

DERECHO A TENER UNA FAMILIA Y A NO SER SEPARADO DE ELLA-Reiteración de jurisprudencia

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

REGIMEN DE CONTROL DE DENSIDAD POBLACIONAL EN EL DEPARTAMENTO ARCHIPIELAGO DE SAN ANDRES, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA-Línea jurisprudencial que se ha establecido con el ánimo de garantizar la protección especial de este territorio por encima de los intereses particulares

DERECHO DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES A TENER UNA FAMILIA Y A NO SER SEPARADOS DE ELLA-Vulneración por OCCRE al separar abruptamente a menores de su entorno familiar por expulsión de la Isla San Andrés a la madre

DERECHO DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES A TENER UNA FAMILIA Y A NO SER SEPARADOS DE ELLA

DERECHO DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES A TENER UNA FAMILIA Y A NO SER SEPARADOS DE ELLA-Orden a OCCRE otorgar la residencia temporal hasta acreditar requisitos del Decreto 2762 de 1991 para adquirir la residencia permanente

Referencia: Expediente T-5.546.506

Demandante: Yesid De Ávila Emiliani

Demandado: Oficina de Control de Circulación y Residencia del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina

Magistrado Ponente:
GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Bogotá D.C. dieciséis (16) de septiembre de dos mil dieciséis (2016)

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Gloria Stella Ortiz Delgado y Jorge Iván Palacio Palacio, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

En la revisión del fallo de tutela proferido por el Juzgado Único Penal del Circuito Especializado de San Andrés, el 11 de febrero de 2016, en el trámite del amparo constitucional promovido por Yesid De Ávila Emiliani contra la Oficina de Control, de Circulación y Residencia del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, en adelante OCCRE.

I. ANTECEDENTES

1. La solicitud

El 1 de febrero de 2016, Yesid De Ávila Emiliani, formuló acción de tutela contra la OCCRE, por una presunta violación del derecho fundamental de sus hijos Jeicol David De Ávila Quiñones y Yuranis Quiñones Pacheco, a tener una familia y no ser separados de ella, en la que considera incurrió la entidad demandada al declarar, mediante Resolución N° 0087, del 30 de abril de 2014, a su compañera permanente, Kelis Carolina Quiñones Pacheco, madre de los mencionados niños, en situación irregular y como consecuencia de ello, sancionarla, entre otras, con su devolución al último lugar de embarque.

2. Reseña fáctica, fundamentos y pretensión

2.1. Manifiesta el señor Yesid De Ávila Emiliani que convivió por más de cinco años con la señora Kelis Carolina Quiñones Pacheco en el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

2.2. Refiere que de dicha unión nacieron dos hijos: Jeicol David y Yuranis de 4 y 2 años, respectivamente¹.

2.3. Dice que por encontrarse en situación irregular, su compañera permanente, fue citada a la OCCRE para ser escuchada en versión libre sobre su situación jurídica en dicho territorio insular².

2.4. Afirma que el Director Administrativo de la OCCRE, mediante Resolución N° 0087, del 30 de abril de 2014³, declaró en situación irregular a su compañera permanente, Kelis Carolina Quiñones Pacheco y, como consecuencia de ello, la sancionó con la devolución al último lugar de embarque, la imposición de una multa y la inclusión en la lista de personas que no pueden ingresar a la isla.

¹ A Folios 16 y 17 del cuaderno I del expediente T-5.546.506 se encuentran los registros civiles de los niños Jeicol David De Ávila Quiñones y Yuranis Quiñones Pacheco.

² Folio 7 ibid.

³ Folio 8 ibid.

2.5. Agrega que el 14 de mayo de 2014, mediante apoderado judicial, Kelis Carolina interpuso contra la citada resolución, el recurso de reposición y en subsidio el de apelación⁴. No obstante, dichos recursos, hasta la fecha de presentación de la demanda de tutela, no han sido resueltos.

2.6. Expone que el 15 de agosto de 2014, su hija Yuranis, debido a una enfermedad, fue trasladada por parte de la EPS CAPRECOM, en el avión ambulancia a la ciudad de Barranquilla, junto con su madre, la señora Kelis Carolina.

2.7. Señala que una vez culminó el tratamiento médico de la niña, el 4 de noviembre de 2014, regresaron su hija y su compañera permanente a San Andrés, pero esta última fue devuelta al último lugar de embarque, esto es, Barranquilla.

2.8. Advierte el demandante que su compañera permanente se encuentra en la ciudad de Barranquilla, sin la posibilidad de regresar al Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina con el fin de brindarles a sus hijos Jeicol David y Yuranis, el amor, la educación y la atención que ellos requieren, con lo cual la decisión de la OCCRE, vulnera el derecho fundamental de los mencionados niños a tener una familia y no ser separados de ella.

2.9. En razón de lo expuesto, solicita al juez constitucional que se deje sin efectos la Resolución N° 0087, del 30 de abril de 2014; se permita, nuevamente, el ingreso de Kelis Carolina Quiñones Pacheco al Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina por el término máximo consagrado en el Decreto 2762 de 1991, es decir, por un período de 6 meses y, se le conceda la posibilidad a la mencionada señora de presentar los documentos requeridos para obtener la tarjeta de residencia OCCRE.

3. Oposición a la demanda de tutela

El Juzgado Único Penal del Circuito Especializado de San Andrés, mediante auto del 1 de febrero de 2016, admitió la demanda y corrió traslado a la OCCRE para que se pronunciara sobre los hechos.

Por fuera de la oportunidad procesal correspondiente, la OCCRE, a través del Director Administrativo, esgrimió las razones por las cuales se opone a las pretensiones incoadas por el actor, las cuales pueden resumirse, así:

- La OCCRE no ha vulnerado en ningún momento los derechos fundamentales invocados, toda vez que, en este caso, se observaron las normas que limitan y regulan los derechos de circulación y residencia en el Departamento

⁴ Folio 12-15 ibid.

Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina de conformidad con el Decreto 2762 de 1991⁵.

