

Sentencia T-371/15

Referencia: Expediente T-4.829.094

Acción de tutela instaurada por Paola Beatriz Olivo Hernández contra la Oficina de Control de Circulación y Residencia - OCCRE- del Departamento del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

Derechos Fundamentales invocados: Debido proceso, igualdad, derecho de petición.

Temas: (i) procedencia de la acción de tutela contra actos administrativos de contenido particular y concreto, (ii) principio de igualdad y no discriminación y la orientación sexual como criterio sospechoso de discriminación y (iii) el derecho de residencia en el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina en la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Problemas Jurídicos: Corresponde a la Sala a) determinar si la Oficina de Control de Circulación y Residencia -OCCRE- del Departamento del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, vulneró los derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad y al derecho de petición de la accionante, quien convive desde el año 2007 con su compañera permanente y su hijo adoptivo, (i) al declararla en situación irregular en la Isla de San Andrés sin haberla oído en versión libre, (ii) al no haberle dado el trámite oportuno y en un tiempo razonable, al recurso interpuesto por la actora contra dicha decisión; y b) establecer si la determinación de tal autoridad de no otorgarle a la actora la residencia en la Isla se fundamentó en su

orientación sexual desconociéndose el derecho fundamental a la igualdad.

Magistrado Ponente:
JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Bogotá D.C., dieciocho (18) de junio de dos mil quince (2015)

La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados Jorge Ignacio Pretelt Chaljub -quien la preside-, Alberto Rojas Ríos y Myriam Ávila Roldán (E), en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, y específicamente de las previstas en los artículos 86 y 241, numeral 9°, de la Constitución Política, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el trámite de revisión del fallo adoptado por el Juzgado Único Administrativo del Circuito de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, mediante sentencia del 18 de diciembre de 2014, en el proceso de tutela promovido por la señora Paola Beatriz Olivo Hernández contra el Departamento del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina – Oficina de Control de Circulación y Residencia- OCCRE.

Conforme a lo consagrado en los artículos 86 de la Constitución Política y 33 del Decreto 2591 de 1991, el 27 de marzo de 2015 la Sala de Selección Número Tres de la Corte Constitucional eligió¹, para efectos de su revisión, el asunto de la referencia.

De acuerdo con el artículo 34 del Decreto 2591 de 1991, esta Sala de Revisión procede a dictar la sentencia correspondiente.

1. ANTECEDENTES

1.1. SOLICITUD

1.1.1. La accionante indica que desde el día 5 de mayo de 2007 se encuentra conviviendo con su pareja Claudia Rocío Ballestas Pedroza en unión marital de hecho, en la Isla de San Andrés.

1.1.2. Señala que el día 20 de enero de 2008, día del nacimiento del menor de edad Samuel Santana Care, su compañera inició los trámites legales pertinentes para la adopción del niño, la cual obtuvo por medio de la sentencia del 21 de enero de 2011, proferida por el Juzgado de Familia de San Andrés.

¹ Conformada por los Magistrados Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y Luis Ernesto Vargas Silva.

- 1.1.3.** Informa que debido a una denuncia anónima presentada en su contra, el 15 de abril de 2010, fue citada, por parte de la OCCRE, para rendir declaración sobre su situación jurídica en la Isla.
- 1.1.4.** Afirma que no le fue posible presentarse ante la OCCRE en la fecha indicada, debido a que se encontraba incapacitada por quince días, lo cual fue informado a la mencionada entidad por parte de su pareja, quien solicitó, además, que se efectuara nueva citación para rendir declaración.
- 1.1.5.** Manifiesta que sin atenderse la referida solicitud, ni la incapacidad en mención, fue declarada en situación irregular en la Isla de San Andrés, mediante Resolución No. 001833 de la OCCRE, emitida el 29 de abril de 2010, por el hecho de haber excedido el tiempo de estadía legalmente establecido. Todo lo anterior, según señala, sin haber sido oída en versión libre.
- 1.1.6.** Relata la actora que no obstante lo anterior, interpuso el recurso de reposición y en subsidio de apelación el 30 de abril de 2010, mediante el cual explicó que al llevar más de 3 años de convivencia con su pareja, no se encontraba en una situación irregular.
- 1.1.7.** Aduce que mediante Resolución No. 006575, del 9 de diciembre de 2011, el recurso de reposición fue resuelto, confirmándose en su totalidad el acto recurrido. No obstante, señala que el recurso de apelación no ha sido decidido.
- 1.1.8.** Sostiene que la OCCRE debe tramitar y otorgar las tarjetas de residencia a las personas que cumplen con los requisitos establecidos en el Decreto 2762 de 1991, entre ellos, aquél que se refiere a la convivencia en unión singular, permanente y continua con persona residente en la isla, sin atender a cuestiones de índole religioso, político, de orientación sexual, entre otras. Por tal razón, señala que en su caso, la orientación sexual no puede ser razón suficiente para recibir un trato diferente.
- 1.1.9.** Asegura que la decisión de la OCCRE afecta su núcleo familiar, pues en cualquier momento puede ser obligada a salir de la Isla y a separarse de su familia, compuesta por su pareja Claudia Rocío Ballestas Pedroza y el menor de edad Samuel Santana Care.
- 1.1.10.** Finalmente, asevera que no ha podido iniciar los estudios que desea llevar a cabo, en razón a que las instituciones educativas de la Isla requieren que su situación de residencia sea definida.

Por lo expuesto, la accionante solicita la protección de sus derechos fundamentales de petición, al debido proceso, a la igualdad, a la unidad familiar por parte de la OCCRE. En consecuencia, pretende que se ordene la revocatoria de la Resolución No. 0010833, emitida por dicha entidad el 23 de abril de 2010, y que se tome una decisión de fondo respecto de su situación jurídica en la Isla, sin tener en cuenta su orientación sexual.

1.2. TRASLADO Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Mediante auto del 4 de diciembre de 2014 el Juzgado Único Administrativo del Circuito de San Andrés, Providencia y Santa Catalina Islas, admitió la acción de tutela y ordenó correr traslado a la accionada para que ejerciera su derecho a la defensa.

1.2.1. Respuesta del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

La entidad accionada señaló que la Resolución 001833 del 23 de abril de 2010, emitida por la OCCRE, se encuentra bajo examen del Despacho de la Gobernadora, en virtud del recurso de apelación que presentó la interesada.

Asimismo, indicó que mediante auto 0116 del 10 de diciembre de 2014, se ordenó la práctica de pruebas de oficio, por un término de 7 días, con el fin de “*buscar la verdad real por encima de la meramente formal*”, teniendo en cuenta que la accionante alega un error de apreciación por parte de esa entidad.

Manifiesta que la facultad de decretar pruebas de oficio, es además, un deber que no puede entenderse como un acto que desconoce el derecho al debido proceso de la actora en modo alguno.

Finalmente, declara que aún resta por evacuarse una prueba que podría ser estimatoria o desestimatoria del derecho de residencia.

Por lo anterior, solicita se niegue la acción de tutela por cuanto dicha entidad no ha vulnerado derecho alguno de la actora.

1.3. PRUEBAS Y DOCUMENTOS

En el expediente obran como pruebas, entre otros, los siguientes documentos:

1.3.1. Copia de la cédula de ciudadanía de la señora Claudia Rocío Ballestas Pedroza².

² Folio 4, Cuaderno de Primera Instancia.

- 1.3.2.** Copia de la carta de residencia de la señora Claudia Rocío Ballestas Pedroza³.
- 1.3.3.** Copia de la cédula de ciudadanía de la señora Paola Beatriz Olivo Hernández⁴.
- 1.3.4.** Copia de la sentencia del 21 de enero de 2011, proferida por el Juzgado Promiscuo de Familia de San Andrés Isla, mediante la cual se decreta la adopción a favor de la señora Claudia Rocío Ballestas Pedroza, del menor de edad Samuel Santana Care, nacido en San Andrés el 20 de enero de 2008⁵.
- 1.3.5.** Copia del “Informe técnico Médico Legal de Lesiones No Fatales” del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, del 12 abril de 2010, en el cual se indica que la accionante presentó edema a nivel de la región interciliar con herida suturada que compromete la región interciliar y frontofacial. Por lo anterior, en dicho documento se le incapacita durante 15 días a partir de dicha fecha⁶.
- 1.3.6.** Copia de la citación, realizada por la OCCRE, en la cual se señala que la señora Paola Beatriz Olivo Hernández debía presentarse en el despacho de tal entidad el 15 de abril de 2010⁷.
- 1.3.7.** Copia de la Resolución No. 001833, del 29 de abril de 2010, mediante la cual se declaró en situación irregular a la accionante por violación del literal b) del artículo 18 del Decreto 2762 de 1991⁸.
- 1.3.8.** Copia de comunicación del 28 de septiembre de 2010, suscrita por la compañera de la actora, Claudia Rocío Ballestas Pedroza, en la cual pide a la OCCRE, la devolución del registro civil que presentó ante esa entidad el 6 de mayo de 2010 al solicitar la tarjeta de residencia para la señora Paola Beatriz Olivo Hernández, pues la asesora de la Oficina de Circulación y Residencia le indicó que dicho documento debía “*venir con nota marginal que dijese: Válido para Matrimonio*”⁹.
- 1.3.9.** Copia de comunicación del 24 de junio de 2011, mediante la cual la accionante pide a la OCCRE certificación en la cual se establezca que la solicitud de su tarjeta de residencia se encuentra en trámite, con el fin de reiniciar sus estudios académicos y de acceder al mercado laboral en la Isla¹⁰.

³ Folio 8, Cuaderno de Primera Instancia.

⁴ Folio 6, Cuaderno de Primera Instancia.

⁵ Folios 6-10, Cuaderno de Primera Instancia.

⁶ Folio 11, Cuaderno de Primera Instancia.

⁷ Folio 14, Cuaderno de Primera Instancia.

⁸ Folio 15, Cuaderno de Primera Instancia.

⁹ Folio 19, Cuaderno de Primera Instancia.

¹⁰ Folio 20, Cuaderno de Primera Instancia

1.3.10. Copia de la comunicación del 31 de octubre de 2011, por medio de la cual la accionante le solicita a la OCCRE, una vez más, que le conceda la tarjeta de residencia, y afirma que su compañera ya presentó petición¹¹.

1.3.11. Copia de la Resolución 006575 del 9 de diciembre de 2011, proferida por la OCCRE, mediante la cual se confirmó lo decidido en la Resolución recurrida por la actora¹².

1.4. DECISIÓN JUDICIAL

1.4.1. Decisión de única instancia -Juzgado Único Administrativo del Circuito de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

Mediante sentencia del 18 de diciembre de 2014, el Juzgado Único Administrativo del Circuito de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, decidió tutelar los derechos fundamentales de petición y debido proceso de la accionante, y ordenó a la entidad accionada realizar la prueba de oficio faltante para resolver el recurso de apelación presentado por la actora.

Además de ello, ordenó a la entidad accionada, que una vez tuviera los elementos necesarios resolviera el mencionado recurso, interpuesto contra la Resolución No. 001833 del 23 de abril de 2010.

Se consideró igualmente que en cuanto a la petición de la accionante de revocar la Resolución, la tutela resultaba improcedente, pues la actora cuenta con los recursos ordinarios que se otorgan en sede administrativa para tal efecto.

Se evidenció que los derechos de petición y al debido proceso fueron efectivamente vulnerados, ya que si bien es cierto, se decretó prueba de oficio dentro del trámite administrativo de apelación, esto se decidió dos años después de haberse concedido el mencionado recurso, por lo cual se concluyó que la conducta de la autoridad accionada fue dilatoria, negligente y tardía.

1.5. PRUEBAS DECRETADAS POR LA SALA EN SEDE DE REVISIÓN

Con el fin de contar con mayores elementos de juicio, la **Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional**, mediante auto del 8 de mayo de 2015, decretó la práctica de las siguientes pruebas:

¹¹ Folio 24, Cuaderno de Primera Instancia.

¹² Folio 25, Cuaderno de Primera Instancia.

1.5.1. Al Departamento del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina –Oficina de Control de Circulación y Residencia- OCCRE, informar si la orden emitida por el Juzgado Único Administrativo del Circuito de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, respecto de la realización de la prueba decretada con el fin de dar trámite a la apelación interpuesta por la actora, fue cumplida por la accionada. Asimismo, se le solicitó a tal entidad indicar si el referido recurso presentado por la accionante fue efectivamente resuelto, y en caso afirmativo, allegaran copia de la Resolución por medio de la cual se contestó el recurso de apelación.

Por otra parte, se solicitó concepto técnico al Centro de Estudios de Derecho y Justicia –“DeJusticia”, a la Defensoría del Pueblo y a Colombia Diversa sobre los problemas jurídicos que plantea el proceso bajo revisión.

1.5.2. Respuesta de la Oficina de Control de Circulación y Residencia- OCCRE del Departamento del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina

Mediante respuesta entregada en la Secretaría General de la Corte Constitucional el 2 de junio de 2015, la accionada allegó, entre otros, los siguientes documentos:

- (i) Copia del auto No. 011 del 10 de diciembre de 2014, por medio del cual se ordenó la práctica de la prueba de oficio dentro del trámite de apelación, consistente en la inspección de la vivienda de la accionante, con el fin de comprobar la convivencia existente entre la señora Paola Beatriz Olivo Hernández y Claudia Ballestas Pedroza.
- (ii) Copia del Acta de visita realizada el 26 de diciembre de 2014, por los inspectores de la Oficina de Control Poblacional en la vivienda de la actora, en la cual se concluyó que la accionante y su pareja convivían desde hace más de tres años en dicho domicilio.
- (iii) Copia de la Resolución No. 00130 del 16 de Enero de 2015, por medio de la cual se resolvió el recurso de apelación interpuesto por la actora. En dicho acto administrativo se confirmó la decisión por medio de la cual se negó a la accionante la residencia en la Isla, pues se consideró que aunque la accionante cumplía con los requisitos para obtener lo solicitado, ello no cambiaba el hecho de que la actora había permanecido, en situación irregular, desde el año 2007 en el Departamento Archipiélago. En efecto, se indicó que la señora Paola Beatriz Olivo Hernández solamente tenía derecho de permanecer en la Isla durante 4 meses, pues a juicio de la accionada no puede acceder a la residencia por haber ingresado como turista y no haber observado los requisitos legales.

