertatis” y “pro-homine”, derivados de la filosofía humanista que inspira el constitucionalismo colombiano⁷¹.

4.17. El principio hermenéutico *a fortiori*, por su parte, es una derivación de la analogía, pues plantea que, a la luz de la *ratio* de la ley o la intención del Legislador (esto es, los propósitos explícitos en la ley, o asumidos mediante una interpretación genética de su creación), si un supuesto es regulado de una manera, con mayor razón debe ser tratado igual aquel en el que la relación con los propósitos o con la *ratio* de la norma sea más intensa.

4.18. El principio general del Derecho “el que puede lo más, puede lo menos”, por último, ha sido utilizado para esclarecer lo que le está permitido a una persona natural o jurídica que se encuentra explícitamente autorizada para realizar una actividad que, por su parte, demanda un mayor grado de libertad que aquella que se encuentra en discusión⁷².

4.19. Teniendo en cuenta lo anterior, en el caso bajo estudio se presenta una situación que no fue expresamente regulada por el legislador (el derecho a

⁶⁹ Ver sentencia C-011/94 (M.P. Alejandro Martínez Caballero; S.V. Carlos Gaviria Díaz, Eduardo Cifuentes Muñoz y Alejandro Martínez Caballero).

⁷⁰ Ver sentencia C-530/93 (M.P. Alejandro Martínez Caballero).

⁷¹ Ver sentencia C-1026 de 2001 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett; A.V. Jaime Araujo Rentería).

⁷² En la sentencia T-121 de 1993 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa) esta Corporación conoció del caso de un recluso que solicitaba la reducción de su pena por haber trabajado al interior de la cárcel de acuerdo con las horas realmente laboradas, y no según las que le había certificado la autoridad del centro de reclusión. Al establecer quién era el funcionario competente para reducir la pena de las personas privadas de la libertad, la Corte señaló que “*aplicando el principio universal del derecho de quien puede lo más, puede lo menos, solamente este funcionario* (el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad), *encargado de administrar justicia, podrá decidir si en casos específicos es posible decretar la reducción de la pena*”⁷² (paréntesis fuera del texto). Así mismo, en la sentencia C-918 de 2002 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett; A.V. Alfredo Beltrán Sierra; A.V. Jaime Araujo Rentería) la Corte conoció de una demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 715 de 2001, por medio de la cual se dictaron normas orgánicas en materia de recursos y competencias y se dictaron otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros. Al estudiar la diferencia entre el grado de autonomía que tienen las instituciones de educación superior, frente a aquella que tienen las de educación básica y media, determinó que según el “*principio general de derecho que quien puede lo más puede lo menos, y este punto es cardinal, se cumple de forma clara en cuanto a la autonomía. Pues resulta evidente que aquello que no le está permitido a la institución a la cual se le reconoce más independencia, a saber la universidad, mal podría otorgársele a aquella que por sus fines y contenidos se encuentra sometida a una más estricta vigilancia y control por parte del Estado, a saber las escuelas y colegios*”. Ver también la sentencia C-312 de 2002 (M.P. Rodrigo Escobar Gil) y T-061 de 2009 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra).

trabajar del residente temporal que adquirió la residencia por motivos de convivencia), y que (i) de ser interpretada de manera restrictiva (todo residente temporal requiere autorización expresa para trabajar), lesionaría los intereses de la familia en cuanto ésta vería amenazada su sana conformación y sobrevivencia si algunos de sus miembros no tienen la misma oportunidad para realizarse como personas y aportarle al hogar con su conocimiento o trabajo, y (ii) que de ser interpretada de manera flexible (todo residente temporal está autorizado tácitamente a trabajar), haría nugatorio el trato preferencial que merecen los residentes permanentes por expreso mandato constitucional.

4.20. Por consiguiente, yendo más allá de la igualdad o desigualdad atribuible al artículo quinto (5º) del Decreto 2762 de 1991, resultan simultáneamente contrarias a la equidad las consecuencias de las dos (2) interpretaciones señaladas. Razón por la cual, el juez de tutela debe buscar una solución distinta tratando de encontrar el sentido razonable de la disposición conforme al propósito ulterior de las limitaciones en materia de circulación y residencia, a saber, garantizar la supervivencia social, cultural y medioambiental del archipiélago sin restringir en exceso intereses igualmente superiores, como la familia de quienes han adquirido la residencia por motivos de convivencia.

4.21. Esta interpretación intermedia, equitativa y razonable debe ser aquella según la cual quien adquiera la residencia por este motivo, debe estar autorizado tácita y automáticamente a realizar las otras actividades sin necesidad de agotar otro procedimiento. Esta lectura obedece, en primer lugar, a la aplicación del principio *a fortiori* en el entendido de que, si el Decreto 2762 de 1991 permite la conformación y el establecimiento de familias conformadas por nativos y personas nacidas por fuera del territorio insular, debe procurar, con mayor razón, por su sana conformación y bienestar. Es decir, por permitir el pleno desarrollo de todos sus miembros dándoles la oportunidad de adquirir un mejor nivel educativo, ejercer un oficio o profesión, ser comerciantes y/o ejercer sus derechos políticos. En segundo lugar, la interpretación propuesta responde al principio “el que puede lo más, puede lo menos”, ya que la convivencia es una categoría más amplia, complementaria y omnicomprendensiva que las demás, que son propósitos específicos, restringidos y generalmente excluyentes. En este sentido, resulta apenas lógico que quien está autorizado a “vivir” junto a alguien y formar una familia, está también autorizado a trabajar, a estudiar, a votar o a ser comerciante por ser estas actividades que demandan un menor grado de libertad.

4.22. En resumen, la Corte considera que el Gobierno Departamental del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina viola el derecho fundamental al trabajo de un residente temporal que ha adquirido su residencia por motivos de convivencia cuando le impide laborar en el territorio insular bajo el argumento de que no ha sido expresamente autorizado para tal efecto

pues, según la interpretación constitucional del Decreto 2762 de 1991, aquella persona a la que se le otorga este tipo de residencia por estar casado o tener una unión permanente con un residente permanente, se le autoriza tácita y automáticamente a trabajar ya que la convivencia es una facultad más amplia, omnicomprendensiva y no excluyente.

4.23. Ahora bien, teniendo claro el propósito del Decreto 2762 de 1991 y la diferencia entre la residencia temporal y permanente y los derechos que de ellas se derivan, la Sala se ocupará de aquellos casos en los que la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre el régimen de control de densidad poblacional en el archipiélago. En sede de tutela, este Tribunal se ha referido al tema en cinco (5) ocasiones estableciendo una clara línea jurisprudencial con el ánimo de garantizar la protección especial de este territorio por encima de los intereses particulares de algunos ciudadanos. En la sentencia T-650 de 2002⁷³, se ocupó del caso de una persona que, por no tener una vivienda en condiciones óptimas, le fue negada su residencia permanente y, consecuentemente, se le ordenó abandonar la Isla a pesar de (i) haber residido en ella cinco (5) años antes de la entrada en vigencia del Decreto 2762 de 1991; (ii) tener por compañera permanente una persona oriunda de San Andrés, y (iii) ser padre de una menor nacida allí. Antes de interponer la acción de tutela, el accionante presentó recurso de apelación contra la resolución que dispuso su expulsión. Sin embargo, no habiendo recibido la respectiva respuesta del gobierno local por más de cuatro (4) meses, el actor solicitó la protección constitucional. Teniendo en cuenta lo anterior, y sin entrar a definir si el accionante merecía la residencia, la Corte concedió el amparo a su derecho fundamental al debido proceso y a la petición ordenándole al gobierno local a resolver el recurso descrito durante los dos (2) días hábiles siguientes.