- Es de advertir que una vez revisada la base de datos, se constató que la señora Kelis Carolina Quiñones Pacheco ingresó a la isla desde el año 2005 con el propósito de adelantar sus estudios de secundaria y para tal fin, la OCCRE, le concedió el permiso respectivo. Sin embargo, no se registra que, posteriormente, el demandante, haya elevado solicitud de residencia por convivencia, en favor de su compañera permanente o alguna petición relacionada con tal circunstancia.

- Puntualiza que, el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución N° 0087, del 30 de abril de 2014, fue resuelto, mediante Resolución N° 019 de 2016, confirmándose la decisión inicial. Posteriormente, el expediente fue remitido al superior para que decida el recurso de apelación.

II. DECISIÓN JUDICIAL QUE SE REVISA

1. Primera instancia

El Juzgado Único Penal del Circuito Especializado de San Andrés, mediante sentencia proferida el 11 de febrero de 2016, resolvió negar la tutela al considerar que el demandante no ha elevado ninguna petición para definir la residencia de su compañera permanente. Advirtió que el simple hecho del nacimiento de los niños no obra en favor del amparo solicitado ni le permitía a la señora Quiñones Pacheco, seguir en situación irregular en el territorio insular, lo cual justifica que la OCCRE adoptara la decisión que se reprocha.

Adicionalmente, como se cuestiona la legalidad de un acto administrativo, estimó que el conflicto suscitado debe ser resuelto por la jurisdicción contencioso administrativa, a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, lo cual es perfectamente posible, si se tiene en cuenta que ya transcurrió el término de 2 meses sin que los recursos hayan sido resueltos.

Dicho fallo no fue recurrido por ninguna de las partes.

III. CONSIDERACIONES

1. Competencia

A través de esta Sala de Revisión, la Corte Constitucional es competente para revisar las sentencias proferidas dentro del proceso de la referencia, con fundamento en lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9°, de la

⁵ “Por medio del cual se adoptan medidas para controlar la densidad poblacional en el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina”.

Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Problema jurídico

Con fundamento en la reseña fáctica expuesta y la decisión de tutela, en esta oportunidad le compete a la Sala de Revisión analizar, si la OCCRE vulneró el derecho fundamental de los niños, Jeicol David De Ávila Quiñones y Yuranis Quiñones Pacheco, a tener una familia y no ser separados de ella, al declarar, mediante Resolución N° 0087, del 30 de abril de 2014, a la señora Kelis Carolina Quiñones Pacheco, madre de los citados menores de edad y compañera permanente del demandante, en situación irregular y como consecuencia de ello, sancionarla con su devolución al último lugar de embarque, imponerle una multa e incluirla en la lista de personas que no pueden ingresar al Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

Con el fin de resolver el tema planteado, la Sala de Revisión reiterará la jurisprudencia constitucional referente: (i) subsidiaridad de la acción de tutela; (ii) la protección constitucional del derecho a tener una familia y a no ser separado de ella; (iii) el régimen de control de densidad poblacional en el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, para luego, finalmente, dar solución al caso objeto de estudio.

3. Procedibilidad de la acción de tutela

3.1. Legitimación activa

En esta oportunidad, el señor Yesid De Ávila Emiliani solicitó la defensa del derecho fundamental a tener una familia y no ser separado de ella de sus hijos Jeicol David y Yuranis de 4 y 2 años de edad, respectivamente, presuntamente vulnerados por la OCCRE, al declarar, mediante Resolución N° 0087, del 30 de abril de 2014, a su compañera permanente, Kelis Carolina Quiñones Pacheco y madre de los mencionados niños, en situación irregular y como consecuencia de ello, sancionarla, entre otras, con su devolución al último lugar de embarque.

Para la Sala, el señor De Ávila Emiliani, se encuentra legitimado para actuar en la presente causa.

3.2. Legitimación pasiva

La Oficina de Control, de Circulación y Residencia -OCCRE-, órgano de la administración del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina que tiene como fin garantizar el estándar poblacional sostenible en dicho territorio insular conforme con la extensión territorial y la limitación de los recursos naturales⁶, está legitimada en la causa como parte

⁶ <http://www.occre.gov.co/misi-n>

pasiva, en la medida en que se le atribuye la presunta vulneración del derecho fundamental cuyo amparo se demanda.

4. Subsidiaridad de la acción de tutela. Reiteración de jurisprudencia

De conformidad con el artículo 86° de la Constitución Política, la acción de tutela es un mecanismo judicial que propende a la protección inmediata de los derechos fundamentales de las personas, cuando por acción o por omisión las autoridades públicas, y en determinadas circunstancias⁷, los particulares, vulneren o amenacen tales derechos constitucionales.

A la luz de lo expuesto, esta Corporación ha reiterado que la acción constitucional tiene un carácter residual y subsidiario, por cuanto solo procede cuando el interesado no disponga de otro medio de defensa judicial, o cuando existiendo éste se promueva para prevenir la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Bajo este entendido, la Corte ha concluido que *“...por su propia finalidad, la acción de tutela está revestida de un carácter extraordinario, que presupone el respeto por las jurisdicciones ordinarias y especiales, así como por sus propias acciones, procedimientos, instancias y recursos⁸, a fin de que la acción constitucional no usurpe las competencias de otras autoridades jurisdiccionales.”⁹*

Con todo, no obstante la regla general consiste en que deberán someterse para su resolución los conflictos jurídicos relacionados con derechos fundamentales, a las vías ordinarias -jurisdiccionales y administrativas-, el juez constitucional será quien defina en cada caso, si el medio de defensa al alcance de los afectados, es eficaz y lo suficientemente expedito para dispensar una protección inmediata de los derechos vulnerados o amenazados, de no ser ello así, la acción constitucional se erige como el mecanismo directo de protección.

Esta argumentación, encuentra pleno respaldo en el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, el cual, al aludir a las causales de improcedencia de la acción de tutela, indica que la existencia de otro mecanismo de defensa judicial tendrá que ser calificada *“en concreto”* por el juez, quien evaluará el grado de eficiencia y efectividad del medio judicial respecto a las específicas circunstancias en que se encuentre el demandante al momento de implorar la protección del derecho presuntamente amenazado o vulnerado.