Por dicha razón, afirmó la OCCRE no se procedió a analizar de fondo el cumplimiento o no de los requisitos para obtener la residencia, establecidos en el artículo 3 del Decreto 1762 de 1991.

1.5.3. Intervención en sede de revisión de Colombia Diversa.

Mediante correo electrónico recibido el 12 de junio de 2015, la Organización Colombia Diversa envió el concepto solicitado.

Indicó, en primer lugar, que la autoridad accionada tardó más de tres años para resolver los recursos formulados por la accionante dentro del término legal previsto, confirmando la declaratoria de permanencia irregular en el Departamento.

En segundo lugar, enfatizó en que la accionante expuso, mediante el mencionado recurso de apelación, su contexto familiar, lo cual fue desconocido por la accionada, quien no tuvo en cuenta que la pareja, junto con el niño Samuel, conforman una familia tal como lo ha reconocido el ordenamiento colombiano y la jurisprudencia constitucional, y que, por tanto, la actora está cobijada por el presupuesto del artículo 3 del Decreto 2762 de 1991.

En tercer lugar, indicó que si bien es cierto que la OCCRE está facultada para evaluar discrecionalmente las solicitudes de residencia, ese margen de apreciación no puede ser arbitrario ni desconocer los presupuestos del debido proceso, ni las particularidades de cada caso. En ese sentido, resaltó, que si una persona reclama la adquisición de la residencia temporal, corresponderá a la OCCRE evaluar conforme al artículo 7 del Decreto 2762 las condiciones personales del solicitante y su vivienda.

Recordó lo establecido jurisprudencialmente respecto del derecho a tener una familia y a no ser separado de ella, por cuanto en este caso, la decisión de negar la residencia a la accionante, implica la separación de su núcleo familiar.

Así, solicitó que el fallo de única instancia del 18 de diciembre de 2015, del Juzgado Único Administrativo del Circuito de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, fuera revocado.

Asimismo, solicitó ordenar a la accionada que revoque las resoluciones mediante las cuales declaró la situación irregular de la accionante dentro del Departamento, para que en su lugar, profiera una resolución que proteja la unidad familiar y el derecho de la accionante a tener una familiar y no ser separada de ella.

2. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

2.1. COMPETENCIA

Con base en las facultades conferidas por los artículos 86 y 241, numeral 9°, de la Constitución, la **Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional** es competente para revisar los fallos de tutela adoptados en el proceso de la referencia.

En atención a lo expuesto, corresponde a la Sala a) determinar si la Oficina de Control de Circulación y Residencia -OCCRE- del Departamento del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina vulneró los derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad y al derecho de petición de la accionante, quien convive desde el año 2007 con su compañera permanente y su hijo adoptivo, (i) al declararla en situación irregular en la Isla de San Andrés sin haberla oído en versión libre, (ii) al no haberle dado el trámite oportuno y en un tiempo razonable, al recurso interpuesto por la actora contra dicha decisión; b) establecer si la determinación de tal autoridad de no otorgarle a la actora la residencia en la Isla se fundamentó en su orientación sexual, vulnerándole así el derecho fundamental a la igualdad.

Con el fin de dar solución al problema jurídico planteado, la Sala entrará a estudiar los siguientes temas: **primero**, la procedencia de acción de tutela contra actos administrativos de contenido particular y concreto, **segundo**, el principio de igualdad y no discriminación y la orientación sexual como criterio sospechoso, y **tercero**, la jurisprudencia constitucional sobre el derecho de residencia en el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

Posteriormente, con base en dichos presupuestos, abordará el caso concreto.

2.2. PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA ACTOS ADMINISTRATIVOS DE CONTENIDO PARTICULAR Y CONCRETO –Reiteración de Jurisprudencia-

La acción de tutela, consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política, caracterizada por ser preferente y sumaria, busca evitar, de manera *inmediata*, la amenaza o vulneración de un derecho fundamental. Adicionalmente, su procedencia se circunscribe a la condición de que no existan otros medios ordinarios, a través de los cuales se pueda invocar la protección del derecho en cuestión o que, existiendo otro mecanismo jurídico de defensa, carezca de idoneidad para evitar la configuración de un perjuicio irremediable.

En el caso específico de la acción de tutela contra actos administrativos de carácter particular se ha predicado, por regla general, su improcedencia, por cuanto es viable controvertir su contenido e incluso solicitar su suspensión provisional a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Sin embargo, la tutela procede en estos casos, de manera excepcional, cuando la misma se invoque para evitar la configuración de un perjuicio irremediable¹³.

A lo anterior se hizo referencia en la sentencia T-152 de 2012¹⁴, en la cual se analizó lo referente a la procedencia de la acción constitucional como mecanismo ya sea principal o transitorio, contra actuaciones administrativas¹⁵:

“La Corte concluye (i) que por regla general, la acción de tutela es improcedente como mecanismo principal para la protección de derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición de actos administrativos, como quiera que existen otros mecanismos tanto administrativos como judiciales para su defensa; (ii) que procede la acción de tutela como mecanismo transitorio contra las actuaciones administrativas cuando se pretenda evitar la configuración de un perjuicio irremediable; y (iii) que solamente en estos casos el juez de tutela podrá suspender la aplicación del acto administrativo (artículo 7 del Decreto 2591 de 1991) u ordenar que el mismo no se aplique (artículo 8 del Decreto 2591 de 1991) mientras se surte el proceso respectivo ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo”

De tal forma, al ser la acción de tutela residual y subsidiaria, y teniendo en cuenta que su procedencia para la protección de garantías fundamentales exige que no exista otro medio de defensa judicial, o que existiendo, no resulte idóneo y eficaz para evitar la configuración de un perjuicio irremediable, debe indicarse que este último, como lo ha establecido la Corte¹⁶, debe ser “**(i)** inminente, es decir, que se trate de una amenaza que está por suceder prontamente; **(ii)** grave, esto es, que el daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona sea de gran intensidad; **(iii)** porque se requieran medidas urgentes para conjurar el perjuicio irremediable; y **(iv)** por la impostergabilidad de la tutela a fin de garantizar el restablecimiento integral del orden social justo”.

¹³ Al respecto, ver sentencia T-094 de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

¹⁴ M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹⁵ Al respecto, ver Sentencia T-789 de 2012, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

¹⁶ Al respecto, ver Sentencias T-789 de 2012, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y T-066 de 2009, M.P. Jaime Araújo Rentería.

No obstante, es necesario recordar que al tratarse de personas en estado de indefensión o vulnerabilidad, la Corte ha determinado que el examen de los requisitos exigidos para probar el perjuicio irremediable no debe ser tan riguroso. Con relación a ello, en sentencia T-1316 de 2001¹⁷, la Corte estableció lo siguiente:

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

Asimismo, se señaló en dicha providencia:

“(...)algunos grupos con características particulares, como los niños o los ancianos, pueden llegar a sufrir daños o amenazas que, aún cuando para la generalidad de la sociedad no constituyen perjuicio irremediable, sí lo son para ellos, pues por encontrarse en otras condiciones de debilidad o vulnerabilidad, pueden tener repercusiones de mayor trascendencia que justifican un “tratamiento diferencial positivo”¹⁸, y que amplía (sic) a su vez el ámbito de los derechos fundamentales susceptibles de protección por vía de tutela...”

En ese orden, se tiene que el juez constitucional debe ponderar en cada caso en particular el cumplimiento de los requisitos anteriormente expuestos, en aras de decidir acerca de la suspensión de un acto administrativo de carácter particular por medio de la acción de tutela, toda vez que, de estar acreditada la gravedad de la situación y la falta de idoneidad y eficacia de los mecanismos ordinarios para la real protección de las garantías fundamentales involucradas, este mecanismo resulta ser el apropiado.

En suma, conforme a lo prescrito en el artículo 86 de la Constitución Política, la procedencia de la acción constitucional contra actos administrativos de contenido particular y concreto es absolutamente excepcional, pues solamente puede llegar a prosperar bajo alguna de las siguientes hipótesis: (i) cuando las acciones ordinarias sean lo

¹⁷ M.P. Rodrigo Uprimny Yepes.

¹⁸ “Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-347 DE 1996, MP. Julio César Ortiz. En el mismo sentido, ver la Sentencia T-416/01 MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.”

suficientemente amplias para proveer un remedio integral, pero no sean expeditas o idóneas para evitar el acontecimiento de un perjuicio irremediable. En este caso será procedente la acción como mecanismo transitorio, mientras se resuelve el caso a través de la vía ordinaria; y (ii) cuando las acciones ordinarias no sean susceptibles de resolver el problema de manera integral, caso en el cual es procedente conceder la tutela de manera directa, como mecanismo eficaz e idóneo de protección de los derechos constitucionales¹⁹.

2.3. PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN Y LA ORIENTACIÓN SEXUAL COMO CRITERIO SOSPECHOSO

2.3.1. Principio de Igualdad y No Discriminación

2.3.1.1. Como primera medida, debe recordarse que el artículo 13 de la Constitución establece que todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, por lo que recibirán la misma protección y trato de las autoridades y disfrutarán de los mismos derechos, oportunidades y libertades, sin ningún tipo de discriminación que responda a razones de tipo religioso, político, étnico, sexual, o de otra índole.

Asimismo, la Carta establece que el Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea efectiva y real, por lo que se deben adoptar políticas a favor de grupos discriminados o marginados, pues dicho principio, en sus múltiples manifestaciones -igualdad ante la ley, igualdad de trato, e igualdad de oportunidades- es un derecho fundamental de cuyo respeto depende la dignidad y la realización de la persona humana.

2.3.1.2. En el ámbito internacional, siendo Colombia Estado Parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, resulta oportuno referirse a lo que ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en lo alusivo al principio de igualdad y no discriminación, pues dicho Tribunal ha declarado que el mismo debe considerarse como perteneciente al *ius cogens* internacional, ya que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público y, adicionalmente, se trata de un principio de carácter fundamental, sobre el cual se funda todo ordenamiento de un Estado democrático²⁰.

Igualmente, la Corte Interamericana ha indicado que hoy en día no pueden admitirse actos o decisiones que entren en oposición con dicho principio, por lo cual, en cumplimiento de dicha obligación, los Estados deben: a) abstenerse de realizar acciones que se dirijan, directa o

¹⁹ Al respecto, ver sentencias SU-961 de 1999, MP. Vladimiro Naranjo Mesa; T-468 de 1999 MP. José Gregorio Hernández Galindo, T-033 de 2002. MP. Rodrigo Escobar Gil y T-693 de 2012, M.P. María Victoria Calle Correa.

²⁰ Al respecto, ver Sentencia T-248 de 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

indirectamente, a crear situaciones de discriminación *de jure* o *de facto*; b) adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias, en perjuicio de determinado grupo de personas, y; c) establecer distinciones objetivas y razonables, cuando éstas se realicen con el debido respeto a los derechos humanos y de conformidad con el principio de la aplicación de la norma que mejor proteja a la persona humana²¹.

Asimismo, en el artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y en el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) se establece la obligación de cada Estado Parte de respetar y garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción, los derechos reconocidos en el Pacto, sin discriminación alguna por raza, color, sexo, idioma, religión, opinión, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra índole.

En el mismo sentido, en el documento *“Orientación sexual e identidad de género en el derecho internacional de los derechos humanos”*, la Oficina Regional para América del Sur del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos -ACNUDH-, señaló respecto, del principio de igualdad y no discriminación, lo siguiente:

“El Comité de Derechos Humanos, en su Observación General n° 18, precisó que el término « discriminación », tal como se emplea en el Pacto, debe entenderse referido a toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas.»”²²

2.3.1.3. En cuanto a lo establecido por la Corte Constitucional, debe indicarse que en virtud del principio a la igualdad y no discriminación, esta Corporación ha señalado que recae en cabeza del Estado la obligación de abstenerse de incentivar o de realizar tratos discriminatorios, por una parte; y por otra, la de adoptar las medidas necesarias tendientes a

²¹ Corte IDH. “Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados”. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Párr. 100 y 101; Caso Velez Loor vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218, párr. 152, citado en la Sentencia T-248 de 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

²² Orientación sexual e identidad de género en el derecho internacional de los derechos humanos. Oficina Regional para América del Sur del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos -ACNUDH-, 20 de noviembre de 2013, citado en la Sentencia T-804 de 2014.

superar las condiciones de desigualdad material que enfrentan los grupos poblacionales discriminados²³.

En ese contexto, la Corte ha señalado que el mencionado principio constituye una prohibición de tipo constitucional, la cual no permite que se trate de manera diferente a personas o grupos de personas que se encuentren en circunstancias objetivamente similares. De tal forma, cuando se pretenda implementar alguna regulación que cause la diferenciación de personas o de un grupo determinado de personas, la misma debe ser razonable con el fin de que no resulte arbitraria y sin fundamento²⁴.

Igualmente, el principio estudiado obliga a todos los servidores públicos en el ejercicio de sus funciones, **autoridades administrativas** y jueces, como expresión del sometimiento del poder al derecho y la proscripción de la discriminación y la arbitrariedad. Así mismo, de esta obligación constitucional de igualdad de “*protección y trato*” de las personas, se desprende: (i) el deber a cargo de la administración y la judicatura de adjudicación igualitaria del derecho; (ii) y el **derecho de las personas a exigir de sus servidores que, en el ejercicio de sus funciones administrativas o judiciales, reconozcan los mismos derechos a quienes se hallen en una misma situación de hecho prevista en la ley**²⁵.