4.24. Poco tiempo después, mediante la sentencia T-1117 de 2002⁷⁴, la Corte conoció del caso de nueve (9) funcionarios de la Contraloría General de la República que, tras haber sido elegidos por concurso público de méritos para ocupar unas plazas en la Gerencia Departamental de dicha entidad, no pudieron acceder a la tarjeta de residencia temporal por no acreditar las condiciones establecidas en el Decreto 2762 de 1991. En dicha oportunidad, este Tribunal observó que la OCCRE no había brindado el mismo tratamiento a otros funcionarios públicos del nivel nacional, en donde aplicando la sentencia C-530 de 1993⁷⁵, les había otorgado el derecho de residencia temporal sin solicitar la acreditación de ningún requisito adicional a la solicitud respectiva⁷⁶. Razón por la cual, no habiendo justificación para

⁷³ M.P. Jaime Araujo Rentería.

⁷⁴ M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁷⁵ M.P. Alejandro Martínez Caballero.

⁷⁶En la sentencia C-530 de 1993 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), la Corte Constitucional señaló que los “servidores públicos del nivel nacional son ciertamente objeto de la tarjeta de residente temporal, pero con fines de registro mas no de control, de suerte que no les son aplicables las normas relativas a el cumplimiento de los requisitos señalados en el inciso segundo del artículo 8°, ni el tiempo de duración

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

4.25. A los dos (2) años siguientes, la Corte profirió la sentencia T-725 de 2004⁷⁷. Allí se ocupó del caso de un homosexual residente permanente que, después de llevar más de tres (3) años viviendo en unión marital de hecho con otro hombre, solicitó la extensión del derecho de residencia a su compañero. La OCCRE y el Gobierno Departamental negaron su petición al considerar que, de acuerdo con el tenor literal de la Ley 54 de 1990, la unión marital de hecho sólo podía estar conformada por un hombre y una mujer. Razón por la cual, ordenaron la expulsión de dicha persona. La Corte Constitucional se sumó a esta argumentación señalando que la solicitud era improcedente en cuanto la familia que la Constitución protegía era, en ese entonces, heterosexual y monogámica⁷⁸. No obstante, teniendo en cuenta que el interesado satisfacía las condiciones necesarias para solicitar la residencia permanente independientemente de tener o no una unión marital con un residente, ordenó revocar la decisión de la OCCRE permitiéndole a la persona interponer una nueva solicitud.

4.26. En la sentencia T-701 de 2013⁷⁹, la Corte resolvió el caso de un trabajador que, después de haber vivido por más de tres (3) años en el territorio insular con tarjeta de residente temporal, no pudo acceder a la residencia permanente pues, a juicio de la OCCRE, ya se le había renovado su licencia en tres (3) ocasiones. Adicionalmente, el accionante manifestó que su estadía en la Isla era requerida por su empleador en la medida en que no existía alguien más que pudiera realizar su labor. En sede de revisión, la Corte fue informada de que el actor había sido efectivamente expulsado de la Isla y que la empresa respectiva había contratado a una persona nacida en el territorio insular debidamente capacitada para ocupar su cargo, razón por la cual, consideró que la decisión de la autoridad local fue acertada en cuanto buscó controlar la densidad poblacional del Departamento en los términos del artículo 310 superior.

4.27. Finalmente, en la Sentencia T-214 de 2014⁸⁰, esta Sala de Revisión conoció del caso de una persona que estaba adelantando el trámite pertinente para obtener la tarjeta de residencia por motivos de convivencia pero que, al no haber aportado todos los documentos requeridos de manera oportuna, fue

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).

⁷⁷M.P. Rodrigo Escobar Gil; S.V. Rodrigo Uprimny Yepes.

⁷⁸Esta interpretación constitucional ha cambiado radicalmente durante los últimos años, siendo hoy admisible la unión de hecho entre parejas del mismo sexo y su reconocimiento como familia. Para tales efectos, véase la sentencia C-029 de 2009 (M.P. Rodrigo Escobar Gil) y C-577 de 2011 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; A.V. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; A.V. María Victoria Calle Correa, Juan Carlos Henao Pérez, Jorge Iván Palacio Palacio y Luis Ernesto Vargas Silva; S.P.V. María Victoria Calle Correa).

⁷⁹MP. Nilson Pinilla Pinilla.

⁸⁰M.P. María Victoria Calle Correa.

expulsado de la Isla. En dicha oportunidad, 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, en primer lugar, la OCCRE había omitido responder a una petición que él había presentado con el ánimo de obtener un plazo adicional para entregar los documentos faltantes y, en segundo lugar, que su expulsión y la multa que se le impuso le impedían reunirse con su familia y privaba a sus hijos de su compañía en una importante etapa de su desarrollo. Debido a esto, la Corte ordenó el regreso inmediato del actor en calidad de turista, dejó sin efecto la multa impuesta y le informó al gobierno departamental que debía permitirle aportar los documentos faltantes para continuar con el trámite de residencia.

5. El debido proceso en los procedimientos de policía

5.1. El derecho fundamental al debido proceso debe ser garantizado y respetado en toda actuación judicial o administrativa sin perjuicio del carácter público o privado de las partes involucradas⁸¹. Según lo ha puesto de presente esta Corporación, el debido proceso en materia administrativa debe garantizar la correcta producción de los actos respectivos y, por ello:

“extiende su cobertura a todo el ejercicio que debe desarrollar la administración pública, en la realización de sus objetivos y fines estatales, es decir, cobija a todas sus manifestaciones en cuanto a la formación y ejecución de los actos, a las peticiones que realicen los particulares, a los procesos que por motivo y con ocasión de sus funciones cada entidad administrativa debe desarrollar y desde luego, garantiza la defensa ciudadana al señalarle los medios de impugnación previstos respecto de las providencias administrativas, cuando crea el particular, que a través de ellas se hayan afectado sus intereses”⁸².

5.2. Dentro de ese marco conceptual, la Corte se ha referido el debido proceso administrativo como “(i) el conjunto complejo de condiciones que le impone la ley a la administración, materializado en el cumplimiento de una secuencia de actos por parte de la autoridad administrativa, (ii) que guarda relación directa o indirecta entre sí, y (iii) cuyo fin está previamente determinado de manera constitucional y legal”⁸³ <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/c-980-10.htm> - [_ftn7](#). Así mismo, ha precisado que con dicha garantía se busca “(i) asegurar el ordenado funcionamiento de la administración, (ii) la validez de sus

⁸¹ Constitución Política de 1991, artículo 29.

⁸² Ver sentencia T-442 de 1992 (M.P. Simón Rodríguez Rodríguez), reiterada en la C-980 de 2010 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

⁸³ Ver sentencia T-796 de 2006 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández; S.V. Nilson Pinilla Pinilla), reiterada en la C-980 de 2010 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

*propias actuaciones y, (iii) resguardar el derecho a la seguridad jurídica y a la defensa de los administrados”.*⁸⁴

5.3. En el ámbito de las actuaciones administrativas, el derecho al debido proceso hace referencia al comportamiento que deben observar las autoridades públicas en el ejercicio de sus funciones en cuanto éstas se encuentran obligadas a *“actuar conforme a los procedimientos previamente establecidos en la ley, con el fin de garantizar los derechos de quienes puedan resultar afectados por las decisiones de la administración que crean, modifican o extinguen un derecho o imponen una obligación o una sanción”*⁸⁵.