Sobre este aspecto, este Tribunal, ha señalado que el juicio de procedibilidad de la acción de tutela se torna más flexible cuando se trata de sujetos de

⁷ Véase, artículo 42 del Decreto 2591 de 1991.

⁸ Véase, Sentencia T-1121 de 2003.M.P. Álvaro Tafur Galvis.

⁹ Véase, Sentencia T-309 de 2009. M.P. Mauricio González Cuervo.

especial protección constitucional (niños, personas que sufren algún tipo de discapacidad, mujeres embarazadas, madres cabeza de familia, ancianos y desplazados) en consideración al estado de debilidad manifiesta en que se encuentran y de la especial protección que la Constitución les ofrece.

Sobre el particular la Corte, en sentencia T-515 A de 2006¹⁰, señaló:

“Ahora bien, es pertinente acotar que en materia de procedibilidad de la acción de tutela, la Corte ha manifestado que, no obstante la rigurosidad con que el juez debe evaluar los requisitos exigidos para dar curso al mecanismo de amparo, existen situaciones especiales en las que el análisis de procedencia de la acción debe desatarse de manera más amplia y permisiva, en atención a la especial naturaleza de las personas que solicitan la protección de sus derechos constitucionales fundamentales¹¹.

Así, en aras de hacer efectiva la especial protección que el constituyente ha dispuesto para sujetos tales como los niños, las mujeres cabeza de familia, los ancianos, los miembros de minorías o personas en condiciones de extrema pobreza, el juez constitucional debe estudiar las características del perjuicio irremediable con un criterio de razonabilidad más comprensivo, de tal suerte que, en relación con estas personas, dadas sus condiciones de vulnerabilidad, debilidad o marginalidad, se permita ampliamente su acceso al mecanismo de protección de derechos fundamentales.”

En el caso objeto de análisis, si bien es cierto que el demandante tuvo a su alcance un instrumento judicial para controvertir el acto administrativo que reprocha e incluso solicitar su suspensión provisional, esto es, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la Sala reitera lo dicho por esta Corte en el sentido de que si los actos en comento comprometen garantías fundamentales o se está ante la ocurrencia de un perjuicio irremediable, el mecanismo tutelar resulta procedente, de manera excepcional.

En el caso concreto, la Sala observa que la señora Kelis Carolina Quiñones Pacheco fue expulsada del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, desde el año 2014 y a partir de entonces no ha podido restablecer contacto físico con sus pequeños hijos y su compañero permanente.

¹⁰ M.P. Rodrigo Escobar Gil.

¹¹ “Ver, entre otras, Sentencias T-719 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y T-789 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa”.

Así las cosas, para la Corte, a pesar de que se justifican las restricciones a la libertad de circulación y residencia en el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, existe un perjuicio irremediable relacionado con la expulsión de dicho territorio insular de la madre de dos pequeños niños y la consecuente separación familiar, en la medida en que ellos siguieron residiendo allí. El mencionado daño es actual, continuado y grave, toda vez que involucra, en principio, el derecho a la unidad familiar en la medida en que: (i) viene ocurriendo hace más de 2 años; (ii) seguirá existiendo hasta tanto la señora Quiñones Pacheco regrese al departamento archipiélago, y (iii) vulnera el interés superior de dos menores de edad, porque se le impide a su progenitora vivir junto a ellos en el lugar donde reside la familia.

Teniendo en cuenta estas consideraciones, la Sala de Revisión procederá a abordar de fondo el asunto planteado.

5. Sobre la protección constitucional del derecho a tener una familia y a no ser separado de ella. Reiteración de jurisprudencia

Esta Corporación ha considerado que el *derecho a tener una familia y no ser separado de ella* es uno de los criterios orientadores para determinar el bienestar del niño, niña y adolescente, pues la familia se constituye como el espacio natural de su desarrollo y, es a su vez, la que óptimamente, en principio, puede garantizar las necesidades afectivas, económicas, educativas y formativa de aquellos.

El artículo 44° de la Constitución Política, consagra que son derechos fundamentales de los niños *tener una familia y no ser separados de ella*, la vida, la integridad física, la salud, el cuidado y el amor. Si se obstaculiza la constitución del núcleo familiar, no solamente, resultaría comprometido este derecho, sino también, el derecho a forjar su propia identidad (Art. 14° C.P.), el ejercicio de la libertad para escoger entre variados modelos de vida (Art. 16° C.P.) y la dignidad de la persona (Art. 1 C.P.).

Particularmente, la Corte, en Sentencia T-587 de 1998¹², puntualizó:

“La negación de tan importante derecho puede aparejar, entre otras cosas, una violación del derecho a la identidad personal (C.P. art. 14), dado que la familia constituye un espacio privilegiado a partir del cual el sujeto construye sus propios referentes de identificación personal y social. En este sentido, impedir o dificultar la conformación de un núcleo familiar equivale a originar una situación de desarraigo que puede afectar, de manera significativa, no sólo el derecho a construir la propia identidad sino otros, que le son conexos, como el de gozar

¹² M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

*de la libertad para optar entre distintos modelos vitales
(C.P. art. 16).”*

Tal ha sido la importancia de la institución familiar que en las normas internacionales y en la Constitución Política ha sido objeto de una especial protección. En la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se hace referencia expresa a la familia en el artículo 11.2 y 17.1 y en el plano interno, nuestro Constituyente, por ejemplo, la calificó en los artículos 5º y 42º como *“la institución básica”* y *“célula fundamental de la sociedad”*.

En cuanto a la titularidad del derecho a la familia, esta Corporación ha estimado que dicho derecho pretende proteger, esencialmente, a los niños. No obstante, como consecuencia de su sentido de *“doble vía”* y en ciertas circunstancias, abarca a los adolescentes y hasta los adultos¹³.