En ese orden, la diferenciación debe obedecer a un criterio de proporcionalidad que no termine por afectar otros derechos fundamentales. Así, en la Sentencia T- 330 de 1993²⁶, esta Corporación estableció los criterios que deben ser analizados para concluir si una disposición determinada que crea un trato diferente genera el desconocimiento al derecho fundamental a la igualdad:

*“Para que sea admisible el trato diferente y por lo mismo constitutivo de una **diferenciación constitucionalmente legítima**, deben existir los siguientes requisitos:*

“- En primer lugar, que las personas se encuentren efectivamente en diferente situación de hecho;

“- En segundo lugar, que el trato diferente que se les otorga tenga una finalidad;

²³ Al respecto, ver sentencia T-629 de 2010 M.P. Juan Carlos Henao Pérez y T-248 de 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

²⁴ Al respecto, ver sentencia T- 493 de 2010, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

²⁵ Al respecto, ver sentencia T-493 de 2010, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

²⁶ M.P. Manuel José Cepeda Espinoza.

“- En tercer lugar, que dicha finalidad sea razonable, vale decir, admisible desde la perspectiva de los valores y principios constitucionales;

“- En cuarto lugar; que el supuesto de hecho –esto es, la diferencia de situación, la finalidad que se persigue y el trato desigual que se otorga-, sean coherentes entre sí o, lo que es lo mismo, guarden racionalidad interna;

“- Y en quinto lugar, que esa racionalidad sea proporcionada, de suerte que la consecuencia jurídica que constituye el trato diferente no guarde una absoluta desproporción con las circunstancias de hecho y la finalidad que la justifican”

De la misma manera, vale citar lo expuesto al respecto en sentencia C-093 de 2001²⁷, en la cual se indicó que la doctrina y la jurisprudencia constitucional comparadas, así como la propia práctica de esta Corporación, “parecen indicar que existen dos grandes enfoques para analizar los casos relacionados con el derecho a la igualdad²⁸.”

El primero de dichos enfoques, es aquel que ha sido desarrollado fundamentalmente por la Corte Europea de Derechos Humanos, y se basa en el llamado “test o juicio de proporcionalidad”, que comprende una serie de pasos: Así, el juez estudia “(i) si la medida es o no “adecuada”, esto es, si ella constituye un medio idóneo para alcanzar un fin constitucionalmente válido; luego (ii) examina si el trato diferente es o no “necesario” o “indispensable”, para lo cual debe el funcionario analizar si existe o no otra medida que sea menos onerosa, en términos del sacrificio de un derecho o un valor constitucional, y que tenga la virtud de alcanzar con la misma eficacia el fin propuesto. Y, (iii) finalmente el juez realiza un análisis de “proporcionalidad en estricto sentido” para determinar si el trato desigual no sacrifica valores y principios constitucionales que tengan mayor relevancia que los alcanzados con la medida diferencial.”

La segunda tendencia a que hizo referencia la Corte en dicha oportunidad, la cual tiene sus raíces en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, se funda principalmente en la

²⁷ M.P. Alejandro Martínez Caballero.

²⁸ “Sobre los análisis de igualdad en distintos ordenamientos, ver en España las siguientes sentencias del Tribunal Constitucional: STC-179/89, STC-176/93, STC-2/95, STC-49/96. Ver igualmente Enrique Alonso García. La interpretación de la Constitución, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, capítulo VII.. Para Estados Unidos, ver Laurence Tribe. American Constitutional Law, (2 Ed). New York: The Foundation Press, Inc, 1988, Capítulo 16. Para el caso alemán, ver Robert Alexy. Teoría de los derechos fundamentales, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, Capítulo 8. Para América latina y Colombia ver de esta Corte las sentencias T-230 de 1994, C-022 de 1996 y C-445 de 1995, y a nivel doctrinal, César A. Rodríguez “El test de razonabilidad y el derecho a la igualdad” en Observatorio de Justicia Constitucional, Universidad de los Andes, Bogotá, 1996, pág. 257 y ss.”

existencia de diferentes niveles de intensidad en los “escrutinios” o “test” de igualdad (estrictos, intermedios o suaves). De esa manera, cuando se está ante un trato diferente que involucra una categoría sospechosa, el nivel de escrutinio debe ser el estricto, es decir, debe observarse un objetivo constitucionalmente imperioso y cumplirse con los criterios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad en estricto sentido. De otro lado, el test es flexible o de mera razonabilidad, en los casos en que basta con que la medida sea potencialmente adecuada para alcanzar un propósito que no se encuentre prohibido por el ordenamiento.

En esa ocasión, la Corte concluyó, respecto de los dos enfoques referidos, que *“ambos pretenden determinar si el trato diferente tiene o no un fundamento objetivo y razonable, para lo cual examinan si dicho trato es o no un instrumento idóneo para alcanzar ciertos propósitos admitidos por la Constitución. Esta complementariedad explica que esta Corte, cuando ha tenido que estudiar problemas de igualdad, ha privilegiado en ocasiones el juicio de proporcionalidad²⁹ mientras que en otras sentencias ha preferido recurrir a la metodología de los escrutinios de distinta intensidad.³⁰”*

De tal forma, la Corte hizo énfasis, en ese caso, sobre la conveniencia de adoptar un “juicio integrado” de igualdad, con el cual se aplique lo mejor de las dos metodologías descritas y se utilicen los distintos pasos propuestos por ese tipo de examen: adecuación, indispensabilidad y proporcionalidad *stricto sensu*. También indicó que no es apropiado que el escrutinio judicial sea adelantado con el mismo rigor en todos los casos, por lo cual, según la naturaleza de la distinción que se analice, la Corte debe proceder a graduar la intensidad cada uno de los pasos del juicio de proporcionalidad.

Así, a modo de ejemplo, en dicha providencia, la Corte indicó que *“si el juez concluye que, por la naturaleza del caso, el juicio de igualdad debe ser estricto, entonces el estudio de la “adecuación” deberá ser más riguroso, y no bastará que la medida tenga la virtud de materializar, así sea en forma parcial, el objetivo propuesto. Será necesario que ésta realmente sea útil para alcanzar propósitos constitucionales de cierta envergadura. Igualmente, el estudio de la “indispensabilidad” del trato diferente también puede ser graduado. Así, en los casos de escrutinio flexible, basta que la medida no sea manifiesta y groseramente innecesaria, mientras que en los juicios estrictos, la diferencia de trato debe ser necesaria e indispensable y, ante la presencia de restricciones menos gravosas, la limitación quedaría sin respaldo constitucional.”*

²⁹ “Ver, entre otras, las sentencias T-230 de 1994 y C-022 de 1996”.

³⁰ “Ver, entre otras, las sentencias C-445 de 1995, C-563 de 1997, y C-183 de 1998”.

Finalmente, en la misma sentencia, la Corte hizo referencia a la existencia de criterios prohibidos o sospechosos. Explicó que en varias sentencias³¹, esta Corporación ha ido definiendo cuáles son los factores que obligan a recurrir a un juicio de igualdad más riguroso, y señaló que conforme a esa evolución jurisprudencial, el escrutinio judicial debe ser más intenso cuando se presenten al menos los siguientes supuestos. De un lado, (a) cuando la ley limite el goce de un derecho **constitucional a un determinado grupo de personas**, (b) cuando el Congreso utiliza **como elemento de diferenciación un criterio prohibido o sospechoso, como la raza**, y (c) cuando la Carta señala mandatos específicos de igualdad, como sucede con la equiparación entre todas las confesiones religiosas (CP art, 19), pues en esos eventos, la libertad de configuración del Legislador se ve menguada, y finalmente, (d) cuando la regulación afecta a poblaciones que se encuentran en situaciones de debilidad manifiesta. Por ello, los dos únicos factores por los cuáles eventualmente debería recurrirse a un examen constitucional más estricto en el presente caso son los relacionados con la posible limitación de un derecho constitucional o la eventual utilización de criterios sospechosos para establecer diferencias entre las personas.

De ello se desprende que para la configuración de un acto discriminatorio se requiere, además del trato desigual, el que dicha actitud sea injustificada; en otras palabras, que carezca de razonabilidad y que su causa evidencie que se fundamenta en un prejuicio. Además, se debe configurar un perjuicio, ya sea porque genere un daño, cree una carga o excluya a una persona del acceso a un bien o servicio de uso común o público, retenga o impida un beneficio³².

De lo expuesto, se concluye que el derecho a la igualdad y no discriminación implica, entre otras, la obligación, tanto en cabeza del Estado como de los particulares, de salvaguardar a los grupos minoritarios –o tradicionalmente discriminados- de actuaciones o prácticas de terceros que creen, mantengan o favorezcan situaciones discriminatorias³³. Además, cuando se busque implementar alguna regulación que cause la diferenciación de personas o de un grupo determinado de personas, la misma debe ser razonable y obedecer a

³¹ “Ver, entre otras, las sentencias T-230 de 1994, C-445 de 1995, C-309 de 1997, C-183 de 1998, C-481 de 1998 y C-112 de 2000”.

³² Al respecto, ver Sentencia T-1042/01, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

³³ “El deber de protección se expresa en diferentes conductas. En cumplimiento de su deber protector el Estado no sólo tiene la obligación de abstenerse de vulnerar o amenazar, a través de sus agentes, los derechos reconocidos por las normas internas y por las normas internacionales. También se halla obligado a tutelar y guardar la vida, la libertad, la honra, la intimidad y las demás cosas justas de las cuales son titulares las personas sujetas a su jurisdicción. Para ello, por medio de los hombres y mujeres que ejercen su autoridad, dicta leyes, profiere actos administrativos y desempeña un enorme conjunto de actividades cuya realización permite a quienes en su territorio habitan poner en práctica, dentro de condiciones de igualdad, seguridad y libertad, los derechos a ellos reconocidos por el ordenamiento jurídico”. Ponencia del señor Michael Frühling, Director de la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 15 de mayo de 2005 ante el Congreso de la República de Colombia. <http://www.hchr.org.co/publico/pronunciamentos/ponencias/ponencias.php?cod=19&cat=24>. Citado en la Sentencia T-248 de 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

criterios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad, con el fin de que no resulte arbitraria.

2.3.2. La orientación sexual como criterio sospechoso de discriminación.

Teniendo en cuenta lo anterior, en el presente caso resulta necesario referirse específicamente a la orientación sexual como criterio sospechoso de discriminación.

2.3.2.1. En primer lugar, es pertinente indicar que la Oficina Regional para América del Sur del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos -ACNUDH-, en el documento *“Orientación sexual e identidad de género en el derecho internacional de los derechos humanos”* definió, entre otros conceptos, la **orientación sexual** como la capacidad de las personas de sentir atracción emocional, afectiva y sexual, ya sea hacia personas de un género diferente, del mismo género o de más de un género.

Teniendo claro lo anterior, vale hacer referencia a lo establecido a ese respecto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Atala Riffo y Niñas vs Chile*:

“En el marco del Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos, el Comité de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales han calificado la orientación sexual como una de las categorías de discriminación prohibida consideradas en el artículo 2.1³⁴ del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 2.2³⁵ del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.”

Igualmente, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, señaló que, por una parte, en virtud del artículo 26 del Pacto (PIDCP), discriminar en razón del sexo de las personas constituye un criterio sospechoso³⁶. Por otra parte, expresó que si bien, de acuerdo con la

³⁴ Artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. Artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, *Toonen Vs. Australia*, Comunicación No. 488/1992, CCPR/C/50/D/488/1992, 4 de abril de 1992, párr. 8.7.

³⁵ Artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

³⁶ Caso *Toonen c. Australia*. Comunicación No 488/1992, Informe del Comité de Derechos Humanos, UN Doc. A/49/40, vol. II, 226-37.

jurisprudencia del Comité, no toda distinción equivale a la discriminación prohibida por el Pacto, si no se presenta ningún argumento que sirva para demostrar que una distinción que afecte a compañeros del mismo sexo, y no a parejas heterosexuales, ni ninguna prueba que revele la existencia de factores que pudieran justificar la distinción, la misma debe considerarse como contraria al artículo 26 del Pacto³⁷.

2.3.2.2. Por su parte, la jurisprudencia constitucional ha señalado que el principio de igualdad se opone, de manera radical, a que a través de la ley, por razones de orientación sexual, se subyugue a una minoría que no comparta los gustos, hábitos y prácticas sexuales de la mayoría³⁸. Así pues, la Corte ha previsto que la opción sexual hace parte del ámbito protegido de los derechos a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad, pues el definir la opción sexual es una decisión libre, autónoma e incuestionable de la persona, por lo que todo comportamiento de los particulares o del Estado, que (i) censure o restrinja una opción sexual, generalmente en aras de privilegiar la tendencia mayoritaria heterosexual; o (ii) **imponga sanciones o consecuencias fácticas o jurídicas negativas para el individuo, fundadas exclusivamente en su opción sexual, es una acción contraria a los postulados constitucionales.**³⁹

De tal forma, en el caso específico de las personas homosexuales, la diferencia en el trato que el Estado les proporcione, en relación con otros grupos sociales, requiere además, de una fundamentación que permita desvirtuar los llamados "criterios sospechosos"⁴⁰, es decir, **aquellas razones que han servido tradicionalmente como argumentos de persecución y estigmatización, obedeciendo, por ejemplo, a razones como la simple diferencia por razón exclusiva de la orientación sexual**⁴¹.

De ese modo, cabe referirse a lo indicado en la Sentencia T-097 de 1994⁴², en la cual la Corte estudió el caso de un estudiante de una escuela militar que fue sancionado por efectuar "*actos de homosexualismo*". En dicha oportunidad, esta Corporación manifestó que la sola condición homosexual de una persona no puede ser motivo de exclusión. En ese sentido, precisó:

“La sanción de una persona por razones provenientes de su homosexualidad no puede estar basada en un juicio de tipo

³⁷ Caso *Young c. Australia* Comunicación N° 941/2000: Australia. 18/09/2003. CCPR/C/78/D/ 941 /2000, citado en sentencia C-075 de 2007, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

³⁸ Al respecto, ver Sentencia T- 314 de 2011, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

³⁹ Al respecto, ver Sentencia T- 314 de 2011, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

⁴⁰ Al respecto, ver sentencia C-481 de 1998. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

⁴¹ Al respecto, ver Sentencia T- 268 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

⁴² M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

moral; ni siquiera en la mera probabilidad hipotética de que la institución resulte perjudicada, sino en una afectación clara y objetiva del desarrollo normal y de los objetivos del cuerpo armado. El homosexualismo, en sí mismo, representa una manera de ser o una opción individual e íntima no sancionable. Otra cosa ocurre con las prácticas sexuales [de cualquier persona], dentro de cuarteles y escuelas, así como con las demás manifestaciones externas de este tipo de conducta que, si interfieren con los objetivos, funciones y disciplina, legítimamente instituidos, bien pueden ser objeto de sanción.”