5.4. Con el propósito de asegurar la defensa de los administrados, la jurisprudencia ha señalado, en este sentido, que el debido proceso administrativo comprende, entre otros, los derechos 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 proceso⁸⁶.

5.5. De acuerdo con su contenido esencial, el debido proceso administrativo se entiende vulnerado cuando las autoridades públicas no siguen los actos y procedimientos establecidos en la ley y los reglamentos, y, por esa vía, desconocen las garantías reconocidas a los administrados⁸⁷. Al respecto, ha sostenido que el desconocimiento en cualquier forma del derecho al debido proceso en un trámite administrativo, no sólo quebranta los elementos esenciales que lo conforman, sino que, igualmente, comporta una vulneración del derecho de acceso a la administración de justicia, del cual son titulares todas las personas naturales y jurídicas que en calidad de administrados deben someterse a la decisión de la administración por conducto de sus servidores públicos competentes.

5.6. En consecuencia, por tratarse de un derecho fundamental, el debido proceso administrativo *“exige a la administración pública sumisión plena a la Constitución y a la ley en el ejercicio de sus funciones, tal como lo*

⁸⁴ Ver sentencia T-796 de 2006 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández; S.V. Nilson Pinilla Pinilla), reiterada en la C-980 de 2010 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

⁸⁵ Ver sentencia T-653 de 2006 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto), reiterada en la C-980 de 2010 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

⁸⁶ Ver sentencia C-980 de 2010 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

⁸⁷ Ver sentencias T-467 de 1995 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa), T-061 de 2002 (M.P. Rodrigo Escobar Gil) y T-178 de 2010 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), reiteradas en la C-980 de 2010 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

disponen los artículos 6º, 29 y 209 de la Carta Política”⁸⁸, pues de otra forma se transgredirían los principios que gobiernan la actividad administrativa (igualdad, imparcialidad, publicidad, moralidad y contradicción), y se vulnerarían especialmente los derechos fundamentales de las personas que acceden a la administración o que, de alguna forma, quedan vinculadas por sus actuaciones.

5.7. El Decreto 2762 de 1991⁸⁹ estableció la competencia para hacer cumplir las disposiciones a propósito de quienes se encuentran en situación irregular en cabeza de la OCCRE⁹⁰, y señaló las medidas que proceden como consecuencia de esa situación⁹¹, pero no estableció procedimiento alguno para su imposición porque dichos actos constituyen medidas policivas de cumplimiento inmediato a las que no se les aplican los mandatos relativos al procedimiento administrativo⁹².

5.8. Sin embargo, ello no obsta para que la administración proceda a la notificación del acto administrativo y conceda los recursos de vía gubernativa⁹³.

⁸⁸ Ver sentencia T-178 de 2010 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), reiterada en la C-980 de 2010 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

⁸⁹ Por medio del cual se adoptan medidas para controlar la densidad poblacional en el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

⁹⁰ Ver artículo 23 y siguientes del 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.

⁹¹ Ver artículo 19 del 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.

⁹² Ver sentencia del diecinueve (19) de mayo de dos mil cinco (2005) de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, con radicado interno no. 11001-03-24-000-2002-00168-01(7955), y la sentencia del cuatro (4) de febrero de dos mil diez (2010) de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, con radico interno No. 88001-23-31-000-2003-00050-01.

⁹³ En ejercicio de las atribuciones consagradas en el artículo 300 superior, la Asamblea Departamental de San Andrés, Providencia y Santa Catalina expidió la Ordenanza 014 el veintiuno (21) de noviembre de mil novecientos noventa y nueve (1999). En su artículo segundo (2º) dispuso lo siguiente: “Todo ciudadano colombiano o extranjero que haya ingresado al país con el cumplimiento de los requisitos legales, tiene derecho a circular libremente por el territorio del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, a entrar y salir de él y a permanecer en el mismo, siempre y cuando cumpla con la normatividad que trata del Control a la Circulación y Residencia contenidas en el presente código, la Constitución, la Ley y especialmente en el Decreto 2762 de 1991 o en las normas que lo modifiquen o adicionen. La persona que al ser requerida por la autoridad no posea la tarjeta de residencia correspondiente o la tarjeta de turista vigente, será remitida inmediatamente a la Oficina de Control de Circulación y Residencia OCCRE entidad que deberá implementar un centro de Tránsito y verificación de identidad, en el cual permanecerán hasta por un máximo de treinta y seis (36) horas las personas remitidas, mientras los Inspectores de OCCRE de turno verifican en los archivos de la entidad la existencia de la documentación en la que conste que la persona a su disposición ha radicado la solicitud correspondiente y se le ha expedido la tarjeta respectiva. En caso de que la persona remitida no reúna los requisitos para la expedición de la Tarjeta de Residencia o no tenga ninguna clase de documentación radicada en la Oficina, se entenderá que ésta ha violado la contravención especial de permanencia irregular en el territorio del Departamento, por lo que deberá proceder a ordenar su salida inmediata del Departamento una vez se surta el siguiente procedimiento policivo especial: 1. El Inspector de la OCCRE que tenga el conocimiento del caso, procederá a expedir acto administrativo motivado, en el que se declarará la persona en situación irregular y ordenará en consecuencia su salida del territorio del Departamento dentro de los seis (6) días hábiles siguientes, sin perjuicio de las demás

5.9. Dada la complejidad y especialidad del régimen de residencia que existe en el Departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, las personas que son declaradas en situación irregular y que están siendo procesadas para ser expulsadas y sancionadas, se someten a un proceso policivo orientado al control poblacional que no requiere del procedimiento que el actor reclama, aunque en su desarrollo debe garantizarse el derecho de audiencia y de defensa. Por lo tanto, en el presente asunto sometido a consideración de la Corporación, no se ha vulnerado derecho alguno.

6. El derecho a la unidad familiar y el derecho de los niños a tener una familia y no ser separados de ella – Reiteración de jurisprudencia

6.1. Por expresa disposición constitucional, la familia es considerada el núcleo esencial y la institución básica de la sociedad. Tal es su importancia, que sus aspectos principales se encuentran regulados directa e indirectamente en varios artículos de la Carta Política⁹⁴.

6.2. En relación con los derechos de los que gozan los niños y la importancia que para ellos reporta hacer parte de una familia, el artículo cuarenta y cuatro (44) superior y el Código de la Infancia y la Adolescencia reconocen su derecho fundamental a tener una familia y a no ser separados de ella⁹⁵. Este

sanciones que contengan las normas de Control a la Circulación y Residencia. 2. El acto administrativo se notificará personalmente de manera inmediata, si por cualquier circunstancia no se pudiera notificar personalmente, el funcionario deberá notificarlo por edicto, el cual se fijará por el término de dos (2) días en la cartelada de la Oficina de Control de Circulación y Residencia OCCRE, luego de los cuales se entenderá notificado el acto. 3. El particular declarado en situación irregular podrá por sí mismo o por intermedio de apoderado que deberá ser abogado titulado, interponer los recursos de Reposición ante el funcionario que expide el acto y subsidiariamente de apelación ante la Junta Directiva de la OCCRE dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de declaratoria de irregular y la orden de salida. Los recursos se concederán en el efecto devolutivo, por lo que una vez cumplido el término de su ejecutoria, la decisión no se suspenderá y deberá cumplirse con lo ordenado en el acto administrativo, debiendo el particular abandonar el territorio del Departamento, luego de lo cual será incluido en la lista de personas a las cuales se les restringe el ingreso al Territorio del Departamento Archipiélago, en los términos del Decreto 2762 de 1991 [...].”