Ahora bien, en relación con la conformación de la familia, este Tribunal ha considerado que esta se adecúa a los diferentes modos como se relacionan las personas, a las circunstancias personales que posibilitan el aproximamiento y la separación entre sus miembros o a los sucesos que por su carácter irremediable ocasionan la falta definitiva de algunos de ellos. Por ello, en nuestro país las personas tienen derecho a establecer una familia, conforme a sus propias opciones de vida, siempre que no resulte atentatoria de los derechos fundamentales, esto de conformidad con el carácter multicultural y pluriétnico de nuestro Estado (art. 7º C.P.).

En principio, la familia se constituye como el ambiente propicio para la crianza y educación de los hijos. Sin embargo, este Tribunal ha considerado que el derecho a tener una familia y a no ser separado de ella (art. 44º) no se configura con la sola pertenencia a un grupo humano, *“sino que implica la integración real del menor en un medio propicio para su desarrollo, que presupone la presencia de estrechos vínculos de afecto y confianza y que exige relaciones equilibradas y armónicas entre los padres y el pedagógico comportamiento de estos respecto de sus hijos.”*¹⁴

Con todo, para la Corte, dado *“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.”*¹⁵

¹³ Véase, Sentencia T-587 de 1998. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹⁴ Véase, Sentencia T-378 del 28 de 1995. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

¹⁵ Véase, sentencia T-484 de 2014. M.P. María Victoria Calle Correa.

De acuerdo con lo anterior, la Sala tendrá en cuenta que el amparo constitucional se promueve en favor de dos menores de edad, Jeicol David y Yuranis que, actualmente, frisan 4 años-11 meses y 2 años-10 meses y de quienes se predica el derecho fundamental a tener una familia y no ser separado de ella, según lo establecido en el artículo 44 superior¹⁶ y en reiterada jurisprudencia constitucional¹⁷. Ellos residen con su padre en la isla de San Andrés y se encuentran ante la imposibilidad de reencontrarse con su madre desde que fue expulsada del archipiélago. Por esta razón, la Sala estudiará la afectación del derecho fundamental a tener una familia y no ser separado de ella de los citados menores de edad.

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

En aras de proteger la identidad cultural de las comunidades nativas y preservar el medio ambiente y los recursos naturales del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, nuestra Carta Magna permitió limitar el ejercicio de los derechos de circulación y residencia, instaurar controles a la densidad de su población, regular el uso de su suelo e imponer condiciones especiales a la enajenación de los bienes inmuebles ubicados en el mencionado territorio insular. Precisamente, en desarrollo del artículo 310º superior¹⁸ y en ejercicio de las facultades que le otorgó el artículo transitorio 42º¹⁹, el Presidente de la República expidió el Decreto 2762 de 1991.

¹⁶ 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 [...]*.”

¹⁷ Véanse, Sentencias T-408 de 1995, T-510 de 2003, T- 292 de 2004, T-397 de 2004, T-887 de 2009, T-946 de 2012, T-094 de 2013 y T-569 de 2013.

¹⁸ 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*”.

¹⁹ 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*”.

Como dicho decreto tiene como fin regular y, a su vez, limitar los derechos de circulación y residencia en el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, con el propósito de preservar la cultura de las comunidades nativas y los recursos naturales existentes dentro de este territorio, esta normativa, determina quiénes pueden residir permanentemente en este, así como aquellos que pueden permanecer de manera temporal y los que tienen posibilidad de desarrollar actividades laborales allí.

En efecto, el Decreto 2762 de 1991, prevé varias situaciones, la primera de ellas, es la dispuesta en el artículo 2º, según el cual las personas que cumplan los presupuestos que a continuación se enuncian, adquieren, de manera automática, el derecho a residir en el mentado territorio insular:

“Podrá adquirir el derecho a residir en forma permanente en el Departamento Archipiélago quien:

“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”

Y, en segundo término, el mencionado decreto consagra las condiciones que deben cumplirse para obtener el derecho a la residencia permanente dentro de San Andrés con cierto grado de discrecionalidad administrativa. Así, el artículo 3º dispone:

“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.”

Quienes adquieran la residencia permanente dentro del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina tendrán derecho a:

- “1. Trabajar en forma permanente.*
- 2. Estudiar en un establecimiento educativo del Archipiélago.*
- 3. Inscribirse en el Registro Mercantil y ejercer actividades de comercio de manera permanente.*
- 4. Ejercer el derecho al sufragio para las elecciones departamentales y municipales.”²⁰*

Las citadas disposiciones hacen referencia a la adquisición de la residencia permanente, sin embargo, el decreto también previó la posibilidad de la residencia temporal, a la cual tienen derecho quienes estén en las siguientes circunstancias:

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

²⁰ Decreto 2762 de 1991, artículo 5.

El interesado en obtener la residencia temporal, deberá demostrar que tiene vivienda adecuada y capacidad económica para su sostenimiento en el Archipiélago.”²¹

La prenombrada norma también contempla los eventos en los cuales una persona se encuentra en “*situación irregular*” dentro del territorio insular y, por tanto, debe ser sancionada. En relación con el punto dijo:

“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 naturales del Archipiélago;

d) Realicen actividades laborales dentro del Archipiélago, sin estar autorizado para ello.”²²

Las personas que se encuentren bajo los supuestos señalados, serán devueltas a su lugar de origen y deberán pagar una multa hasta de veinte salarios mínimos legales mensuales vigentes.²³

La Corte, en sede de control abstracto, mediante Sentencia C-530 de 1993²⁴, estimó que las limitaciones impuestas por este decreto para ingresar, circular, residir, trabajar, elegir y ser elegido en el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina obedecían a un propósito constitucional y eran necesarias, adecuadas y proporcionales en la medida en que, para 1991, dicho territorio había sufrido un acelerado y perjudicial acrecentamiento poblacional, lo cual ponía en riesgo su frágil ecosistema; a la administración le era imposible satisfacer las necesidades de todos los habitantes lo que dificultaba su supervivencia y la preservación de las diferencias y la identidad cultural de los raizales tenía cada vez más obstáculos²⁵.

²¹ Decreto 2762 de 1991, artículo 7.