En el mismo sentido, como lo estableció la Corte en sentencia T-371 de 2000⁴³:

*“El principio de no discriminación, por su parte, asociado con el perfil negativo de la igualdad, da cuenta de ciertos criterios que deben ser irrelevantes a la hora de distinguir situaciones para otorgar tratamientos distintos.(...) Estos motivos o criterios que en la Constitución se enuncian, aunque no en forma taxativa, aluden a aquellas **categorías que se consideran sospechosas**, pues su uso ha estado históricamente asociado a prácticas que tienden a subvalorar y a colocar en situaciones de desventaja a ciertas personas o grupos, vgr. mujeres, negros, **homosexuales**, indígenas, entre otros”(resaltado fuera del original).”(Énfasis fuera del texto).*

Asimismo, cabe referirse a la sentencia C-075 de 2005⁴⁴, en la cual se analizó la constitucionalidad de los artículos 1º y 2º de la Ley 54 de 1990 “por la cual se definen las uniones maritales de hecho y el régimen patrimonial entre compañeros permanentes”, modificada parcialmente por la Ley 979 de 2005. En dicha oportunidad, esta Corporación indicó que “(...) los homosexuales han sido un grupo tradicionalmente discriminado, pero que a la luz del ordenamiento superior **toda diferencia de trato fundada en la orientación sexual de una persona se presume inconstitucional y se encuentra sometida a un control constitucional estricto.**” (Énfasis fuera del texto)

Igualmente, vale la pena hacer referencia a lo expuesto en la sentencia C-336 de 2008⁴⁵, en la cual la Corte estudió la constitucionalidad de las normas que restringían el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a las parejas del mismo sexo. En esa providencia se hizo una descripción de las normas constitucionales, los pronunciamientos

⁴³ M.P. Carlos Gaviria Díaz.

⁴⁴ M.P. Rodrigo Escobar Gil.

⁴⁵ M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

de organismos internacionales y los precedentes más importantes de esta Corporación, que permiten colegir que la orientación sexual es uno de los **motivos constitucionalmente prohibidos de discriminación**. Sobre el particular, en la sentencia referida se estableció lo siguiente:

*“Como consecuencia lógica del respeto por la dignidad de la persona se encuentra el de libre desarrollo de la personalidad, cuyo núcleo esencial **protege la libertad general de acción, involucrando el derecho a la propia imagen y la libertad sexual**, entre otras manifestaciones de la personalidad merecedoras de protección⁴⁶*

(...)

*Derecho al libre desarrollo de la personalidad, conocido también como derecho a la autonomía e identidad personal, que busca proteger la potestad del individuo para autodeterminarse; esto es, **la posibilidad de adoptar, sin intromisiones ni presiones de ninguna clase, un modelo de vida acorde con sus propios intereses, convicciones, inclinaciones y deseos, siempre, claro está, que se respeten los derechos ajenos y el orden constitucional.**⁴⁷ Así, puede afirmarse que este derecho de opción comporta la libertad e independencia del individuo para gobernar su propia existencia y para diseñar un modelo de personalidad conforme a los dictados de su conciencia, con la única limitante de no causar un perjuicio social.⁴⁸ (Énfasis fuera del texto)*

De la misma manera, es pertinente referirse a lo señalado por la Corte en la sentencia T-062 de 2011⁴⁹, en la cual se estudió el caso de una persona homosexual que afirmó haber sido sometida a tratamientos discriminatorios y violentos en la cárcel en la cual se encontraba reclusa. En aquella ocasión, se determinó que de conformidad *“con la fórmula prevista en el artículo 13 C.P., las razones de sexo son uno de los aspectos en los que la Constitución prohíbe la discriminación entre las personas. Esta categoría, de acuerdo con la jurisprudencia, incorpora a la opción y orientación sexual, de modo que los tratamientos diferenciados que impongan el Estado o los particulares fundados, de manera exclusiva, en esas características del individuo, son incompatibles con el derecho a la igualdad.(...)En otras palabras, la identidad sexual no puede conformar, en sí mismo, un parámetro*

⁴⁶ Ver sentencia T-532 de 1992, MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁴⁷ Sentencia T-542 de 92, M.P. Fabio Morón Díaz.

⁴⁸ Ver sentencia C-507 de 1999, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

⁴⁹ M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

para la imposición de tratamientos discriminatorios, ni menos sanciones o diferenciaciones jurídicas que impongan límites, barreras, distinciones o requisitos más gravosos para el logro de finalidades propias del ordenamiento legal, de cualquier índole.”(Énfasis fuera del texto)

Del mismo modo, en sentencia T-248 de 2012⁵⁰, en la cual se examinó el caso de un hombre a quien le fue prohibido donar sangre por el solo hecho de ser homosexual, la Corte concluyó que en ese asunto resultaba evidente la diferencia de trato sustentada en una categoría sospechosa, la cual fue la orientación sexual del actor. A ese respecto, esta Corporación señaló *“la decisión del Laboratorio de rechazar a Julián como donante debido a su orientación sexual únicamente, es una actuación que configura un trato discriminatorio, que vulnera los derechos a la dignidad, a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad del accionante.*”(Énfasis fuera del texto.)

En la misma providencia, se advirtió que la *“escogencia de una orientación sexual diversa, hace parte de la identidad que cada persona desea darle al desarrollo de su existencia, constituyéndose como una calidad inherente a su vida, y en ese orden de ideas, dicha categoría se funda en rasgos permanentes de la persona sobre los cuales no puede prescindir por voluntad propia”*.⁵¹ Así, debe entenderse que la protección de la identidad y la orientación sexual es corolario del principio de dignidad humana. Por tanto, toda interferencia en ese sentido atenta contra la dignidad de la persona, pues se le estaría privando a la persona de la competencia para definir asuntos que a la persona, dentro de su fuero interno, sólo a ella conciernen⁵².

De igual manera, puede hacerse referencia a lo indicado en sentencia T-565 de 2013⁵³, en la cual, aunque no se estudió exactamente lo relativo a la orientación sexual, la Corte se refirió a los tratos discriminatorios injustificados. En dicho asunto, se analizó el caso de un menor de edad, quien se reconoce a sí mismo con una *“identidad sexual diversa”*, y que fue suspendido del colegio en el cual estudiaba, por llevar el pelo largo y usar maquillaje. Esta Corporación precisó que en dicho asunto, las actuaciones del menor estaban intrínsecamente relacionadas con el ejercicio del derecho a la identidad y orientación sexual, por lo que no pueden minusvaloradas, ni ser objeto de sanción, pues hacen parte del núcleo esencial del libre desarrollo de la personalidad. Así, puntualizó:

⁵⁰ M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁵¹ Al respecto, ver Sentencia T-248 de 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁵² Al respecto, ver Sentencia T-314 de 2011, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

⁵³ M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

“De otro lado, este comportamiento involucra un tratamiento discriminatorio injustificado, basado en el sexo y de acuerdo con el entendimiento que de ese concepto tiene el derecho internacional de los derechos humanos. En efecto, el razonamiento que soporta la decisión del Colegio accionado de imponerle la sanción al joven estudiante se basa en considerar que la orientación e identidad sexual de la mayoría es la deseable desde la disciplina educativa, por lo que resulta acertado que se impongan sanciones a los comportamientos que se aparten ese canon. Esta premisa, además que supone una abierta vulneración de los derechos del menor, impone una evidente discriminación fundada en un criterio prohibido.”

Con relación a lo expuesto, debe precisarse que la discriminación basada en la orientación sexual se predica no sólo de las personas de forma individual sino también en el campo de sus relaciones de pareja⁵⁴.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que, no toda diferencia de trato entre parejas heterosexuales y homosexuales puede tenerse como discriminatoria *per se*, ni considerarse fundada en la orientación sexual de las personas, en la medida en que puede surgir de las diferencias que existen entre unas parejas y otras estando justificadas conforme al test de proporcionalidad⁵⁵. Por ello, resulta pertinente referirse a la carga de la prueba de los actos discriminatorios.

2.3.3. La carga probatoria de los actos discriminatorios y la labor del juez en sede de tutela. Reiteración de jurisprudencia.

2.3.3.1. La Corte Constitucional ha reconocido la dificultad de demostrar los actos discriminatorios, razón por la cual ha establecido que en estos casos la carga de la prueba, que inicialmente estaría en cabeza de quien alega la vulneración del derecho a la igualdad, debe ser trasladada a aquella persona que aparentemente está tratando a otra de forma diferenciada⁵⁶.

El sustento de dicha inversión de la carga de la prueba, obedece precisamente a la naturaleza misma del acto sospechoso y radica en la necesidad de proteger a aquellos sujetos o grupos que históricamente han sido víctimas de actos discriminatorios⁵⁷.

⁵⁴ Al respecto, ver sentencia C-029 de 2009, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

⁵⁵ Al respecto, ver sentencia C-029 de 2009, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

⁵⁶ Al respecto, ver sentencia C-029 de 2009, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

⁵⁷ Al respecto, ver Sentencia T-314 de 2011 y T-804 de 2014, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

Como lo ha establecido la Corte, entre otras, en sentencia T-835 de 2000⁵⁸, la regla general en materia de pruebas en los procesos de tutela consiste en que quien alega la vulneración de un determinado derecho fundamental debe probar los hechos que sustentan su acusación en la medida en que ello le sea posible. De tal forma, en cierto tipo de casos, en los cuales quien alega la vulneración de sus derechos se encuentra **en posición de debilidad o subordinación frente a la persona o autoridad de quien proviene la violación, se ha dado un alcance distinto a dicho deber probatorio, distribuyendo la carga de la prueba en favor de la parte menos fuerte en la relación**, de forma tal que ésta únicamente se vea obligada a demostrar –con pruebas adicionales a su declaración consistente y de buena fe- aquellos hechos que esté en la posibilidad material de probar, correspondiéndole a la otra parte la prueba de las circunstancias que alegue en su favor para desvirtuar lo alegado en su contra.

La justificación de esta distribución de la carga de la prueba, tal como lo señaló esta Corporación en sentencia T-772 de 2003⁵⁹, radica en la dificultad con la que cuenta la parte débil de una determinada relación para acceder a los documentos y demás materiales probatorios necesarios para acreditar que cierta situación le es desfavorable y constituye un desconocimiento de sus derechos.

2.3.3.2. Ahora bien, concretamente en los casos de orientación sexual vale citar lo establecido por la Corte en sentencia T-804 de 2014⁶⁰, en la cual se estudió el caso de un hombre transgénero que al querer ingresar en el colegio accionado, afirmó ser discriminada por parte de las directivas del mismo debido a su aspecto, pues vestía de mujer, razón por la cual alegó que no le permitían matricularse. En dicha providencia se indicó que el sujeto pasivo de la discriminación debe demostrar: *“(i) que la persona se asocia o hace parte de un grupo históricamente discriminado; (ii) que en una situación similar, otras personas que no son del grupo sospechoso no han recibido el mismo trato frente a la misma situación; y (iii) que el trato diferenciador haya ocasionado daño o permanezca en el tiempo”*⁶¹.

De ese modo, en la misma sentencia, se explicó que es necesario que sea la parte privilegiada y fuerte de la relación, por su fácil acceso a los materiales probatorios en cuestión, quien debe asumir dicha carga procesal. Por tal razón, en materia de tutela, la regla no es “el que alega

⁵⁸ M.P. Alejandro Martínez Caballero.

⁵⁹ M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁶⁰ M.P. Jorge Iván Palacio Palacio

⁶¹ “Al respecto, en lo relacionado con la prueba del acto discriminatorio pueden consultarse las Sentencias T-427 de 1992, T-638 de 1996, T-772 de 2003, T-601 de 2005, T-601 de 2006, entre otras. Cfr. Sentencia T-314 de 2011.”

prueba”, sino “el que puede probar debe probar”, lo cual redistribuye la carga probatoria en beneficio de la protección de los derechos⁶².

Ahora bien, aunque la prueba de los actos discriminatorios no es del todo imposible, en determinados eventos es la persona de quien se alega la ejecución de tal acto la que debe desvirtuarlo, aunque ello no obsta para que el afectado pueda aportar las pruebas con las que cuente, que le permitan acreditar su acusación.

2.3.3.3. En ese orden, vale la pena hacer alusión también a la labor del juez constitucional en el análisis probatorio, la cual es de suma importancia, en la medida en que la autoridad judicial tiene la responsabilidad de determinar si en efecto existió o no un trato discriminatorio.

De tal manera, el operador jurídico debe observar una participación activa y diligente tanto en la práctica de los elementos probatorios para resolver el caso concreto, como en el análisis de los mismos⁶³. Sobre el particular, la Corte ha indicado:

“El Constituyente quiso confiar de manera preferente a la Rama Judicial la defensa de los derechos fundamentales cuando entregó a ella la función de resolver acerca de las acciones de tutela. Los jueces están llamados, en virtud y por razón de ese trascendental compromiso, a ser los artífices de un orden jurídico que haga vigentes y actuales las garantías constitucionales. Si tales funcionarios no asumen con seriedad y realismo la delicada tarea que se les encomienda y frustran los fines primordiales del Estado, dejando inaplicada su preceptiva fundamental, atentan gravemente contra las instituciones y son responsables por ello.