⁹⁴ La familia se encuentra regulada directa e indirectamente en los artículos 5, 13, 15, 28, 42, 44, 46, 49, 67 y 68 de la Constitución de 1991. A este respecto, es necesario resaltar lo establecido en los artículos 5 y 42. El primero de ellos (artículo 5), señala que “el Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad.” El, segundo (artículo 42) determinó que “la familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla. El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia”.

⁹⁵ El artículo 44 de la Constitución de 1991 establece que “son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia”. El artículo 8º de la Ley 1098 de 2006, por medio de la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia, establece que: “se entiende por interés superior del niño, niña y adolescente, el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes”. Por otra parte, el artículo 9º del mismo código, señala que “en todo acto, decisión o

mandato está consagrado, a su vez, en diversos instrumentos internacionales, dentro de los cuales se encuentra la Convención sobre los Derechos del Niño⁹⁶, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño⁹⁷, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁹⁸, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁹⁹ y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.¹⁰⁰ El derecho a tener una familia y a no ser separado de ella tiene una especial importancia para el menor, puesto que, por medio de su ejercicio, se materializan otros derechos constitucionales como, por ejemplo, el acceso al cuidado, al amor, a la educación y a las condiciones materiales mínimas para desarrollarse en forma apta¹⁰¹.

6.3. La jurisprudencia constitucional, por su parte, se ha referido en muchas ocasiones a la importancia del vínculo familiar y ha hecho énfasis en que

medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que deba adoptarse en relación con los niños, las niñas y los adolescentes, prevalecerán los derechos de estos, en especial si existe conflicto entre sus derechos fundamentales con los de cualquier otra persona. En caso de conflicto entre dos o más disposiciones legales, administrativas o disciplinarias, se aplicará la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente”. Finalmente, el artículo 22 del Código de la Infancia y la Adolescencia señala que “los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a tener y crecer en el seno de la familia, a ser acogidos y no ser expulsados de ella. Los niños, las niñas y los adolescentes sólo podrán ser separados de la familia cuando esta no garantice las condiciones para la realización y el ejercicio de sus derechos conforme a lo previsto en este código. En ningún caso la condición económica de la familia podrá dar lugar a la separación”.

⁹⁶ El artículo 9.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que “los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación, puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño”.

⁹⁷ El principio 6° de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño establece que “el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión. Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material; salvo circunstancias excepcionales, no deberá separarse al niño de corta edad de su madre [...]”.

⁹⁸ El artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”. Por otro lado, el artículo 24 del mismo instrumento señala que “todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado”.

⁹⁹ El numeral 1° del artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales obliga a los estados partes a “conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo [...]”. Así mismo, el numeral 3° de dicho artículo obliga a los Estados firmantes a “adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición [...]”.

¹⁰⁰ El numeral 1° del artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado”. Por otra parte, el artículo 19 de dicha Convención señala que “todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”.

¹⁰¹ Ver sentencias T-671 de 2010 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) y T-094 de 2013 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

“desconocer la protección de la familia significa de modo simultáneo amenazar seriamente los derechos constitucionales fundamentales de la niñez”¹⁰². De esta manera, la Corte ha sostenido que los niños, las niñas y los adolescentes necesitan para su crecimiento armónico del afecto de sus familiares¹⁰³. Razón por la cual, cuando son privados de los lazos afectivos necesarios para su tranquilidad y su desarrollo integral, se vulneran sus derechos fundamentales¹⁰⁴. Por ello, se ha sostenido que sólo razones muy poderosas consagradas en una norma jurídica, en una decisión judicial o en una orden de un defensor o comisario de familia, pueden limitar su derecho a tener y permanecer en una familia.

6.4. Dando alcance al recuento jurisprudencial que efectuó esta Corporación sobre el derecho a la unidad familiar en la sentencia T-569 de 2013¹⁰⁵ al ocuparse del caso de una abuela que reclamaba ante el ICBF la custodia de su nieta, es pertinente recordar la manera en que la Corte ha tutelado este derecho en aras de proteger el interés superior del menor. Así, por ejemplo, en la sentencia T-408 de 1995¹⁰⁶, al revisar la tutela promovida a nombre de una niña que no podía visitar a su progenitora por estar ésta recluida en prisión, explicó la especial protección que debe dar el Estado, la sociedad y la familia a las personas menores de dieciocho (18) años. En relación con lo anterior, estableció que el interés superior de los niños se caracteriza por ser:

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

6.5. Más adelante, en la sentencia T-510 de 2003¹⁰⁷, la Corte se ocupó del caso de una madre que reclamaba la custodia de su hija después de haberla entregado en adopción al ICBF por considerar que, en el momento de la interposición de la acción de tutela, podía hacerse cargo de ella al haber superado la crisis económica que la obligó a separarse de la menor. A modo

¹⁰² Ver sentencias T-887 de 2009 (M.P. Mauricio González Cuervo) y T-094 de 2013 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

¹⁰³ Ver sentencia T-946 de 2012 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo) y T-569 de 2013 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva).

¹⁰⁴ Ver sentencia T-946 de 2012 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo)

¹⁰⁵ M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹⁰⁶ M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹⁰⁷ M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

de consideraciones, este Tribunal fijó los siguientes seis (6) criterios jurídicos relevantes para determinar cuándo el interés superior del menor resulta plenamente garantizado: (i) la garantía del desarrollo integral del menor; (ii) la preservación de las condiciones necesarias para el pleno ejercicio de sus derechos fundamentales; (iii) la protección del menor frente a riesgos prohibidos; (iv) el equilibrio con los derechos de los padres; (v) la provisión de un ambiente familiar apto para el desarrollo del menor, y (vi) la necesidad de razones poderosas que justifiquen la intervención del Estado en las relaciones paterno filiales.

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

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

6.7. Estos criterios han sido aplicados por la Corte en distintas oportunidades y con ligeras modificaciones al resolver casos alusivos a la presunta amenaza de derechos fundamentales de los menores de edad. Por ejemplo, en la sentencia T- 292 de 2004¹⁰⁸, al estudiar un caso en el que una menor había sido separada de su familia de crianza y había sido ubicada en un hogar sustituto mientras se decidía sobre el proceso que había iniciado su madre biológica para reclamar su custodia, la Corte sostuvo que la salvaguarda del interés superior de la menor debía incluir un análisis sobre las opiniones expresadas por ésta en cuanto al tema que se debía decidir. De otra parte, dijo también que el criterio relacionado al equilibrio con los derechos de los padres debía examinarse sobre la base de la prevalencia de los derechos del menor. Finalmente, estimó que la decisión de ordenar ubicar a la niña en un hogar sustituto, desconocía su derecho fundamental a no ser separada de su familia.

6.8. Posteriormente, con la sentencia T-397 de 2004¹⁰⁹, esta Corporación tuvo la oportunidad de examinar el caso de una menor que fue separada de su madre, una mujer invidente que se encontraba en estado de extrema pobreza, en el curso de un proceso de protección sociofamiliar tramitado por el ICBF. Esta vez, la Corte identificó *“la necesidad de evitar cambios desfavorables en*

¹⁰⁸ M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

¹⁰⁹ M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

las condiciones presentes del menor involucrado” como otro de los criterios que deben ser considerados a la hora de determinar si cierta decisión judicial o administrativa refleja el deber de protección del interés superior del menor. En aplicación de tal principio, ordenó mantener a la menor en el hogar sustituto al que había sido trasladada y adoptar una serie de medidas para brindarles a la niña y a su madre una oportunidad real de establecer una relación materna filial digna.