²² Decreto 2762 de 1991, artículo 18.

²³ Decreto 2762 de 1991, artículo 19.

²⁴ M.P. Alejandro Martínez Caballero.

²⁵ 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*

En sede de control concreto, este Tribunal, se ha pronunciado, en múltiples oportunidades, respecto del régimen de control de densidad poblacional en el territorio insular.

Así, en la Sentencia T-650 de 2002²⁶, la Corte conoció el caso de una persona que le fue negada su residencia permanente y, consecuentemente, se le ordenó abandonar San Andrés, porque su vivienda no poseía las condiciones óptimas, no obstante que: (i) había residido durante un lapso de 5 años antes de la entrada en vigencia del Decreto 2762 de 1991; (ii) tenía como compañera permanente a una persona oriunda de la isla, y (iii) de dicha unión había nacido una menor. Frente a la decisión negativa, el demandante presentó los recursos de reposición y apelación. Al transcurrir más 4 meses, sin ser resuelto el último recurso, se presentó el amparo constitucional. En esta ocasión, este Tribunal concedió la tutela al derecho fundamental al debido proceso y de petición sin entrar a definir si al accionante debía otorgársele o no la residencia²⁷.

Luego, en la Sentencia T-1117 de 2002²⁸, este Tribunal resolvió el caso de nueve funcionarios de la Contraloría General de la República a quienes no les

simple proyección de las cifras actuales sobre incremento poblacional, San Andrés tendría más de 100.000 habitantes, asentados en sólo 27 de los 70 Km2 que tiene el Archipiélago en su conjunto, lo cual haría inviable la supervivencia del hombre. Es más, si, por vía de hipótesis, la población actual no aumentase -lo que los economistas llaman ceteris paribus-, la vida también se vería amenazada, como quiera que los altos índices de consumo de los escasos recursos naturales terminarían necesaria y fatalmente por acabar con éstos. En efecto, según se vio, los servicios públicos básicos o indispensables para la vida -acueducto, alcantarillado, tratamiento de basuras, energía, etc.-, se irán agotando hasta llegar a la terminación del suministro del servicio. De entre la población, indiscutiblemente el mayor precio lo pagarían los raizales, con lo cual de paso se atentaría contra la garantía constitucional de protección de la diversidad étnica y cultural del país. Así mismo, en tierra y mar se presenta un consumo masivo de los recursos que atenta contra la supervivencia de la fauna y flora terrestre y marítima. Al ritmo actual pronto desaparecerán muchas especies. Igualmente se está atentando contra la conservación de los arrecifes de coral. Providencia ostenta la especial característica de tener el único arrecife de coral barrera en el Océano Atlántico. Un arrecife de coral es una formación milenaria de la que podría afirmarse que 'se ha formado por el ahorro de centavos y ahora se gasta por millones'. Necesariamente habrá un punto de extinción irreversible. La Corte observa pues con preocupación que del material probatorio allegado a este proceso se deduce que San Andrés, Providencia y Santa Catalina son unas especies en vías de extinción, ya que la densidad y el desarrollo están desbordando hasta límites de no retorno el sistema biológico frágil de las Islas". Ver también la Sentencia T-1117 de 2002 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), donde se señaló que "son tres los valores constitucionales que justifican las restricciones constitucionales a la libertad de locomoción (artículos 310 y 42, C.P.). El primero es un problema de sobrepoblación, que además de afectar físicamente a la Isla, perjudica a sus habitantes, pues la administración no cuenta con los suficientes recursos para atender las necesidades básicas de la población. En segundo lugar se encuentra la protección al medio ambiente, como se dijo, la sobrepoblación puede afectar considerablemente el frágil ecosistema de las Islas. Y finalmente, pero no por ello menos importante, la protección a la diversidad cultural, pues buena parte de los isleños son integrantes de comunidades nativas, un grupo humano con diferencias culturales considerables respecto del resto de la población del país, y con una identidad cultural protegida por la Constitución (artículo 7, C.P.)".

²⁶ M.P. Jaime Araujo Rentería.

²⁷ Véase, Sentencia T-214 de 2014. M.P. María Victoria Calle Correa.

²⁸ M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

fue otorgada la tarjeta de residencia temporal bajo el argumento según el cual no cumplían con los presupuestos establecidos en el Decreto 2762 de 1991. En esta oportunidad la Corte tuteló los derechos fundamentales de los demandantes al considerar que la OCCRE no había dado el mismo tratamiento que le había brindado a otros funcionarios del orden nacional que sí obtuvieron el derecho de residencia temporal porque no se les exigió requisitos adicionales a la solicitud que elevaron²⁹.

Después, esta Corporación, a través de la Sentencia T- 725 de 2004³⁰, analizó la situación de una persona homosexual residente permanente en San Andrés que solicitó la extensión de este derecho para su compañero permanente, también homosexual, con quien había vivido en unión marital de hecho por más de 3 años. Dicha petición fue negada al considerarse 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. La Corte si bien consideró que la

solicitud era improcedente, pues, la familia que la Constitución protegía, para ese momento, tenía solamente el carácter de heterosexual y monogámica³¹, ordenó revocar la decisión de la OCCRE, teniendo en cuenta que el interesado cumplía las condiciones necesarias para solicitar la residencia permanente, independientemente, de tener o no una unión marital con un residente³².

A continuación, la Corte, en la Sentencia T-701 de 2013³³, analizó el caso de un trabajador que vivió por más de 3 años en el territorio insular con tarjeta de residente temporal pero a quien se le negó, posteriormente, la residencia permanente porque a juicio de la OCCRE, ya se le había renovado su licencia durante 3 ocasiones. Según el demandante, su estadía en la isla era requerida por su empleador por la exclusividad en la labor que desempeñaba. Para este Tribunal, la decisión de la autoridad accionada fue acertada, toda vez que buscó controlar la densidad poblacional del Departamento en los términos fijados por el artículo 310 superior. Reforzó lo anterior, la información allegada, por la compañía, en sede de revisión, según la cual, ya se había contratado a un isleño con la suficiente capacitación para ocupar el cargo del petente³⁴.