Para esta Corte resulta inadmisibile que el juez niegue o conceda la tutela de antemano, sin verificar ni sopesar a conciencia lo afirmado y lo acreditado por las partes. No puede resolver el fallador sin llegar a una persuasión racional y fundada sobre el trato que merece el asunto sometido a juicio, pues la decisión carece de sustento si no se la pone en relación con los hechos probados, tanto como si se la adopta de espaldas a la normativa aplicable”

Bajo ese entendido, una autoridad judicial debe desplegar las actuaciones que sean necesarias para fundamentar su decisión y analizar los diferentes medios probatorios en su conjunto, atendiendo a las reglas de la sana crítica. Ello adquiere mayor relevancia si se tiene en cuenta la mencionada dificultad de demostración de los actos

⁶² Al respecto, ver la Sentencia T-772 de 2003, y T-741 de 2004, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁶³ Al respecto, ver Sentencia T-314 de 2011, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

discriminatorios, lo que supone un mayor esfuerzo por parte de los jueces constitucionales para concluir sobre la existencia o no de los mismos.

Con relación a lo anterior, puede hacerse referencia a lo establecido por esta Corporación en la sentencia T-804 de 2014⁶⁴ sobre la probanza de los actos discriminatorios cuando se trata de grupos históricamente discriminados. En dicho caso particular, se hizo referencia a las personas transgeneristas y se señaló:

“Para un juez constitucional, en el ejercicio del complejo análisis probatorio sobre esta clase de asuntos, no puede resultar ajeno que cualquier conducta, actitud o trato fundado en un prejuicio social, con el que se pretenda subvalorar, ignorar o anular los derechos fundamentales de una persona, supone de entrada un acto de discriminación y debe ser considerado desde todo punto de vista como inadmisibile.

*Las personas transgeneristas, según fue mencionado, hacen parte de un grupo sometido a un “patrón de valoración cultural que tiende a menospreciarlo”, sujeto de mayores exclusiones sociales de las que sufren los demás pertenecientes a la población LGBTI, y por lo mismo, **merecen una mayor protección por parte del Estado.** Precisamente, estas personas expresan su identidad de género de una forma que supone una mayor manifestación hacia la sociedad, generalmente a través de transformaciones físicas, lo que ha generado que se encuentren mayormente expuestos a prejuicios sociales y actos discriminatorios.”*(Énfasis fuera del texto)

En efecto, en dicha oportunidad, se decidió amparar los derechos de la accionante, quien al ser transgénero, indicó haber sido discriminado cuando no fue admitido en el colegio accionado. Al tener dudas sobre si las actitudes, tratos y conductas de los miembros de la institución hacia la accionante eran en virtud de su orientación sexual, la Sala resolvió velar por la protección de sus derechos fundamentales, en aras de garantizarlos a la parte más débil de la relación y a quien se le dificultaba, en mayor medida, probar las actuaciones de las directivas del plantel accionado. Es decir, aunque en esa ocasión no se encontró probado de manera contundente que el colegio haya realizado conductas basadas en su orientación sexual, y por lo tanto fueran discriminatorias, la condición de vulnerabilidad de la accionante condujo a la Sala a protegerlos, como medida preventiva. Así, lo que pretende esta Corporación, es que tanto los particulares como las autoridades y la comunidad en general,

⁶⁴ M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

recuerden que no son admisibles, por ningún motivo, aquellos tratos discriminatorios en contra de cualquier persona por su orientación sexual o identidad de género diversa que no se encuentren claramente justificados.

De otro lado, como se vio, en casos en los que se alega discriminación, es la parte acusada de haber incurrido en actos de esa naturaleza la que tiene la carga de la prueba, pues, con el fin de proteger a aquellos sujetos o grupos históricamente discriminados, y en virtud de que los mismos se encuentran en posición de debilidad, se estableció que la parte privilegiada de la relación debe ser la obligada a desvirtuar lo alegado en su contra. Asimismo, en dichos casos, es de vital importancia que el juez constitucional observe una conducta activa y diligente para fundamentar su decisión al decidir si se presentaron o no los actos discriminatorios alegados.

2.4. EL DERECHO DE RESIDENCIA EN EL DEPARTAMENTO ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

2.4.1. El artículo 310 de la Constitución Política dispone que mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de cada cámara, con el fin de proteger la identidad cultural de las comunidades nativas y preservar el ambiente y los recursos naturales del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, 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.

En desarrollo de esta norma, y haciendo uso de las facultades que le otorgó el artículo transitorio 42 superior, el Presidente de la República expidió el Decreto 2762 de 1991, por medio del cual se adoptan medidas para controlar la densidad poblacional en el Departamento Archipiélago con el objetivo de controlar la densidad poblacional en las Islas, pues el artículo 42 transitorio de la Constitución Política indica que 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.

Así, en el Decreto 2762 de 1991 se indica, entre otras, que el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, presenta un alto índice de densidad demográfica con lo cual se ha dificultado el desarrollo de las comunidades humanas en las Islas. Por ello, establece las situaciones que dan derecho a fijar residencia en el Archipiélago, determina las condiciones que permiten obtener

permiso temporal de residencia, y regula las consecuencias que de ello se derivan, particularmente en cuanto hace al tiempo de permanencia y a la posibilidad de desarrollar actividades laborales en el territorio insular.

2.4.2. Así las cosas, las condiciones establecidas en el Decreto, que limitan los derechos de circulación y residencia, comportan, en ciertos casos, un verdadero derecho para las personas que las cumplan, mientras que en otros, dan lugar a una expectativa según la cual las autoridades locales cuentan con un margen de apreciación. En el primer caso, el régimen especial contempla unas condiciones, que una vez las personas cumplen, automáticamente, adquieren el derecho de residencia. Dicho alcance es el que se observa en las condiciones previstas en el artículo 2º del Decreto 2762 de 1991⁶⁵, y en particular, las relativas al derecho de los nativos y de sus descendientes, con las condiciones de residencia allí establecidas, o las que, también con el requisito de residencia especificado en la norma, se refieren a quienes hayan contraído matrimonio válido, o hayan vivido en unión singular, permanente y continua con persona residente en las islas⁶⁶.

En la segunda de las hipótesis, el ordenamiento especial establece determinadas condiciones, que al ser cumplidas, puede adquirirse el derecho de residencia. Así, en el artículo 3º del referido Decreto se encuentran los requisitos que deben observarse para obtener el derecho a residir en el Departamento Archipiélago, así:

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

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

⁶⁵ El Artículo 2o. del Decreto 762 de 1991 dispone: Tendrá derecho a fijar su residencia en el Departamento Archipiélago quien se encuentre en una de las siguientes situaciones: / a) Haber nacido en territorio del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, siempre que alguno de los padres tenga, para tal época, su domicilio en el Archipiélago; / b) No habiendo nacido en territorio del Departamento, tener padres nativos del Archipiélago; / c) Tener domicilio en las islas, comprobado mediante prueba documental, por más de 3 años continuos e inmediatamente anteriores a la expedición de este Decreto; / d) Haber contraído matrimonio válido, o vivir en unión singular, permanente y continua con persona residente en las islas siempre que hayan fijado por más de 3 años, con anterioridad a la expedición de este Decreto, el domicilio común en territorio del Departamento Archipiélago; / e) Haber obtenido tal derecho en los términos previstos en el artículo siguiente. / Parágrafo. Las personas que por motivos de educación, hayan debido ausentarse de las islas por un tiempo determinado, se les contará tal lapso a efectos de lograr el cumplimiento de los términos señalados en los literales c) y d), siempre que en el Departamento Archipiélago permanezcan como residentes su cónyuge o compañera permanente, sus padres o hijos.

⁶⁶ Al respecto, ver sentencia T- 725 de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

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.”

Del literal b) del citado artículo se desprende que existen en cabeza de la Junta Directiva de la Oficina de Control de Circulación y Residencia del Departamento Archipiélago determinadas facultades discrecionales, como por ejemplo la calificación de la “buena conducta” de las personas, lo cual clasifica dentro de los conceptos que la doctrina ha llamado “cláusulas abiertas” o “conceptos jurídicos indeterminados”, ante los cuales las autoridades encargadas de hacer la calificación correspondiente deben obrar de manera razonable con el fin de evitar la arbitrariedad⁶⁷.

2.4.3. En cuanto a la constitucionalidad del Decreto 2762 de 1991, en sentencia C-530 de 1993⁶⁸, la Corte encontró que el mismo se encuentra conforme con la Constitución Política, pues, indicó que no contradice los postulados superiores, sino que los desarrolla. En efecto, al confrontar los fines perseguidos por la Constitución y desarrollados por la norma *sub exámine* -la triple protección de la supervivencia humana, raizal y ambiental-, con los medios empleados para ello en el Decreto, es decir, las limitaciones para ingresar, circular, residir, trabajar, elegir y ser elegido en las Islas-, la Corte concluyó que existe una total adecuación de éstos a aquéllos. Ello, en razón a que los medios no son tan gravosos, o desproporcionados, como para tener la virtualidad de desnaturalizar los derechos que el artículo 310 de la Carta autoriza limitar en normas especiales. De tal forma, la Corte puntualizó:

*“Estas ideas, caras a esta Corporación, se traducen en el caso concreto en el hecho de que **la dignidad humana de las personas que habitan en las islas es amenazada por la densidad poblacional. En otras palabras, la alta densidad vulnera primeramente, desde luego, la supervivencia, pero vulnera también, y más flagrantemente, la vida digna. Así, es posible que físicamente los habitantes de la generación presente del Archipiélago no mueran a causa de la densidad -cosa indecible de las futuras generaciones-, pero es un***

⁶⁷ Al respecto, ver Sentencia C-530 de 1993, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

⁶⁸ M.P. Alejandro Martínez Caballero.

hecho que sus vidas ya no gozan de la misma calidad de vida que la generación pasada. La vida es amenazada, deteriorada, alterada, reducida, empobrecida, en fin, contaminada. La densidad pues vulnera la dignidad.”

2.4.4. Ahora, es necesario igualmente hacer referencia a aquellos casos concretos en los que la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre el régimen de control de densidad poblacional en el archipiélago.

Así, en la sentencia **T-650 de 2002**⁶⁹, la Corte conoció del caso de una persona que, al no contar con 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 de edad nacida allí. Antes de interponer la acción de tutela, el accionante presentó recurso de apelación contra la resolución que dispuso su expulsión. De tal manera, no habiendo recibido la respectiva respuesta del gobierno local después de más de cuatro (4) meses, el actor solicitó la protección constitucional. De esa manera, sin haber determinado si al accionante debía otorgársele la residencia, la Corte concedió el amparo de sus derechos fundamentales de petición y al debido proceso, ordenándole al gobierno local resolver el recurso descrito durante los dos (2) días hábiles siguientes.

Asimismo, en cuanto al trámite de la solicitud de residencia, es pertinente hacer referencia al caso analizado por la Corte en la sentencia **T-725 de 2004**⁷⁰, en el cual el accionante, quien convivía con su compañero permanente desde hacía más de 3 años en la Isla, solicitó la residencia en virtud del literal a) del artículo 3º del Decreto 2762 de 1991, que indica que podrá adquirir el derecho a residir en forma permanente en el Departamento Archipiélago quien “...[c]on posterioridad a la fecha de expedición de este Decreto, contraiga matrimonio o establezca unión permanente con un residente, siempre que se fije el domicilio común en el Departamento, a lo menos por 3 años continuos.”.

En efecto, en la referida oportunidad, la OCCRE negó la solicitud, fundamentando su negativa, en que (i) el derecho de residencia, en la hipótesis planteada por el solicitante, se extiende al compañero o a la compañera permanente de quien tenga la calidad de residente; (ii) que para todos los efectos civiles, se denominan compañero y compañera permanente al hombre y a la mujer que forman parte de la unión marital de hecho; (iii) que la Ley 54 de 1990 establece, en su artículo primero, que para todos los efectos civiles se denomina

⁶⁹ M.P. Jaime Araújo Rentería.

⁷⁰ M.P. Rodrigo Escobar Gil.

unión marital de hecho, la formada entre un hombre y una mujer, que sin estar casados hacen una comunidad de vida permanente y singular.

En la citada providencia, la Corte indicó que aun cuando el actor presentó solicitud ante la OCCRE para obtener la residencia, indicando que cumplía con los requisitos establecidos en el artículo 3, literal a) del Decreto 2762 de 1991⁷¹, dicha disposición específica no le era aplicable por cuanto dicho literal se fundamentaba “*en disposiciones que regulan el derecho de residencia de quienes conforman una familia y que no resultan aplicables a las parejas homosexuales*”⁷². Sin embargo, añadió, que las circunstancias del caso hacían imperativo que la Administración adecuara el trámite, para encauzarlo por el régimen jurídico que correspondiera en el caso, pues en efecto, al analizar la situación del actor, la Corte observó que el accionante cumplía con lo establecido en el literal b) del artículo 4º.

Así, la Corte concluyó que al no haberse percatado de esa situación, la OCCRE implicó que, pese a que el actor reunía las condiciones establecidas en el literal b) del artículo 3º del Decreto en mención, se le negase el derecho y se dispusiese su salida del archipiélago sólo por su orientación sexual.

Además, dicha circunstancia implicaba, que dado que el peticionario perdía su condición de residente temporal, ya no podría en el futuro inmediato solicitar la tarjeta de residente definitivo al amparo de esa condición. Al respecto, la Corte afirmó:

“Encuentra así la Sala que, en cuanto puedan afectarse derechos fundamentales, como la libertad de circulación o residencia o el libre desarrollo de la personalidad de un residente, la autoridad está obligada a la readecuación del trámite, porque la protección de tales derechos por la Administración Pública es informal, no tiene carácter rogado sino oficioso, en atención al deber genérico de las autoridades de la República de proteger “... a todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades ...” (Art. 2 C.P.)

Como quiera que en este caso se había elevado ante las autoridades del archipiélago una solicitud en la que, por su propia naturaleza, y cuanto que directamente referida al

⁷¹ El cual indica que podrá adquirir el derecho a residir en forma permanente en el Departamento Archipiélago quien “*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. (...)*”.