6.9 Los criterios señalados en los puntos anteriores han sido reiterados en múltiples ocasiones en casos en los que el ICBF ha separado a menores de edad de su familia biológica o de crianza¹¹⁰. Así, por ejemplo, en la sentencia T-094 de 2013¹¹¹, la Corte se ocupó del caso de dos (2) menores que fueron separadas de su familia biológica por ser encontradas durmiendo en una colchoneta mojada y por comprobarse que su progenitor era un consumidor frecuente de sustancias psicoactivas y tenía antecedentes de violencia intrafamiliar. A este respecto, determinó que, en observancia del interés superior de los niños, niñas y adolescentes, se debía optar por la medida que mejor *“(i) garantice su desarrollo integral; (ii) realice todos sus derechos fundamentales; y (iii) las resguarde de los riesgos prohibidos que amenacen su desarrollo armónico, los cuales no sólo se agotan en los enunciados en la ley sino en los que se desprendan del análisis particular.”* De esta manera, decidió que era necesario continuar con el proceso de adopción de ambos menores pues con ello se satisfacía en mayor grado su desarrollo integral y la garantía de todos sus derechos fundamentales.

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

6.11. De acuerdo con lo anterior, la Sala prestará especial atención al hecho de que el actor es padre de un niño de tres (3) años de edad¹¹², quien tiene el derecho fundamental a tener una familia y no ser separado de ella, según lo

¹¹⁰ Ver sentencias T-572 de 2009 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto), T-090 de 2010 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub); T- 671 de 2010 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub); T-502 de 2011 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) y T-844 de 2011 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; S.P.V. Humberto Antonio Sierra Porto).

¹¹¹ MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

¹¹² Como anexo al escrito de tutela, el accionante aportó copia del registro civil de nacimiento del menor Santiago Nasar Noriega Llano, hijo suyo y de la señora Llano, quien nació el tres (3) de julio del dos mil diez (2010) en la ciudad de Barranquilla, Atlántico. Ver folio 10.

establecido en el artículo 44 superior¹¹³ y en la mencionada jurisprudencia constitucional¹¹⁴. El menor reside actualmente con su madre en la isla de San Andrés y se ha visto en la imposibilidad de reencontrarse con su padre desde que este último fue expulsado del archipiélago, pues no ha podido regresar en calidad de turista por carecer del dinero suficiente para pagar la multa de quince (15) smlmv que condiciona su regreso. Por esta razón, la Sala estudiará la afectación del derecho del menor en conjunto con las presuntas vulneraciones a los derechos de su padre.

7. Caso concreto

7.1. El señor Rony Jacob Noriega Montero habitó la Isla de San Andrés por cerca de siete (7) años¹¹⁵ en compañía de su esposa¹¹⁶, residente permanente del archipiélago¹¹⁷, y su hijo de tres (3) años de edad¹¹⁸. El gobierno local reconoció su derecho a la residencia temporal por motivos de convivencia¹¹⁹ y condicionó la expedición de la tarjeta de residencia al pago de una deuda de dos (2) smlmv¹²⁰. Sin embargo, por haber laborado¹²¹ sin cancelar la totalidad

¹¹³ El artículo 44 de la Constitución Política de 1991 establece que “son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión [...]”

¹¹⁴ Ver sentencias T-408 de 1995 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), T-510 de 2003 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), T- 292 de 2004 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), T-397 de 2004 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), T-887 de 2009 (M.P. Mauricio González Cuervo), T-946 de 2012 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo) T-094 de 2013 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) y T-569 de 2013 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva).

¹¹⁵ Como anexo al escrito de tutela, el accionante aportó copia de la resolución 004840, proferida por la Gobernación del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina el diecisiete (17) de septiembre de dos mil doce (2012), mediante la cual se le dio respuesta a la solicitud de residencia temporal que presentó la señora Llano en nombre suyo el diecisiete (17) de mayo de dos mil doce (2012). En dicha oportunidad, el gobierno local reconoció que la pareja convivía desde hace siete (7) o cinco (5) años en la Isla de San Andrés. Ver folio 22 y 23.

¹¹⁶ Como anexo al escrito de tutela, el accionante aportó copia del registro civil de matrimonio celebrado entre él y la señora Ruth Janeth Llano Paniagua, el veinticuatro (24) de noviembre de dos mil seis (2006) en la ciudad de Barranquilla, Atlántico. Ver folio 9.

¹¹⁷ Como anexo al escrito de tutela, el accionante aportó copia de las tarjetas de residente permanente de la señora Llano, expedidas por la OCCRE en mayo de mil novecientos noventa y cuatro (1994) y el veinticuatro (24) de enero de dos mil doce (2012). Ver folio 11 a 13.

¹¹⁸ Como anexo al escrito de tutela, el accionante aportó copia del registro civil de nacimiento del menor Santiago Nasar Noriega Llano, hijo suyo y de la señora Llano, quien nació el tres (3) de julio del dos mil diez (2010) en la ciudad de Barranquilla, Atlántico. Ver folio 10.

¹¹⁹ Como anexo al escrito de tutela, el accionante aportó copia de la Resolución 004840 que profirió la Gobernación Departamental el (17) de septiembre de dos mil doce (2012) como respuesta al derecho de petición instaurado por su esposa el diecisiete (17) de mayo del mismo año y mediante el cual solicitaba el reconocimiento del derecho a la residencia temporal de su compañero. Allí se señaló lo siguiente: ARTÍCULO PRIMERO: Conceder al señor RONY JACOB NORIEGA MONETERO, identificado con cédula de ciudadanía No. 8.780.878 de Soledad, Atlántico, el derecho a residir en la isla en forma temporal y en consecuencia expídase la primera (1ª) Tarjeta de Residencia Temporal por convivencia, conforme lo expuesto en la parte motiva del presente proveído (negrillas originales del texto). Ver folio 22 a 23.

¹²⁰ Mediante la resolución 004840 del diecisiete (17) de septiembre de dos mil doce (2012), se dispuso lo siguiente: “ARTÍCULO TERCERO: Consecuentemente, expídase la Primera (1ª) Tarjeta de Residencia Temporal, previo el pago del valor Dos Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes (SMLMV), según establece la ordenanza No. 020 de dos mil seis (2006), en su artículo 264; la vigencia de esta

de la mencionada obligación, el dos (2) de septiembre de dos mil trece (2013) el tutelante fue aprehendido y declarado en situación irregular, expulsado de la Isla y sancionado con una multa de quince (15) smlmv¹²². El actor fue conducido de manera imprevista para rendir declaración por haber incumplido el pago del mencionado monto del cual dependía la expedición de su tarjeta de residencia. Esa suma había sido objeto de abono parcial el dos (2) de noviembre de dos mil doce (2012)¹²³. En el acuerdo de pago celebrado ese mismo día, se dijo que el plazo para cancelar el saldo restante vencía a finales del mes de abril de dos mil trece (2013)¹²⁴. Sin embargo, según el recibo de pago expedido por la Secretaría de Hacienda del Gobierno Insular, el petitionerario tenía hasta el treinta y uno (31) de diciembre de dos mil trece (2013) para saldar la mencionada deuda¹²⁵. Desde la fecha de expulsión, el accionante no ha logrado conseguir otro trabajo ni ha podido reencontrarse con su familia pues carece de los recursos económicos para cancelar la multa de cuya cancelación depende que pueda regresar al territorio insular en calidad de turista¹²⁶. Únicamente ha podido pagar el saldo restante de la deuda que condicionaba la expedición de su tarjeta de residencia¹²⁷.

tarjeta será de un (1) año contado a partir de la fecha de su expedición, la renovación de la misma se solicitará ante esta oficina con un (1) mes de anticipación a la fecha de vencimiento del vigente”. Ver folio 22 a 23.