²⁹ Ibid.

³⁰ M.P. Rodrigo Escobar Gil.

³¹ Respecto de esta interpretación constitucional debe advertirse que la jurisprudencia constitucional fue modificándose, hasta el punto, que hoy es admisible la unión de hecho entre parejas del mismo sexo y su reconocimiento como familia e incluso, recientemente, el máximo órgano de la jurisdicción constitucional unificó criterios y permitió la celebración del matrimonio civil entre personas del mismo sexo. Frente al tema, véanse, Sentencias C-029 de 2009 y C-577 de 2011y SU-214 de 2016.

³² Ibid.

³³ M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

³⁴ Ibid.

Seguidamente, en la Sentencia T-943 de 2013³⁵, esta Sala de Revisión resolvió, en primer lugar, el caso de dos hermanas que fueron expulsadas de San Andrés por encontrarse en situación irregular, luego de permanecer durante más de 20 años en el archipiélago, tiempo durante el cual conformaron sus respectivas familias y negocios, situación que no solamente a ellas afectó, sino también, a sus pequeños hijos, toda vez que, unos, corrieron la misma suerte y otro, raizal de dicho departamento, fue separado abruptamente de su progenitora, tras la expulsión y, en segundo término, el de un joven de 32 años, hijo también de una de las demandantes. La Corte consideró que la actuación de la entidad demandada trasgredió los derechos fundamentales de las demandantes, en la medida en que, desconoció las nuevas circunstancias en las que se encontraban, pues, una de ellas, había contraído nupcias con un residente de la isla y había convivido con él por espacio de 3 años y la otra petente, había protocolizado su unión marital, en una notaría de la isla. En este asunto, a pesar de que no se cumplía el tiempo de convivencia exigido, lo decidido por la OCCRE resultaba desproporcionado, en la medida en que la separación familiar, afectó, ostensiblemente, a una menor de edad, hija de dicha unión. En el último caso, para la Corte no se evidenció vulneración alguna de derechos fundamentales, toda vez que el actor no cumplía ninguno de los presupuestos del Decreto 2762 de 1991 para adquirir la residencia en la isla y tal y como había sido manifestado en el interrogatorio de parte, este no había residido con su madre desde que aquella había arribado al archipiélago.

Más adelante, en la Sentencia T-214 de 2014³⁶, la Corte conoció del caso de una persona que se encontraba tramitando la tarjeta de residencia por motivos de convivencia pero a quien, le fue imposible presentar los documentos requeridos de manera oportuna y por ello fue expulsada de la isla. En dicha ocasión, la Corte tuteló su derecho fundamental al debido proceso y el derecho de sus menores hijos a la unidad familiar por considerar que la entidad demandada había omitido responder una petición en la que el demandante solicitaba un plazo adicional para allegar los documentos faltantes y las sanciones que le fueron impuestas (expulsión y multa) le impedían reunirse con su familia y privaba a sus hijos de su compañía en una importante etapa de su desarrollo.

En la Sentencia T-484 de 2014³⁷, este Tribunal estudió el asunto planteado por un hombre que había vivido en el territorio insular por espacio de 7 años con su esposa, residente permanente del archipiélago y con su hijo de 3 años de edad, nacido allí. La entidad demandada le había otorgado al demandante el derecho a la residencia temporal, pero 1 año después, lo declaró en situación irregular y lo expulsó de la isla por cuanto había laborado sin cancelar una deuda de cuyo pago dependía la expedición de su tarjeta de residente. Como la sanción obedeció a que el actor había laborado sin estar autorizado para ello

³⁵ M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

³⁶ M.P. María Victoria Calle Correa.

³⁷ M.P. María Victoria Calle Correa.

porque había adquirido su residencia temporal por motivos de convivencia y no por razones laborales, la Corte concluyó, en aplicación del principio de equidad, de razonabilidad *a fortiori* y de “el que puede lo más, puede lo menos”, que el accionante sí tenía autorización para trabajar desde el momento mismo en que adquirió la residencia. A juicio de esta Corporación el permiso laboral es tácito y automático, razón por la cual, no se requiere de ninguna formalidad adicional al reconocimiento de la residencia temporal.

Finalmente, en la Sentencia T-371 de 2015³⁸, la Corte resolvió el asunto expuesto por una persona homosexual que había vivido en unión marital de hecho por más de 3 años con una residente permanente de la isla y que fue expulsada por no asistir a la diligencia de declaración sobre su situación jurídica, sin tener en cuenta que se encontraba en una incapacidad médica, hecho que había sido, debidamente, informado por su pareja. Frente a la decisión, a su juicio, lesiva, la demandante presentó los recursos de reposición y apelación. Al transcurrir un tiempo considerable, sin ser resuelto el último recurso, se presentó la acción constitucional. Para este Tribunal, en primer lugar, la entidad accionada, no estudió de fondo lo referente a la incapacidad de la actora, en segundo término, no resolvió el recurso de apelación dentro de un plazo razonable y, finalmente, sin justificación válida, otorgó un trato distinto a la petente, pues, en su criterio, sí se cumplían los requisitos establecidos en el Decreto 2762 de 1991, incurriendo en una discriminación por estar presente una categoría sospechosa.

7. Caso concreto

Como quedó expuesto, Yesid De Ávila Emiliani formuló acción de tutela contra la OCCRE, por una presunta violación del derecho fundamental de sus hijos Jeicol David De Ávila Quiñones y Yuranis Quiñones Pacheco, a tener una familia y no ser separado de ella, en la que considera incurrió la entidad demandada al declarar, mediante Resolución N° 0087, del 30 de abril de 2014, a su compañera permanente, Kelis Carolina Quiñones Pacheco y madre de los mencionados niños, en situación irregular y como consecuencia de ello, ordenar su devolución al último lugar de embarque.