⁷²Dicha interpretación que fue revaluada mediante sentencia C-029 de 2009, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

derecho de circulación y residencia, asociado en el caso concreto con el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los interesados en la actuación, estaban comprometidos derechos fundamentales, la OCCRE tenía el deber de tramitar la solicitud de la manera que mejor protegiera tales derechos. Para ello, habría podido optar por solicitar formalmente a los interesados la adecuación del trámite indicándoles los documentos que debían allegarse, o incluso, en una aproximación más formalista, habría cabido que, como en efecto ocurrió, en la Resolución mediante la cual se resolvió la solicitud, la misma se negase, en razón a no haber sido presentada por el destinatario de la actuación solicitada, pero en lugar de disponer, como se hizo, el inmediato abandono del archipiélago del señor ZZ, se le hubiese concedió la oportunidad para que adecuase el trámite, con la indicación precisa de los pasos a seguir” (Énfasis fuera del texto).

De tal forma, la Corte estableció que la omisión de la OCCRE en adecuar el trámite resultó lesiva al derecho al debido proceso del accionante, quien, no obstante haber reunido las condiciones para obtener la tarjeta de residencia, lo cual obraba en el expediente administrativo, se vio compelido a abandonar el territorio del archipiélago. Así mismo, esta Corporación consideró que la decisión afecta igualmente, el derecho al libre desarrollo de la personalidad del actor y de su compañero permanente, quienes, verían obstaculizada su decisión de mantener en el archipiélago una relación estable como pareja homosexual.

De otro lado, con relación a la constitucionalidad de las expresiones “*unión singular, permanente y continua*” y “*compañera permanente*”, contenidas en los artículos 2 y 3 del Decreto 2762 de 1991, es necesario remitirse a lo dispuesto al respecto por la Corte mediante sentencia **C-029 de 2009**⁷³, en la cual los accionantes alegaron que tales expresiones violaban los artículos 1, 13, 16, 24 y 93 de la Constitución Política por no incluirse a las parejas del mismo sexo.

En aquella ocasión, la Corte explicó que la situación de las parejas homosexuales es asimilable a la de las parejas heterosexuales y enfatizó en que no existe razón alguna que explique la diferencia de trato entre unas y otras. Es decir, para la Corte, de las disposiciones acusadas no se desprende ninguna razón que justifique o explique que el integrante de una pareja heterosexual obtenga el derecho de residencia para su compañero o compañera, y que no ocurra lo mismo cuando se trata de una pareja homosexual.

⁷³ M.P. Rodrigo Escobar Gil.

En ese orden, la Corte concluyó que la diferenciación explicada configura un tratamiento discriminatorio con base en la orientación sexual de las personas. De tal manera, como quiera que las disposiciones acusadas crean una diferencia de trato que no atiende a una protección especial en razón a un criterio de diferenciación que resulte válido, la exclusión de las parejas homosexuales resulta contraria a la Carta. Por consiguiente, en esa oportunidad, se declaró la exequibilidad de las disposiciones acusadas, en el entendido de que las expresiones “*unión singular, permanente y continua*”, “*compañera permanente*” y “*unión permanente*” contenidas en los artículos 2 y 3 del Decreto 2762 de 1991 incluyen, en igualdad de condiciones, a las parejas del mismo sexo.

Del mismo modo, cabe hacer alusión a lo decidido en el caso analizado mediante la sentencia **T-214 de 2014**⁷⁴. En esa oportunidad, se le concedió la protección de sus derechos al accionante, quien se encontraba adelantando el trámite de obtención de la tarjeta de residencia por motivos de convivencia pero que, al no haber aportado en su totalidad los documentos requeridos para ello, de manera oportuna, fue expulsado de la Isla. Ante tal situación, la Corte tuteló su derecho fundamental al debido proceso y el derecho de sus dos (2) hijos menores de edad a la unidad familiar. En dicha ocasión la Corte concluyó que la OCCRE había omitido responder a una petición que el actor había presentado solicitando un plazo para entregar los documentos faltantes y, en segundo lugar, que su expulsión le impedía estar con su familia, privando a sus hijos de su compañía. De tal forma, la Corte ordenó el regreso inmediato del actor en calidad de turista, con el objetivo de que pudiera aportar los documentos faltantes para finalizar con el trámite de residencia.

Igualmente, es pertinente referirse a lo establecido en sentencia **T-484 de 2014**⁷⁵, pues en dicha ocasión, la Corte analizó el caso de un hombre que habitó la Isla de San Andrés durante aproximadamente siete (7) años, tiempo durante el cual convivió con su esposa, residente permanente del archipiélago, y su hijo de tres (3) años de edad, nacido en el territorio insular. Al querer legalizar su situación irregular, solicitó por conducto de su esposa, el reconocimiento de la residencia, por lo cual la OCCRE le otorgó el derecho a la residencia temporal. No obstante lo anterior, cerca de un año después fue declarado en situación irregular y expulsado de la Isla, por cuanto había laborado sin cancelar una deuda de cuyo pago dependía la expedición de su tarjeta de residente.

La Corte observó que la sanción se debió a que el actor había laborado sin estar autorizado para ello, aun cuando había adquirido su residencia

⁷⁴ M.P. María Victoria Calle Correa.

⁷⁵ M.P. María Victoria Calle Correa.

temporal por motivos de convivencia, más no por razones laborales. Así, la Corte concluyó que el accionante había sido autorizado para trabajar desde el momento mismo en que adquirió la residencia por motivos de convivencia, en virtud del principio de equidad, de razonabilidad *a fortiori* y de “el que puede lo más, puede lo menos”. A juicio de la Corte la autorización para trabajar es tácita y automática, razón por la cual, no se requiere de ninguna formalidad adicional al reconocimiento de la residencia temporal. Por lo explicado, esta Corporación tuteló los derechos fundamentales invocados por el accionante, y ordenó 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.

De lo anterior, se concluye que aunque la Corte consideró que las medidas tomadas para controlar la sobrepoblación en la Isla de San Andrés son acordes a la Constitución, aun cuando limiten ciertos derechos fundamentales como aquel de la libre circulación por el territorio de Colombia, existen determinados casos en los cuales al tratarse de personas no residentes en el Departamento Archipiélago, las mismas pueden adquirir la tarjeta de residencia por el cumplimiento de los requisitos previstos para ello en el Decreto 2672 de 1991. De ese modo, en los casos estudiados, los accionantes fueron expulsados de la Isla de manera injusta sin observar las garantías judiciales mínimas, y por ende, fueron protegidos por la Corte, pues esta Corporación ha ordenado su regreso al Archipiélago, entre otras, con el fin de proteger derechos fundamentales como el debido proceso, la unión familiar, el libre desarrollo de la personalidad y la igualdad. Asimismo, la OCCRE tiene el deber de estudiar de fondo los casos en los cuales se solicita la residencia, adecuando los trámites, procurando proteger en la mayor medida posible los derechos fundamentales de los peticionarios.

En cuanto a los requisitos establecidos en el Decreto 2762 de 1991, respecto del otorgamiento de la residencia a quienes hayan convivido con un residente por más de tres años en la Isla, la Corte determinó que a ello tienen derecho tanto las parejas homosexuales, como las heterosexuales, pues no existe razón alguna, válida, para que se proporcione un trato diferente dependiendo de la orientación sexual de los peticionarios (C-029 de 2009).

3. CASO CONCRETO

3.1. RESUMEN DE LOS HECHOS PROBADOS

De los hechos narrados en el escrito de tutela y los documentos aportados en el trámite de la acción, la Sala encuentra probados los

siguientes sucesos:

- 3.1.1.** La señora Paola Beatriz Olivo Hernández convive, desde el día 5 de mayo de 2007, con su pareja Claudia Rocío Ballestas Pedroza en la Isla de San Andrés. Asimismo, el núcleo familiar se encuentra compuesto por el menor Samuel Santana Care.
- 3.1.2.** Su compañera, la señora Claudia Rocío Ballestas Pedroza obtuvo, por medio de sentencia del 21 de enero de 2011, proferida por el Juzgado de Familia de San Andrés, la adopción del menor de edad Samuel Santana Care, a quien la accionante considera igualmente como su hijo.
- 3.1.3.** Informa que debido a una denuncia anónima presentada en su contra, el 15 de abril de 2010, fue citada, por parte de la OCCRE, para rendir declaración sobre su situación jurídica en la Isla.
- 3.1.4.** La accionante no pudo presentarse ante la OCCRE en la fecha indicada, debido a que se encontraba incapacitada por quince días, al sufrir de un *“edema en un área de 7x7 cts a nivel de la región interciliar con herida saturada de 2.5. cms”*.
- 3.1.5.** Dicha situación le fue informada a la entidad accionada por parte de la pareja de la actora, quien solicitó, además, que se llevara a cabo una nueva citación para rendir declaración.

La mencionada solicitud no fue tomada en cuenta por la accionada, por lo cual procedió a declarar a la actora en situación irregular en la Isla de San Andrés, mediante Resolución No. 001833 de la OCCRE, emitida el 29 de abril de 2010. En dicho acto, se indicó que la actora ingresó al Departamento Archipiélago en calidad de turista desde el año 2007, permaneciendo en la Isla por tiempo superior de los 4 meses permitidos por el Decreto 2762 de 1991, y que, además, no ostenta la calidad de residente temporal o permanente.

Asimismo, se señaló que no existe trámite ni registro alguno de residencia a nombre de la actora, ni de que hubiera asistido a las citaciones emitidas por ese Despacho.

Así, en la Resolución se concluyó que se cuenta con material probatorio suficiente para concluir que la accionante no cumple con los requisitos de ley para obtener la residencia y que se encuentra en flagrante violación del Decreto 2762 de 1991.

Finalmente, se resolvió que la accionante debía abandonar el territorio del Departamento Archipiélago dentro de los 5 días hábiles siguientes a la notificación de dicho acto administrativo, so pena de ser devuelta a

su último lugar de embarque. De la misma forma, se le impuso a la actora, multa de 20 salarios mínimos legales mensuales vigentes.⁷⁶

- 3.1.6.** Al conocer la anterior decisión, la accionante interpuso el recurso de reposición en subsidio de apelación el 30 de abril de 2010, mediante el cual explicó que al llevar más de 3 años de convivencia con su pareja en la Isla, no se encontraba en una situación irregular.
- 3.1.7.** Mediante Resolución No. 006575 del 9 de diciembre de 2011, fue resuelto el recurso de reposición interpuesto por la actora. En dicha decisión se indicó que no era posible otorgar a la accionante la residencia, pues en la Resolución recurrida, su situación en la Isla había sido declarada irregular, por lo cual resultaba necesario ordenar su expulsión del territorio.
- 3.1.8.** Desde que dicha Resolución fue emitida -9 de diciembre de 2011- hasta el momento de presentación de la acción de tutela, el 4 de diciembre de 2014, la OCCRE no había resuelto el recurso de apelación.
- 3.1.9.** En sede de revisión, la accionante remitió a la Corte, Resolución 000130 del 16 de enero de 2015, mediante la cual dicha entidad negó la residencia solicitada por la actora al considerar que la accionante había desconocido lo establecido en el artículo 18 del Decreto 2762 de 1991, por permanecer en situación irregular en la Isla. Por ello, la autoridad accionada indicó que no era viable analizar de fondo el cumplimiento o no de los requisitos para acceder a la residencia.
- 3.1.10.** La solicitud de la actora se basa en el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 3º del Decreto 2762 de 1991, que se refiere a la convivencia en unión singular, permanente y continua con persona residente en la isla.
- 3.1.11.** La accionante afirma que la OCCRE debe, en casos de solicitud de residencia, verificar el cumplimiento de los requisitos para obtener ese derecho, sin atender a cuestiones de índole religiosa, política, de orientación sexual, entre otras. Por tal motivo, señala que no existe razón por la cual en su caso, al tratarse de una pareja del mismo sexo, deba recibir un trato diferente.
- 3.1.12.** Asimismo, teme por la afectación que la decisión mencionada pueda causar en su núcleo familiar, pues en cualquier momento puede ser expulsada de la Isla y a separarse de su familia.
- 3.1.13.** Finalmente, asevera que no ha podido iniciar los estudios que desea llevar a cabo, en razón a que las instituciones educativas de la Isla requieren que su situación de residencia sea definida.

⁷⁶ Folios 15 a 16, Cuaderno de Primera Instancia.

3.2. EXAMEN DE PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA

3.2.1. Legitimación por activa

En este caso la accionante, Paola Beatriz Olivo Hernández, ejerció la acción de tutela por sí misma por considerar que la negativa de otorgarle la residencia vulneraba sus derechos fundamentales, cumpliéndose con lo establecido en el artículo 10º del Decreto 2591 de 1991.

3.2.2. Legitimación por pasiva

Como se explicó en la sentencia T-1015 de 2006⁷⁷, *“la legitimación pasiva en la acción de tutela hace referencia a la aptitud legal de la persona contra quien se dirige la acción, de ser efectivamente la llamada a responder por la vulneración o amenaza del derecho fundamental. En la medida que refleja la calidad subjetiva de la parte demandada “en relación con el interés sustancial que se discute en el proceso”, la misma, en principio, no se predica del funcionario que comparece o es citado al proceso, sino de la entidad accionada, quien finalmente será la llamada a responder por la vulneración del derecho fundamental, en caso de que haya lugar a ello.”*⁷⁸

Así, la accionada, en el presente caso, es la Oficina de Control de Circulación y Residencia del Departamento del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, la cual es, tal como lo establece el Decreto 2762 de 1991, la autoridad estatal competente para otorgar la residencia en la Isla. Por ello, y teniendo en cuenta que la accionante solicitó la residencia, la accionada es la legitimada por pasiva.

3.2.3. Inmediatez

En el presente caso, la Sala observa que se cumple con la inmediatez, toda vez que aunque la resolución atacada, por medio de la cual se confirmó la decisión que negó la residencia a la actora, fue emitida el 9 de diciembre de 2011, y el ejercicio de la acción de tutela tuvo lugar el 4 de diciembre de 2014, el paso del tiempo obedeció a que la accionante se encontraba esperando que el recurso de apelación, interpuesto por ella, fuera resuelto por la OCCRE. Al no recibir respuesta, la accionante presentó acción de tutela, pues la vulneración de sus derechos continuaba al no haberle sido resuelto el recurso por ella presentado, hasta el 16 de enero de 2015, fecha en la cual finalmente se le proporcionó respuesta a su petición.

⁷⁷ M.P. Álvaro Tafur Galvis.