¹²¹ Como prueba de la relación laboral, se encuentra copia del contrato de prestación de servicios profesionales celebrado entre el accionante y la Defensa Civil Colombiana el ocho (8) de mayo de dos mil trece (2013), por medio del cual el primero se comprometió a realizar las funciones de salvavidas en las playas de la Isla de San Andrés por un periodo de siete (7) meses a cambio del pago mensual de un millón ciento setenta y nueve mil pesos (\$1.179.000). Ver folio 27 y 28.

¹²² Como anexo al escrito de tutela, el accionante aportó copia del Auto No. 189 del dos (2) de septiembre de dos mil trece (2013), mediante el cual la Gobernación del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina (i) declaró que se encontraba en situación irregular; (ii) ordenó su expulsión y su devolución al último lugar de embarque, y (iii) le impuso una multa de quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes, cuyo pago sería requisito en caso tal de que el accionante quisiera regresar a la Isla en calidad de turista. Ver folio 34 a 41.

¹²³ Como anexo al escrito de tutela, el accionante aportó copia de la resolución No. 005827 proferida por la Gobernación del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina el dos (2) de noviembre de dos mil doce (2012), mediante la cual se formalizó un acuerdo de pago suscrito entre él y la mencionada entidad territorial en relación con la deuda que contrajo el primero en virtud de la resolución 004840 de dos mil doce (2012). En dicho acuerdo, se señaló que el interesado había realizado un pago parcial de la misma. Ver folio 24 y 25.

¹²⁴ En dicho acuerdo, se señaló que “si el interesado no paga oportunamente las cuotas fijas en la presente resolución o no acredita la cancelación dentro de la fecha señalada en el artículo anterior (el que fija las cuotas y los intereses), UNILATERALEMTNE se declara sin vigencia el plazo concedido y se revocará la presente resolución conforme a la ley”. Ver folio 24 y 25.

¹²⁵ Como anexo al escrito de tutela, el accionante aportó copia del recibo oficial de pago de la deuda a cuyo pago estaba obligado en virtud de las resoluciones 004840 y 005827 de dos mil doce (2012), expedido por la Secretaría de Hacienda del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina el treinta y uno (31) de julio de dos mil trece (2013). Según este recibo, que vence el día treinta y uno (31) de diciembre de dos mil trece (2013), la deuda del accionante ascendía a ochocientos treinta y nueve mil pesos (\$839.000). Ver folio 43.

¹²⁶ En el expediente se encuentra el acta del interrogatorio practicado por el Juez Segundo Promiscuo de Familia del municipio de Soledad, Atlántico, el veintitrés (23) de septiembre de dos mil trece (2013). Allí el accionante informó vivir en la casa de sus padres, carecer de ingresos y no poder regresar a la isla por no contar con el dinero para pagar la multa de quince (15) smlmv. Ver folio 69 a 71.

¹²⁷ Como anexo al escrito de tutela, el accionante aportó copia del recibo oficial de pago de la deuda a cuyo pago estaba obligado en virtud de las resoluciones 004840 y 005827 de dos mil doce (2012), expedido por la Secretaría de Hacienda del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y

7.2. Teniendo en cuenta lo anterior, le compete a la Sala de Revisión analizar si el Gobierno Departamental del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina vulneró los derechos fundamentales del accionante a la residencia, al debido proceso y al trabajo, y el derecho de su hijo a tener una familia y no ser separado de ella, por haberlo expulsado de la isla y haberle impuesto una deuda que hoy le impide regresar. En esta medida, la Sala deberá analizar las dos (2) razones por las que el señor Noriega fue expulsado y amonestado. En primer lugar, por haber laborado sin estar autorizado para ello ya que había adquirido su residencia temporal por motivos de convivencia, más no por razones laborales. En segundo lugar, por no contar con la tarjeta de residencia al no haber terminado de pagar la deuda respectiva que condicionaba su expedición. Adicionalmente, deberá determinar si en el marco de la diligencia que se llevó a cabo el dos (2) de septiembre de dos mil trece (2013), la autoridad departamental lesionó el derecho fundamental del actor al debido proceso al adelantar un proceso de carácter sumario ajeno a algunas ritualidades procesales. Por último, le corresponde evaluar el impacto que tuvieron las decisiones de la OCCRE sobre el goce efectivo del derecho fundamental de su hijo menor a tener una familia y no ser separada de ella teniendo en cuenta que, a raíz de la expulsión, el señor Noriega se vio obligado a separarse de este.

7.3. En relación con el derecho al trabajo, la Sala observa que el señor Noriega solicitó su residencia temporal por motivos de convivencia al tener una unión marital con una residente permanente y al haberse domiciliado en el territorio insular por más de tres (3) años con posteridad a la expedición del Decreto 2762 de 1991. Por consiguiente, la OCCRE estaba llamada a evaluar (i) sus condiciones personales; (ii) si poseía una vivienda adecuada; (iii) si tenía capacidad económica para su sostenimiento; (iv) la densidad poblacional del archipiélago, y (v) la suficiencia de los servicios públicos. Hecho esto, el gobierno local aprobó la mencionada solicitud y le concedió al actor el derecho a la residencia temporal. A este respecto, la resolución 004840 del diecisiete (17) de septiembre de dos mil doce (2012) señaló explícitamente: *“ARTÍCULO PRIMERO: conceder al señor RONY JACOB NORIEGA MONETERO, identificado con cédula de ciudadanía No. 8.780.878 de Soledad, Atlántico, el derecho a residir en la isla en forma temporal”*. De este modo, sin perjuicio de los trámites que el actor olvidó adelantar para obtener la documentación relacionada o los comportamientos en los que incurrió y que, a juicio de la OCCRE, resultaron incompatibles con sus deberes, la Sala considera que el señor Noriega, efectivamente, adquirió una residencia temporal.

Santa Catalina el treinta y uno (31) de julio de dos mil trece (2013). Según este recibo, que vence el día treinta y uno (31) de diciembre de dos mil trece (2013), la deuda del accionante ascendía a ochocientos treinta y nueve mil pesos (\$839.000). Ver folio 43.

7.4. Teniendo en cuenta lo anterior, según lo establecido en el acápite cuarto (4°) de esta providencia, el accionante fue autorizado a trabajar desde el momento en que adquirió la residencia temporal por motivos de convivencia en cuanto ésta (la convivencia) es una categoría más amplia, omnicomprendiva y no excluyente que, en virtud del principio de equidad, de razonabilidad, *a fortiori* y de “el que puede lo más, puede lo menos”, no se agota en la mera posibilidad de vivir y compartir con alguien. Dicha autorización es tácita y automática, razón por la cual, no se requiere de ninguna formalidad adicional al reconocimiento de la residencia temporal.

7.5. Como consecuencia, la Sala estima que, por las razones expuestas, el Gobierno Departamental del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina violó el derecho fundamental al trabajo del señor Rony Jacob Noriega Montero cuando lo expulsó y lo multó por haber trabajado en el territorio insular sin haber sido autorizado para tal efecto ya que, al haber adquirido su residencia temporal por motivos de convivencia, estaba autorizado a trabajar.