Según la OCCRE no ha vulnerado en ningún momento los derechos fundamentales invocados, toda vez que, en este caso, se observaron las normas que limitan y regulan los derechos de circulación y residencia en el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina de conformidad con el Decreto 2762 de 1991 “*Por medio del cual se adoptan medidas para controlar la densidad poblacional en el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina*”. Particularmente, tuvo en cuenta que una vez revisada la base de datos, se constató que la señora Kelis Carolina Quiñones Pacheco ingresó a la isla desde el año 2005 con el

³⁸ M.P. Jorge Ignacio Pretel Chaljub.

propósito de adelantar sus estudios de secundaria y para tal fin, este órgano, le concedió el permiso respectivo. Sin embargo, no se registra que, posteriormente, el demandante, haya elevado solicitud de residencia por convivencia, en favor de su compañera permanente o alguna petición relacionada con tal circunstancia.

La autoridad judicial que conoció del asunto negó la solicitud de amparo al considerar que el demandante no ha presentado ninguna solicitud con el fin definir la residencia de su compañera permanente. Advirtió que por el simple hecho del nacimiento de los niños no cabía favorecer a quienes presentan la tutela ni ello le permitía a la señora Quiñones Pacheco seguir en situación irregular en este territorio insular, lo cual justifica que la OCCRE adoptara la decisión reprochada. Igualmente, destacó que como se cuestiona la legalidad de un acto administrativo, el conflicto suscitado debe ser resuelto por la jurisdicción contencioso administrativa, mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, máxime si se tiene en cuenta que ya transcurrió el término de 2 meses sin que los recursos hayan sido resueltos, dando a entender que hubo pronunciamientos fictos negativos susceptibles de cuestionamiento judicial.

Con fundamento en la reseña fáctica expuesta y las pruebas que obran dentro del expediente, la Sala de Revisión encuentra acreditados los siguientes hechos:

- Jeicol David De Ávila Quiñones, nació en el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, el 30 de octubre de 2011. Es hijo de los señores Yesid De Ávila Emiliani y Kelis Carolina Quiñones Pacheco conforme al registro civil de nacimiento con indicativo serial N° 36231764 y NUIP 1.030.221.565. (Folio 17)

- Yuranis Quiñones Pacheco, nació en el Departamento del Atlántico, el 10 de noviembre de 2013. Es hija de la señora Kelis Carolina Quiñones Pacheco. El nombre del padre no se consignó en el registro civil de nacimiento con indicativo serial N° 53310171 y NUIP 1.043.693.945. (Folio 16)

- La señora Kelis Carolina Quiñones Pacheco, madre de los menores de edad en favor de quienes se presenta la acción de tutela y compañera permanente del demandante, se presentó en las instalaciones de la OCCRE, el 29 de abril de 2014, con el fin de constatar la presunta vulneración del Decreto 2762 de 1991. En dicho lugar se realizó una diligencia de versión libre en la cual manifestó lo siguiente:

“PREGUNTADO: Por sus generales de ley.

CONTESTADO: me llamo como viene anotado, de 19 años de edad, resido en el barrio Cliff , no se bien [la dirección] porque apenas es que estoy viviendo con él en la casa, [antes] éramos novios pero no vivíamos juntos.

PREGUNTADO: Tiene conocimiento del motivo por el cual fue conducid[a] ante esta oficina? **CONTESTADO:**

*Sí, porque no tengo la OCCRE, entré y me iban a sacar enseguida por que (SIC) no sabían que tenía un hijo con un muchacho de aquí. **PREGUNTADO:** Manifiéstele al despacho en qué fecha ingresó al Departamento Archipiélago. **CONTESTADO:** Yo llegué en el 2005, a estudiar, llegué con mi mamá y nos dieron permiso para estar aquí porque mi hermano es guardián y vino aquí a trabajar, estudié en el Colegio Cajasai y en el Colegio Bolivariano, en Cajasai estudié en el 2006 y en el Bolivariano desde el 2007 hasta el 2009. **PREGUNTADO:** Manifieste al despacho, si usted alguna vez tuvo la tarjeta OCCRE, en caso afirmativo desde cuándo? **CONTESTADO:** No nunca solo permisos para poder estudiar acá ya que mi hermano estaba trabajando acá como guardián. **PREGUNTADO:** Tiene algún trámite para solicitud de la tarjeta OCCRE? **CONTESTADO:** No. **PREGUNTADO:** Tiene algo más que agregar, corregir, aclarar o enmendar a la presente declaración? **CONTESTADO:** No”. (Folio 7)*

- La OCCRE, mediante Resolución N° 0087, del 30 de abril de 2014, declaró en situación irregular a la señora Kelis Carolina Quiñones Pacheco y, en consecuencia, la sancionó con la devolución al último lugar de embarque, la imposición de una multa y la inclusión en la lista de personas que no pueden ingresar a la isla. (Folio 8)

- El 14 de mayo de 2014, mediante apoderado judicial, Kelis Carolina Quiñones Pacheco interpuso contra la citada resolución, el recurso de reposición y en subsidio el de apelación. (Folios 12-15)

- El órgano demandado, a través de la Resolución N° 019 de 2016³⁹, resolvió el recurso de reposición, confirmando la decisión recurrida al considerar “que en el expediente no existe prueba alguna que demuestre la real convivencia de la actora con el Sr. De Ávila Emiliani, de cuya relación nacieron los menores JEICOL DAVID DE ÁVILA QUIÑONES en el año 2011 en la ciudad de San Andrés, Isla y YURANIS QUIÑONES PACHECO en el año 2013 en la ciudad de Barranquilla”. (Folio 26)

Adicionalmente, se señaló que la base de datos no registra trámite de convivencia alguno por parte de los señores Yesid De Ávila Emiliani y Kelis Carolina Quiñones Pacheco.

- Según la información suministrada, vía telefónica, por la Oficina Jurídica del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, el recurso de apelación interpuesto contra la Resolución N° 0087, del 30 de abril de 2014, aún no ha sido resuelto.

³⁹ En el mencionado acto administrativo no se consigna la fecha de expedición del mismo.