⁷⁸ Cfr. sentencias T-1015/06. MP. Álvaro Tafur Galvis, T-780 de 2011 y T-248 de 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

3.2.4. Subsidiariedad

Como se anotó en las consideraciones de esta providencia, la Corte Constitucional ha establecido, como regla general, la improcedencia de la acción de tutela contra actos administrativos de contenido particular y concreto. Sin embargo, ha señalado también que tal acción procede en estos casos, de manera excepcional, cuando la misma se invoque para evitar la configuración de un perjuicio irremediable.

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

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

En **primer lugar**, en el asunto analizado, el perjuicio irremediable que puede presentarse es, específicamente, que la accionante sea expulsada de la Isla, separada de su pareja, y consecuentemente, que le sea prohibido volver a ingresar al Departamento archipiélago luego de su salida del mismo, conforme a los artículos 14 y 15 del Decreto 2762 de 1991. Dicha amenaza es **inminente**, pues luego de que la resolución en la cual se declara que la situación de la accionante en San Andrés es irregular fuera confirmada, la actora tiene la obligación, tal como fue ordenado por la accionante, de abandonar la isla y de ser devuelta a su último lugar de embarque.

Lo anterior implica que en cualquier momento la accionante puede ser obligada a abandonar la Isla en cumplimiento de lo establecido en la Resolución atacada en este caso, desconociéndose sus derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la libre circulación y residencia, y al debido proceso.

En **segundo lugar**, la actora se encuentra afrontando una amenaza **grave**, pues al tratarse de una persona que puede ser separada de su compañera permanente con quien convive desde hace más de tres años, es claro el daño moral que le puede ser causado, el cual evidentemente puede ser calificado como “*de gran intensidad*”, pues la actora tendría que verse obligada a abandonar la Isla vulnerándose su derecho a la libre circulación y residencia.

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

En **cuarto lugar**, por lo explicado, es claro que la acción en mención es, en el asunto *sub judice*, impostergable, pues no puede permitirse que, mientras se resuelve la situación mediante un mecanismo ordinario de defensa, la accionante sea expulsada de la Isla, sin posibilidad de retornar, todo con base en una resolución que presuntamente vulneró el derecho al debido proceso de la actora, entre otros.

Por lo expuesto, la Sala concluye que debido a la inminencia del perjuicio que puede ocasionarle el abandono forzado de la Isla, sin observarse las garantías judiciales mínimas, la acción de tutela es el medio adecuado, eficaz e idóneo para contrarrestar los efectos de la decisión de la Resolución atacada.

3.3. ANÁLISIS DE FONDO

3.3.1. Esta Corporación debe pronunciarse acerca de la presunta vulneración de los derechos fundamentales de la accionante de petición, a la unidad familiar, y al debido proceso, por parte de la Oficina de Control de Circulación y Residencia- OCCRE- del Departamento del archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, pues dicha entidad **(i)** emitió la Resolución 006575 del 9 de diciembre de 2011⁷⁹, en la cual se confirmó la decisión de declarar ilegal la situación de la actora en la Isla, sin haberla oído en el trámite de la actuación, **(ii)** tardó más de tres años en resolver el recurso de apelación interpuesto por la actora y **(iii)** negó la residencia de la accionante sin analizar de fondo su situación en la Isla, basándose únicamente en que la actora había permanecido en situación irregular.

⁷⁹ Mediante dicho acto, se resolvió el recurso de reposición interpuesto por la accionante, y se confirmó lo establecido en la Resolución No. 001833 del 29 de abril de 2010, que negó las pretensiones de la actora.

3.3.1.1. En cuanto a la primera situación, referente a la violación del derecho de la actora al debido proceso al no haber sido oída en el trámite de otorgamiento de la residencia, se evidenció que con relación a la primera citación que le fue realizada a la actora, para presentarse en las instalaciones de la entidad accionada con el fin de explicar lo atinente a su estadía en la Isla, a la accionante no le fue posible presentarse el día establecido, pues, se comprobó, que se encontraba incapacitada, por 15 días, al sufrir, como se observa en el informe médico por ella aportado, de un *“edema en un área de 7x7 cts a nivel de la región interciliar con herida saturada de 2.5 cms”*, cuyas secuelas se describieron como *“deformidad física que afecta el rostro”*.

En ese orden, es claro que la accionante no se ausentó por voluntad propia, sino porque tenía una justificación válida para ello, al encontrarse incapacitada. De tal manera, la accionada, como autoridad administrativa, se encuentra obligada a respetar el debido proceso en la toma de sus decisiones, lo cual implica, entre otras, que para que el administrado pueda ejercer su derecho a la defensa, debe ser oído durante la actuación.

De tal manera, la jurisprudencia constitucional se ha referido a dicha garantía procesal, y ha indicado, como se observa en la sentencia T-484 de 2014⁸⁰ lo siguiente:

*“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 proceso⁸¹. ”*(Énfasis fuera del texto)

Respecto de lo anterior, debe señalarse que sin haber oído a la accionante, la OCCRE expidió la Resolución No. 001833 del 29 de abril de 2010, mediante la cual declaró a la accionante en situación irregular dentro de la Isla.

⁸⁰ M.P. María Victoria Calle Correa.

⁸¹ “Ver sentencia C-980 de 2010 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).”

En relación con ello, vale recordar el Decreto 2762 de 1991, consagró las medidas a aplicar por la OCCRE a las personas que se encuentran en situación irregular, sin embargo no precisó el trámite o procedimiento a seguir al imponer dichas disposiciones. Así, en principio, el trámite que adelante la OCCRE contra las personas cuando su permanencia es declarada irregular es un proceso policivo que no está expresamente reglado y que no sigue la ritualidad del procedimiento administrativo. Sin embargo, es claro que la OCCRE, como autoridad administrativa, tiene la obligación de aplicar los elementos esenciales del derecho fundamental al debido proceso, y de defensa, pues el hecho de no estar reglado el trámite de la OCCRE en ese sentido, no es excusa para no cumplir con los mismos.

Al respecto, resulta necesario citar lo establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Baena Ricardo y Otros vs. Panamá*, en el cual se analizó, entre otros, lo atinente a la observancia de las garantías judiciales mínimas en los procesos administrativos. En dicha oportunidad, estableció, en relación con el artículo 8 de la Convención Americana⁸², que cualquier actuación de los órganos estatales dentro de un proceso, sea de cualquier naturaleza, debe velar por el respeto del derecho al debido proceso. De tal manera, la Corte Interamericana señaló:

“Si bien el artículo 8 de la Convención Americana se titula “Garantías Judiciales”, su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, “sino [al] conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales” a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos⁸³. Es decir, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales

⁸² El artículo 8 de la Convención, en sus incisos 1 y 2, señala que: 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a. derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal; b. comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada; c. concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; d. derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; e. derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el 92 inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley; f. derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos; g. derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y h. derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

⁸³ “cfr. Caso del Tribunal Constitucional, supra nota 7, párr. 69; y Garantías judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9, párr. 27.”

*dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal. La Corte observa que el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del artículo 8 de la Convención se aplica a los órdenes mencionados en el numeral 1 del mismo artículo, o sea, la determinación de derechos y obligaciones de orden “civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”. **Esto revela el amplio alcance del debido proceso; el individuo tiene el derecho al debido proceso entendido en los términos del artículo 8.1 y 8.2, tanto en materia penal como en todos estos otros órdenes.**” (Énfasis fuera del texto)*

Asimismo, la Corte Interamericana explicó que en cualquier materia, inclusive en la civil, laboral y administrativa, la discrecionalidad de la administración tiene determinados límites, siendo uno de ellos el respeto de los derechos humanos. De tal modo enfatizó sobre la necesidad de que la actuación de la administración sea regulada, y señaló que ésta no puede invocar el orden público para reducir discrecionalmente las garantías de los administrados. De ese modo, a manera de ejemplo, aseveró que la administración no tiene la facultad de dictar actos administrativos sancionatorios sin otorgar a los sancionados la garantía del debido proceso, lo cual implica el ejercicio de derecho defensa.

- 3.3.1.2.** De ese modo, una de las garantías fundamentales propias del derecho al debido proceso, aquella consistente en que el administrado debe ser oído durante la actuación administrativa, no fue observada en este caso, pues la accionante optó por tomar una decisión, por demás desfavorable a la actora, sin conocer sus razones de defensa y se limitó a indicar que como la accionante había ingresado a la Isla en calidad de turista, al permanecer por un periodo superior al permitido en el artículo 17 del Decreto 2762 de 1991, automáticamente su situación debía ser declarada irregular, sin ningún análisis adicional.

Ante dicha situación, la actora procedió a reponer el mencionado acto, informando (i) que llevaba más de tres años de convivencia con la señora Claudia Rocío Ballestas Pedroza en un domicilio común y (ii) que no había podido presentarse a la citación mencionada por encontrarse incapacitada. Sin embargo, el referido acto administrativo fue confirmado en su integridad por la OCCRE, sin llevar a cabo análisis alguno respecto de lo invocado por la accionante acerca del cumplimiento de uno de los requisitos para obtener la residencia, es decir la unión permanente con un residente en un domicilio común.

En efecto, en la decisión de reposición, la OCCRE se limitó a (i) establecer que aun cuando la ausencia a la citación fue “*ampliamente*

justificada” al encontrarse la actora incapacitada, esa circunstancia “*no vuelve lesiva*” la conducta de la OCCRE, (ii) señalar que aunque la accionante indicó que no es cierto que su permanencia en la Isla sea ilegal debido a que convive de forma permanente, pública y notoria con su compañera sentimental, allegando una serie de documentos para comprobar tal circunstancia, dicha entidad había sido enfática, en la Resolución recurrida, “*en declarar en situación irregular a la señora Paola Beatriz Olivo Hernández dentro del Departamento Achipielago(...)*”. Así, explicó que al haber sido ya declarada en situación irregular, tal circunstancia no podía subsanarse con la presentación de solicitud de residencia por convivencia.

A juicio de la Sala, dicha argumentación, a la cual recurre la OCCRE para soportar su decisión, no resulta válida para negar lo solicitado a la accionante, pues precisamente, aun cuando en una primera Resolución se haya decidido declarar irregular la situación de la actora en la Isla, lo establecido por la actora en el escrito de reposición tiene la virtualidad de que la decisión pueda cambiar si se evidencia que existen méritos para ello por parte de la autoridad competente. De ese modo, la primera negativa no necesariamente debe permanecer inmutable, pues precisamente para tal efecto existe la posibilidad de atacar las decisiones administrativas.

De esa manera, el recurso de reposición al que acudió la actora es una forma en la cual el ordenamiento le permite ejercer su defensa, por lo que lo establecido en ese recurso por la accionante debió ser analizado de fondo en la decisión. Además, en el caso de no tener certeza acerca de lo afirmado por la actora en su defensa, la autoridad gozaba de la facultad de decretar las pruebas necesarias para resolver el asunto.

De tal modo, se evidencia tal entidad omitió actuar conforme a lo establecido por la Corte respecto del proceder que debe asumir la OCCRE en esta clase de procedimientos. Esto es, como lo afirmó esta Corporación en sentencia T-725 de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil⁸⁴, cumplir con el deber de tramitar la solicitud de la manera que mejor proteja los derechos de los peticionarios.

Específicamente, en dicha providencia, ante la decisión de la OCCRE de negarle la residencia a un hombre, por no cumplir con los requisitos establecidos en el numeral invocado en su solicitud, la Corte advirtió que no obstante no reunir las condiciones exigidas en dicha norma, el accionante sí cumplía con lo estipulado en otro de los numerales del Decreto 2762 de 1991 para acceder a la residencia, lo cual no había sido reparado por la entidad en mención, quien sin analizar a fondo la solicitud, optó por negar lo pedido. De tal forma, esta Corporación señaló:

⁸⁴ Al respecto, ver también la Sentencia T-484 de 2014, M.P. María Victoria Calle Correa.

“Encuentra así la Sala que, en cuanto puedan afectarse derechos fundamentales, como la libertad de circulación o residencia o el libre desarrollo de la personalidad de un residente, la autoridad está obligada a la readecuación del trámite, porque la protección de tales derechos por la Administración Pública es informal, no tiene carácter rogado sino oficioso, en atención al deber genérico de las autoridades de la República de proteger “... a todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades ...” (Art. 2 C.P.”(Énfasis fuera del texto)

De ahí que, en dicha ocasión, la omisión de la OCCRE de no “*adecuar el trámite*” resultó para la Corte, lesiva del derecho al debido proceso del accionante, quien, no obstante haber reunido las condiciones para obtener la tarjeta de residencia, lo cual obraba en el expediente administrativo, se vio compelido a abandonar el territorio del archipiélago. Así mismo, esta Corporación consideró que la decisión afectó igualmente, el derecho al libre desarrollo de la personalidad del actor y de su compañero permanente, quienes, al ser homosexuales, verían obstaculizada su decisión de mantener en el archipiélago una relación estable como pareja.

Descendiendo al caso concreto de la señora Paola Beatriz Olivo Hernández, se tiene que, al negar lo solicitado por la actora, sin haber analizado de fondo su situación, y sin haber decretado pruebas o haber citado a la actora de nuevo a rendir declaración libre, la OCCRE vulneró su derecho fundamental al debido proceso y omitió el deber al que se hizo referencia, según el cual esa autoridad debe tramitar tales solicitudes de la manera en que se protejan los derechos de los peticionarios en la mayor medida posible.

3.3.1.3. De otro lado, la Sala debe pronunciarse también acerca de la tardanza de la entidad accionada para resolver el recurso de reposición en subsidio de apelación interpuesto por la accionante, con el fin de establecer si el derecho fundamental de petición le fue vulnerado a la actora. En efecto, luego de haberse emitido la decisión de reposición, es decir la Resolución 006575 del 9 de diciembre de 2011, para el momento de interposición de la tutela -diciembre de 2014-, el recurso de apelación no había sido resuelto. Así, transcurrieron alrededor de tres años sin que la OCCRE le diera trámite al recurso presentado por la accionante, poniéndola en una situación aún más vulnerable, en la medida en que podía ser forzada a abandonar el Archipiélago en cualquier momento.