7.6. La segunda razón por la que el actor fue expulsado y amonestado, fue por no contar con la documentación de residente por no cancelar la deuda que condicionaba su expedición. La entidad, argumentó que el accionante no había culminado el trámite para adquirir el derecho de residencia. Como consecuencia, afirmó que el señor Noriega se encontraba en una situación irregular puesto que nunca había sido autorizado a residir en el territorio insular.

7.7. Ahora bien, en relación con el derecho fundamental al debido proceso, según las consideraciones hechas en el acápite quinto (5°) de esta providencia, las disposiciones relacionadas con el control de la densidad poblacional en el archipiélago constituyen medidas policivas y, por ende, son de cumplimiento inmediato¹²⁸ en la medida en que buscan evitar o remediar las perturbaciones del orden público relacionadas con la circulación de las personas. Debido a esto, la aplicación de estas medidas no tienen por qué ser expedidas previo agotamiento de un procedimiento administrativo. Es suficiente la configuración del supuesto fáctico previsto en cualquiera de los literales del artículo 18 del Decreto 2762 de 1991¹²⁹ para que la OCCRE proceda a expulsar a quien se encuentre en situación irregular.¹³⁰

¹²⁸ Ver sentencia del diecinueve (19) de mayo de dos mil cinco (2005) de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, con radicado interno no. 11001-03-24-000-2002-00168-01(7955), y la sentencia del cuatro (4) de febrero de dos mil diez (2010) de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, con radico interno No. 88001-23-31-000-2003-00050-01.

¹²⁹ El artículo 18 del mencionado decreto describe en qué momentos una persona se encuentra en situación irregular. A este respecto, señala: “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) Violen las disposiciones sobre conservación de los recursos ambientales o

7.8. Por las razones expuestas, el procedimiento que adelantó el Gobierno Departamental contra el señor Noriega resultó consecuente con la jurisprudencia que ha proferido el Consejo de Estado¹³¹ sobre este tema y con la reglamentación expedida por la Asamblea Departamental.¹³²

7.9. Sin embargo, en el asunto que se revisa, la expulsión y amonestación pecuniaria del señor Noriega no sólo restringió de manera drástica su derecho fundamental a la residencia y al trabajo sino, también, el derecho de un menor de apenas (3) años de edad a tener una familia y no ser separado de ella. Al sancionarlo con una multa de quince (15) smlmv y expulsarlo por no haber pagado en su totalidad la deuda, la OCCRE lesionó el interés superior del

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

¹³⁰ Ver sentencia del cuatro (4) de febrero de dos mil diez (2010) de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, con radico interno No. 88001-23-31-000-2003-00050-01.

¹³¹ Ver sentencia del diecinueve (19) de mayo de dos mil cinco (2005) de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, con radicado interno no. 11001-03-24-000-2002-00168-01(7955), y la sentencia del cuatro (4) de febrero de dos mil diez (2010) de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, con radico interno No. 88001-23-31-000-2003-00050-01.

¹³² La Asamblea Departamental de San Andrés, Providencia y Santa Catalina expidió la Ordenanza 014 el veintiuno (21) de noviembre de mil novecientos noventa y nueve (1999). En su artículo segundo (2º) dispuso lo siguiente: “Todo ciudadano colombiano o extranjero que haya ingresado al país con el cumplimiento de los requisitos legales, tiene derecho a circular libremente por el territorio del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, a entrar y salir de él y a permanecer en el mismo, siempre y cuando cumpla con la normatividad que trata del Control a la Circulación y Residencia contenidas en el presente código, la Constitución, la Ley y especialmente en el Decreto 2762 de 1991 o en las normas que lo modifiquen o adicionen. La persona que al ser requerida por la autoridad no posea la tarjeta de residencia correspondiente o la tarjeta de turista vigente, será remitida inmediatamente a la Oficina de Control de Circulación y Residencia OCCRE entidad que deberá implementar un centro de Tránsito y verificación de identidad, en el cual permanecerán hasta por un máximo de treinta y seis (36) horas las personas remitidas, mientras los Inspectores de OCCRE de turno verifican en los archivos de la entidad la existencia de la documentación en la que conste que la persona a su disposición ha radicado la solicitud correspondiente y se le ha expedido la tarjeta respectiva. En caso de que la persona remitida no reúna los requisitos para la expedición de la Tarjeta de Residencia o no tenga ninguna clase de documentación radicada en la Oficina, se entenderá que ésta ha violado la contravención especial de permanencia irregular en el territorio del Departamento, por lo que deberá proceder a ordenar su salida inmediata del Departamento una vez se surta el siguiente procedimiento policivo especial: 1. El Inspector de la OCCRE que tenga el conocimiento del caso, procederá a expedir acto administrativo motivado, en el que se declarará la persona en situación irregular y ordenará en consecuencia su salida del territorio del Departamento dentro de los seis (6) días hábiles siguientes, sin perjuicio de las demás sanciones que contengan las normas de Control a la Circulación y Residencia. 2. El acto administrativo se notificará personalmente de manera inmediata, si por cualquier circunstancia no se pudiera notificar personalmente, el funcionario deberá notificarlo por edicto, el cual se fijará por el término de dos (2) días en la cartelada de la Oficina de Control de Circulación y Residencia OCCRE, luego de los cuales se entenderá notificado el acto. 3. El particular declarado en situación irregular podrá por sí mismo o por intermedio de apoderado que deberá ser abogado titulado, interponer los recursos de Reposición ante el funcionario que expide el acto y subsidiariamente de apelación ante la Junta Directiva de la OCCRE dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de declaratoria de irregular y la orden de salida. Los recursos se concederán en el efecto devolutivo, por lo que una vez cumplido el término de su ejecutoria, la decisión no se suspenderá y deberá cumplirse con lo ordenado en el acto administrativo, debiendo el particular abandonar el territorio del Departamento, luego de lo cual será incluido en la lista de personas a las cuales se les restringe el ingreso al Territorio del Departamento Archipiélago, en los términos del Decreto 2762 de 1991”.

menor Santiago Nasar Noriega Paniagua ya que lo privó de la figura paterna en una importante y temprana etapa de su desarrollo. Esta situación, a diferencia de lo que sostuvo el juez de segunda instancia, no se ve remediada con encuentros esporádicos o con la posterior reunificación familiar. Cada día que pasa se ve afectada la relación entre el menor y su padre por cuanto su presencia permanente en sus primeros años de vida es fundamental.

7.10. Según lo establecido en el acápite sexto (6°) de esta providencia, la familia es el núcleo esencial y la institución básica de la sociedad¹³³. Los niños, como parte integral de la familia, gozan de un derecho fundamental a tener una familia y a no ser separados de ella pues sus intereses revisten la mayor importancia¹³⁴. Razón por la cual, la Corte ha sido insistente al señalar que los niños, las niñas y los adolescentes necesitan del afecto de sus familiares para su crecimiento armónico puesto que, cuando son privados de los lazos afectivos necesarios para su tranquilidad y su desarrollo integral, se vulneran sus otros derechos fundamentales¹³⁵. En este sentido, esta

¹³³ La familia se encuentra regulada directa e indirectamente en los artículos 5, 13, 15, 28, 42, 44, 46, 49, 67 y 68 de la Constitución de 1991. A este respecto, es necesario resaltar lo establecido en los artículos 5 y 42. El primero de ellos (artículo 5), señala que “el Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad.” El, segundo (artículo 42) determinó que “la familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla. El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia”.