Sobre este punto, la Sala advierte que si bien, conforme lo dispuesto por el artículo 86° del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, actualmente vigente, agotado el plazo de 2 meses, que tiene la administración para resolver los recursos de reposición o apelación sin que ello se produzca, ha de entenderse que la decisión es negativa y según lo consagrado en el numeral 2° del artículo 161° de la citada normatividad, es posible que el administrado pueda recurrir ante la misma administración o ante la jurisdicción contencioso administrativa, este acto ficto y sin desconocer que esta presunción se erige como un instrumento adecuado para garantizar, entre otros, el debido proceso y el acceso a la administración de justicia, vulnerados por la omisión de la administración al no responder oportunamente los requerimientos elevados por los ciudadanos, debe entenderse que esta ficción no exime a la administración de absolver la solicitud, porque el derecho de petición solo se satisface cuando el Estado profiriere respuestas claras, precisas y de fondo.

Visto el anterior panorama, para la Sala de Revisión, la decisión de la OCCRE, consistente en declarar en situación irregular a la señora Kelis Carolina Quiñones Pacheco y, en consecuencia, expulsarla de San Andrés ocasionó la separación familiar de una madre con sus pequeños hijos, pues, Jeicol David y Yuranis siguen residiendo en la isla, mientras que su progenitora permanece en Barranquilla.

Resulta de vital importancia, rememorar que de acuerdo con lo dicho por el demandante, la salida de la señora Quiñones Pacheco de San Andrés, el 15 de agosto de 2014, obedeció a que su hija Yuranis, quien para ese entonces contaba con 9 meses de edad, requirió por sus condiciones de salud de atención médica en la ciudad de Barranquilla, la cual fue brindada por la EPS CAPRECOM. Hecho que para la Sala, será admitido y valorado, al no existir prueba en contrario y atendiendo las implicaciones derivadas de la aplicación del principio de la buena fe (art. 83° constitucional).

De acuerdo con lo manifestado por el señor Yesid De Ávila Emiliani en la demanda de tutela y lo declarado ante las oficinas de la OCCRE por la señora Kelis Carolina Quiñones Pacheco, ellos habían iniciado su convivencia. No obstante, si bien no se tiene certeza del tiempo convivido, para la Sala, lo resuelto por la OCCRE, en el presente caso, fue desproporcionado, arbitrario y violatorio de los derechos fundamentales de los niños Jeicol David y Yuranis. Respecto de esta última se dijo en la demanda de tutela, hecho que no fue controvertido por el órgano accionado, que a sus pocos meses de vida por quebrantos de salud debió salir de San Andrés con destino a Barranquilla para recibir tratamiento médico y después tuvo que padecer la abrupta separación de su madre.

El órgano demandado solo se limitó a observar, si en la base de datos existía solicitud pendiente de residencia por parte de los señores De Ávila y Quiñones y al no encontrarla, mediante Resolución N° 0087, del 30 de abril de 2014, declaró a Kelis Carolina en estado irregular y, en consecuencia, la sancionó

con la devolución al último lugar de embarque, la imposición de una multa y la inclusión en la lista de personas que no pueden ingresar a la isla, sin tener en cuenta las circunstancias reales de dos menores de edad y desconociendo el derecho que ellos tienen a una familia que los ame y les brinde la protección necesaria para su desarrollo físico, intelectual y emocional, más aún en las condiciones en las que se encontraba uno de ellos.

Por las anteriores consideraciones, la Corte ordenará a la OCCRE que reconozca y otorgue la residencia temporal a Kelis Carolina Quiñones Pacheco hasta que acredite los tres años que establece el Decreto 2762 de 1991 para adquirir la residencia permanente, momento en el cual no se le podrá oponer ningún obstáculo o requisito adicional, más allá de la acreditación de la convivencia continua con el señor Yesid De Ávila Emiliani por el tiempo que señala dicho decreto.

Igualmente, se dejará sin efectos las Resoluciones N° 0087 de abril 30 de 2014 y la N° 019 de 2016, toda vez que vulneraron el derecho fundamental a tener una familia y no ser separados de ella de los niños Jeicol David De Ávila Quiñones y Yuranis Quiñones Pacheco, lo que, por contera, ocasiona un perjuicio irremediable por las implicaciones que ello supone, en la crianza, formación y educación de estos sujetos de especial protección constitucional.

Con fundamento en lo expuesto, esta Sala de Revisión revocará el fallo proferido, en primera instancia, por el Juzgado Único Penal del Circuito Especializado de San Andrés, el 11 de febrero de 2016.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR el fallo proferido, en primera instancia, por el Juzgado Único Penal del Circuito Especializado de San Andrés, el 11 de febrero de 2016 que negó el amparo invocado y en su lugar, **TUTELAR** el derecho fundamental a tener una familia y no ser separados de ella de los niños Jeicol David De Ávila Quiñones y Yuranis Quiñones Pacheco.

SEGUNDO.- DEJAR SIN EFECTO las Resoluciones N° 0087 de abril 30 de 2014 y la N° 019 de 2016 proferidas por la Oficina de Control, de Circulación y Residencia- OCCRE, por medio de las cuales se sancionó a Kelis Carolina Quiñones Pacheco, con la devolución al último lugar de embarque, una multa de quince (15) salarios mínimo legales mensuales vigentes, respectivamente y la inclusión en la lista de quienes no pueden ingresar al Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa

Catalina y se resolvió el recurso de reposición interpuesto, confirmándose la decisión inicial.

TERCERO.- ORDENAR a la Oficina de Control de Circulación y Residencia del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina -OCCRE- que en el término de diez (10) días contados a partir de la notificación de la presente providencia, reconozca y otorgue la residencia temporal a Kelis Carolina Quiñones Pacheco, hasta tanto se acrediten los tres años de cohabitación con el señor Yesid De Ávila Emiliani, los cuales, una vez cumplidos y debidamente acreditados, deberá otorgarle la residencia permanente sin oponerle ningún requisito adicional aparte de la convivencia ininterrumpida.

CUARTO.- Líbrese la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Cópiese, notifíquese, insértese en la gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO
Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO
Magistrada

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO
Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General