¹³⁴ El artículo 44 de la Constitución de 1991 establece que “son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia”. El artículo 8° de la Ley 1098 de 2006, por medio de la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia, establece que: “se entiende por interés superior del niño, niña y adolescente, el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes”. Por otra parte, el artículo 9° del mismo código, señala que “en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que deba adoptarse en relación con los niños, las niñas y los adolescentes, prevalecerán los derechos de estos, en especial si existe conflicto entre sus derechos fundamentales con los de cualquier otra persona. En caso de conflicto entre dos o más disposiciones legales, administrativas o disciplinarias, se aplicará la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente”. Finalmente, el artículo 22 del Código de la Infancia y la Adolescencia señala que “los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a tener y crecer en el seno de la familia, a ser acogidos y no ser expulsados de ella. Los niños, las niñas y los adolescentes sólo podrán ser separados de la familia cuando esta no garantice las condiciones para la realización y el ejercicio de sus derechos conforme a lo previsto en este código. En ningún caso la condición económica de la familia podrá dar lugar a la separación”. Ver, además, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

¹³⁵ En varias ocasiones, la Corte se ha referido a la importancia del derecho de los niños, niñas y adolescentes a tener y permanecer en una familia. Particularmente, la Corte se ha pronunciado sobre el interés superior del menor en casos donde el núcleo familiar se ve desintegrado o seriamente afectado como resultado del abandono de los padres, el maltrato y las precarias condiciones de vida que sufren los menores o el traslado laboral de uno de sus progenitores. A este respecto, ver sentencias T-887 de 2009 (M.P. Mauricio González Cuervo) T-946 de 2012 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), T-094 de 2013 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), y T-569 de 2013 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva).

Corporación ha establecido que, en los casos donde se da una colisión entre el interés del menor y los derechos e intereses de otros grupos poblaciones, el juez de tutela debe hacer un ejercicio de ponderación dirigido a protegerlo primero¹³⁶.

7.11. De esta manera, la OCCRE desconoció el interés superior de su hijo de tres (3) años al (i) imponerle al actor una multa de quince (15) smlmv, y (ii) condicionar su regreso en calidad de turista a su pago efectivo, pues esto privó indefinidamente al niño de la compañía de su padre y, consecuentemente, comprometió su desarrollo integral al restringir el afecto, el amor y el cuidado que su progenitor le debe brindar.

Por lo expuesto, la Sala de Revisión revocará la decisión de segunda instancia proferida por la Sala Quinta de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, Atlántico, el doce (12) de noviembre de dos mil trece (2013), que confirmó la sentencia del veinticinco (25) de septiembre de dos mil trece (2013), proferida por el Juzgado Segundo Promiscuo de Familia de Soledad, Atlántico, y que negó el amparo solicitado por considerar que la acción era improcedente ya que (i) no existía prueba de la ocurrencia o amenaza de un perjuicio irremediable; (ii) el actor no agotó la vía gubernativa; (iii) existían medios ordinarios de defensa judicial ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo; (iv) la OCCRE no cometió ninguna irregularidad procedimental que se tradujera en una vía de hecho, y (v) el actor se encontraba en una situación irregular y no tenía derecho a laborar pues solamente contaba con una residencia temporal. En su lugar, tutelaré el derecho fundamental del señor Rony Jacob Noriega Montero a la residencia y al trabajo, y el derecho fundamental de su hijo menor, Santiago Nasar Noriega

¹³⁶ En varias ocasiones, la Corte se ha ocupado de los casos donde los menores son acogidos por el ICBF como resultado de una supuesta anomalía en su grupo familiar que, presuntamente, resulta contraria al interés superior y al desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes. Al hacer lo anterior, esta Corporación ha sentado su jurisprudencia en relación con la importancia de la familia en el goce efectivo de los derechos fundamentales de estos menores. A este respecto, ver sentencias T-510 de 2003 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), T-292 de 2004 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), T-397 de 2004 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), T-572 de 2009 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto), T-090 de 2010 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub); T-671 de 2010 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub); T-502 de 2011 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), T-844 de 2011 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; S.P.V. Humberto Antonio Sierra Porto), T-094 de 2013 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) y T-569 de 2013 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva). Más particularmente, en la sentencia T-214 de 2014 (M.P. María Victoria Calle Correa), esta Sala de Revisión conoció del caso de una persona que estaba adelantando el trámite pertinente para obtener la tarjeta de residencia por motivos de convivencia pero que, al no haber aportado todos los documentos requeridos de manera oportuna, fue expulsado de la Isla. En dicha oportunidad, 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, en primer lugar, la OCCRE había omitido responder a una petición que él había presentado con el ánimo de obtener un plazo adicional para entregar los documentos faltantes y, en segundo lugar, que su expulsión y la multa que se le impuso le impedían reunirse con su familia y privaba a sus hijos de su compañía en una importante etapa de su desarrollo. Debido a esto, la Corte ordenó el regreso inmediato del actor en calidad de turista, dejó sin efecto la multa impuesta y le informó al gobierno departamental que debía permitirle aportar los documentos faltantes para continuar con el trámite de residencia.

Paniagua, a tener una familia y no ser separado de ella. En este sentido, la Sala ordenará:

1. Permitir el ingreso inmediato del señor Rony Jacob Noriega Montero al Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, otorgándole la residencia temporal por un (1) año contado a partir de la fecha de ingreso y prorrogable hasta dos (2) veces por el mismo periodo según lo estipulado en el artículo 10° del Decreto 2762 de 1991.
2. Informar al Gobierno Departamental del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina que debe sustraer al señor Rony Jacob Noriega Montero del listado de las personas que no están autorizadas para ingresar al territorio insular.
3. Dejar sin efecto la multa de quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes que le fue impuesta al señor Rony Jacob Noriega Montero a través del Auto Departamental 189, expedido el dos (2) de septiembre de dos mil trece (2013).

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Primero.- REVOCAR el fallo proferido el doce (12) de noviembre de dos mil trece (2013) por la Sala Quinta de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, que confirmó el expedido el veinticinco (25) de septiembre de dos mil trece (2013) por el Juzgado Segundo Promiscuo de Familia de Soledad, Atlántico, que negó el amparo solicitado por considerar que la acción era improcedente ya que (i) no existía prueba de la ocurrencia o amenaza de un perjuicio irremediable; (ii) el actor no agotó la vía gubernativa; (iii) existían medios ordinarios de defensa judicial ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo; (iv) la OCCRE no cometió ninguna irregularidad procedimental que se tradujera en una vía de hecho, y (v) el actor se encontraba en una situación irregular y no tenía derecho a laborar pues solamente contaba con una residencia temporal. En su lugar, resuelve **TUTELAR** el derecho fundamental del señor Rony Jacob Noriega Montero a la residencia y al trabajo, y el derecho fundamental de su hijo menor, Santiago Nasar Noriega Paniagua, a tener una familia y no ser separado de ella.

Segundo.- PERMITIR el ingreso inmediato del señor Rony Jacob Noriega Montero al Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, otorgándole la residencia temporal por un (1) año contado a partir de la fecha de ingreso y prorrogable hasta dos (2) veces por el mismo periodo según lo estipulado en el artículo 10° del Decreto 2762 de 1991.

Tercero.- INFORMAR al Gobierno Departamental del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina que debe sustraer al señor Rony Jacob Noriega Montero del listado de las personas que no están autorizadas para ingresar al territorio insular.

Cuarto.- DEJAR SIN EFECTO la multa de quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes que le fue impuesta al señor Rony Jacob Noriega Montero a través del Auto Departamental 189, expedido el dos (2) de septiembre de dos mil trece (2013).

MARIA VICTORIA CALLE CORREA
Magistrada

MAURICIO GONZALEZ CUERVO
Magistrado

LUIS GUILLERMO GUERRERO PEREZ
Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ
Secretaria General