En efecto, al ser notificada de la presente acción de tutela, la accionada indicó en la contestación de la misma, que no había procedido a resolver la apelación por cuanto había decretado una prueba, específicamente una inspección en la vivienda de la accionante, razón por lo cual debía esperarse a que la misma fuera practicada. No obstante lo anterior, el auto por medio del cual se decretó tal prueba, emitido el 10 de diciembre de 2014, es posterior a la notificación del auto admisorio de la acción de tutela, -5 de diciembre de 2014- y fue proferido un día antes de la presentación de la contestación. Así, no es aceptable la motivación por la cual la accionada indicó que la demora en tramitar el recurso de apelación obedeció al decreto una prueba que debía llevarse a cabo para poder resolver, si sólo hasta el día anterior a la radicación de la contestación se emitió el auto decretando la prueba. Por ello, la Sala no se explica qué ocurrió entonces durante los casi 3 años que transcurrieron anteriores al decreto de la referida prueba.

En ese orden, la OCCRE procedió finalmente, a resolver el recurso de apelación, hasta el 16 de enero de 2015, es decir más de tres años después de haberse proferido la decisión de reposición, en cumplimiento de la sentencia de primera instancia de la presente acción, emitida el 18 de diciembre de 2014, que ordenó a la accionada practicar la prueba en comento y resolver el mencionado recurso, dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de la providencia.

De esa manera, es evidente que el tiempo que transcurrió entre la fecha en que fue proferida la decisión de reposición y aquella de la de apelación no resulta razonable, pues debe tenerse en cuenta que la prueba que se decretó, y la cual supuestamente atrasó el trámite, fue una visita a la vivienda de la accionante, respecto de lo cual no hay razones que permitan pensar que su realización hubiere requerido de los tres años que pasaron. Además, la tardanza implicó que la accionante estuviera en un riesgo permanente de ser expulsada de la Isla, mientras la accionada resolvía el recurso.

Al respecto, la Corte ha indicado que dentro de las garantías del debido proceso se encuentra el derecho a recibir una pronta y oportuna decisión por parte de las autoridades –no sólo las jurisdiccionales sino las administrativas -, lo que se traduce en el derecho a ser juzgado en un proceso sin dilaciones injustificadas⁸⁵.

En el caso bajo análisis, es evidente que no medió justificación alguna para que el trámite del recurso de apelación tardara tres años, por lo cual la Sala concluye que al haber dilatado de tal manera la respuesta que esperaba la accionante, la OCCRE vulneró sus derechos fundamentales de petición y al debido proceso.

⁸⁵ Al respecto, ver Sentencia C-181 de 2002, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

3.3.2. Ahora bien, teniendo en cuenta que la accionante alegó que la decisión de la autoridad accionada vulneraba su derecho a la igualdad y resultaba discriminatoria al negarle lo pretendido fundándose en su orientación sexual, la Sala debe analizar si dicha violación tuvo lugar, estudiando lo establecido por la OCCRE en la Resolución 000130 del 16 de enero de 2015, mediante la cual se confirmó la decisión que declaró la situación de la actora en la Isla como irregular, por lo cual se ordenó a la accionante a abandonar el territorio del Departamento Archipiélago.

3.3.2.1. Al respecto, debe señalarse que en dicho acto administrativo, después de haber practicado la prueba de inspección en la casa de la actora, gracias a la cual concluyó que efectivamente la accionante convivía en unión permanente y singular con la señora Claudia Rocío Ballestas Pedroza, se indicó:

“La relación de convivencia con una persona residente en el territorio insular, al igual que la demostración de domicilio durante los tres (3) años anteriores a la expedición del Decreto 2762 de 1991, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2º del Decreto 2762 de 1991 y el artículo 3º literal a) de la norma que se menciona, son situaciones que determinan la obtención de la residencia, mas sin embargo no son causales que eximen de la responsabilidad establecida en el artículo 19 al incurrir en violación a lo dispuesto en el artículo 18 literal b) de la norma que trata sobre control poblacional.”

En esta oportunidad, la OCCRE consideró que “*en el presente no se trata de comprobar el derecho o no que tiene para residir en el territorio insular, sino de establecer si la conducta de la actora violó o no lo dispuesto en la norma señalada*”, haciendo referencia a lo estipulado en el artículo 18 del Decreto 2762 de 1991, en el cual se señala que se encuentran en situación irregular en el territorio las personas que permanezcan dentro de la Isla por fuera del término que les ha sido autorizado. A ese respecto, debe indicarse que la tardanza de la OCCRE en dar respuesta a la accionante, implicó que su situación continuara siendo irregular mientras esperaba una solución.

Como se observa, la OCCRE consideró que el hecho de haber desconocido lo dispuesto en el artículo 18 del Decreto 2762 de 1991, es decir, permanecer en la Isla en situación irregular, le impide a esta autoridad, por una parte, analizar de fondo el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 3º del mismo instrumento normativo; y por otra, otorgarle a la actora la residencia aun cuando reúna las referidas condiciones.

3.3.2.2. Ahora bien, la Sala observa que en casos estudiados por esta Corporación con circunstancias similares al que se estudia, la OCCRE no ha negado las solicitudes de residencia de los peticionarios con base en la motivación que en este caso se formula. Por el contrario, en esos asuntos la ha otorgado aun cuando los accionantes permanecieron irregularmente en la Isla sin legalizar su situación y desconociendo lo establecido en el artículo 18 del Decreto.

Al respecto, es necesario indicar que en esos casos similares, en los cuales la OCCRE concedió la residencia, se trató de parejas heterosexuales, siendo ello lo que diferencia dichos casos del asunto bajo revisión. Por ello, debe recordarse, como se indicó en las consideraciones de esta sentencia, respecto del hecho de negar el reconocimiento de un derecho a una persona por su orientación sexual, que la Corte ha previsto que la opción sexual hace parte del ámbito protegido de los derechos a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad. Por ello, ha indicado que todo comportamiento, de los particulares o del Estado, que *(i)* censure o restrinja una opción sexual, generalmente en aras de privilegiar la tendencia mayoritaria heterosexual; o *(ii)* **imponga sanciones o consecuencias fácticas o jurídicas negativas para el individuo, fundadas exclusivamente en su opción sexual, es una acción contraria a los postulados constitucionales.**⁸⁶

Así por ejemplo, en el caso analizado por la Corte mediante sentencia T-214 de 2014⁸⁷, consta en los hechos, que el accionante habitó el Archipiélago desde 1991 y desde el año 2004 convivió en unión permanente con una residente del territorio, con quien tuvo 3 hijos. Al ser detenido por no contar con tarjeta de residencia, y encontrarse en situación irregular en la Isla, **se le permitió rendir declaración libre y suscribir acta de compromiso con el propósito de legalizar su residencia.** Para ello, acordó aportar los documentos requeridos para tal efecto so pena de ser rechazada su solicitud. Aunque tal situación no fue objeto de análisis por la Corte⁸⁸, pues lo que se examinó fue el hecho de que al no haber entregado oportunamente tales documentos, el actor fue expulsado de la Isla, se evidencia que la OCCRE le otorgó la

⁸⁶ Al respecto, ver Sentencia T- 314 de 2011, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

⁸⁷ M.P. María Victoria Calle Correa.

⁸⁸ En aquella oportunidad, la Corte indicó, ante la expulsión del actor, que “*si bien es cierto que la sobrepoblación que padece el Archipiélago y que ha puesto en riesgo su sobrevivencia cultural, social y ambiental justifica la toma de medidas de esta naturaleza, en el asunto que se revisa, la separación familiar a la que dio lugar la expulsión del señor Fontalvo generó un perjuicio irremediable al derecho de los menores a tener una familia y no ser separados de ella. Y es que se privó a niños de siete (7) y nueve (9) años de la presencia de su padre, toda vez que al expulsársele de la Isla e imponerle una multa de veinte (20) salarios mínimos legales mensuales, e impedirle el ingreso a la misma hasta tanto tal multa no sea cancelada, se viola el derecho a la unidad familiar, ya que, el artículo 19 del Decreto 2762 de 1991, señala que las personas que se encuentren en situación irregular, pueden ser devueltas a su lugar de origen y multadas, pero siendo considerablemente onerosa la sanción impuesta para una familia de bajos recursos, se lesiona el interés superior de los menores al privarlos de la figura paterna en una importante y temprana etapa de su desarrollo como resultado de las dificultades que ahora enfrenta la familia para reunirse, debido a que se condicionó el regreso del señor Fontalvo a la cancelación de la multa.*”

posibilidad al accionante de ser oído y de comprometerse a entregar determinados documentos para obtener la residencia. Todo ello, aun cuando el peticionario había permanecido en la Isla por más de los 4 meses permitidos a los turistas, pues ingresó en el territorio desde el año 1991 y permaneció en el mismo sin legalizar su estadía hasta el año 2013.

En el mismo sentido, puede hacerse referencia a lo ocurrido en el caso revisado en sentencia T-484 de 2014⁸⁹, en el cual el accionante residió en la Isla por cerca de 7 años en compañía de sus hijos y su esposa, residente en el territorio. Así, solo hasta el año 2012, el accionante quiso legalizar su situación en el Departamento Archipiélago, solicitando la residencia. Sin embargo, al no recibir respuesta oportuna, presentó acción de tutela, ante lo cual se ordenó a la OCCRE proporcionar respuesta. De tal forma, la OCCRE, al responder la solicitud, decidió, en favor del actor, **otorgándole la tarjeta de residencia, aunque hubiera permanecido determinado tiempo, viviendo en la Isla en situación irregular**. Posteriormente, fue expulsado de la Isla al no contar con permiso para trabajar, por lo cual presentó tutela nuevamente. En esa oportunidad, la Corte indicó que al haber obtenido su residencia, se entendía que también le había sido otorgado el derecho de trabajar en ese territorio, por lo cual se ordenó su ingreso inmediato a la Isla.

Como se vio, se han presentado casos ante la OCCRE, en los cuales dicha entidad ha concedido la residencia a personas que han permanecido durante años sin legalizar su permanencia en la Isla, tal como ocurrió en el caso de la accionante, quien hoy en día, al buscar legalizar su situación, afirma haber cumplido con una de las situaciones prevista en el Decreto 2762 de 1991, para obtener su tarjeta de residencia.

3.3.2.3. De tal manera, no resulta clara para la Sala la razón por la cual en las ocasiones aludidas se otorgó el derecho a los peticionarios, o al menos se estudiaron a fondo sus solicitudes, y en el caso bajo estudio no ocurrió lo mismo, pues ni siquiera se procedió a estudiar la situación de la actora respecto del cumplimiento o no de los requisitos para obtener la residencia, bajo el argumento de que la accionante permaneció en la Isla sin legalizar su situación durante más de los 4 meses permitidos. En realidad se trata de casos similares, a los cuales la OCCRE proporcionó un trato diferente, sin razón objetiva ni justificada.

En este caso, la única diferencia fáctica que la Sala observa con los demás asuntos estudiados en la jurisprudencia, es la de la orientación sexual de la actora. Por tanto, se extrae que por un criterio sospechoso de discriminación se tomó la decisión de negar un derecho a la

⁸⁹ M.P. María Victoria Calle Correa.

accionante, pues como se demostró, la entidad accionada, a pesar de no hacerlo de forma explícita, generó una diferenciación jurídica, imponiéndole un límite o barrera para acceder a lo pretendido.

Tal situación se ve agravada teniendo en cuenta que se trata de una persona, que, como lo ha señalado la Corte, *“hace parte de un grupo sometido a un “patrón de valoración cultural que tiende a menospreciarlo”, sujeto de mayores exclusiones sociales de las que sufren los demás pertenecientes a la población LGBTI, y por lo mismo, merecen una mayor protección por parte del Estado. Precisamente, estas personas expresan su identidad de género de una forma que supone una mayor manifestación hacia la sociedad, generalmente a través de transformaciones físicas, lo que ha generado que se encuentren mayormente expuestos a prejuicios sociales y actos discriminatorios.”*⁹⁰(Énfasis fuera del texto)

En efecto, en el proceso administrativo adelantado por la OCCRE, así como en las demás decisiones que obran dentro del expediente, tal institución no atendió de fondo la solicitud de la demandante e ignoró de forma reiterada el hecho de que esta se encontraba viviendo en unión marital de hecho con su compañera por el tiempo establecido en la norma que regula los requisitos para la residencia legal en la Isla. Ello implica un desconocimiento por parte de la autoridad de su deber especial de protección, respecto de las parejas del mismo sexo. Lo anterior, sin que haya mediado justificación válida para otorgar un tratamiento diferenciado que implica una limitación para el ejercicio de los derechos de la actora. Así, la falta de pronunciamiento por parte de la OCCRE en relación con el derecho de la accionante a que se declarara la regularidad de su permanencia en la Isla por cumplir con uno de los requisitos exigidos para ello, constituye un incumplimiento a la obligación de garantizar los mismos beneficios que se otorgan a las parejas heterosexuales.

Ante esa situación, cabe traer a colación lo mencionado en la parte considerativa de esta sentencia con relación a la diferencia de trato sustentada en una categoría sospechosa, pues a ese respecto, la Corte ha indicado que la diferenciación que se basa en la orientación sexual de la persona únicamente, es una actuación que configura **un trato discriminatorio, que vulnera los derechos a la dignidad, a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad** del accionante.⁹¹

De tal forma, teniendo en cuenta que, como se indicó en las consideraciones de esta providencia, la carga de la prueba debe ser trasladada a aquella persona que aparentemente está tratando a otra de forma diferenciada, y que la OCCRE no aludió en ningún momento a

⁹⁰ Sentencia T-804 de 2014, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

⁹¹ Sentencia T-248 de 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

razón válida alguna que permita la diferenciación en este caso con el fin de desvirtuar la discriminación, la Sala concluye que el trato otorgado a la actora es discriminatorio y, al responder a un criterio sospechoso basado en la orientación sexual, vulnera los derechos fundamentales de la accionante a la igualdad, a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad.

3.3.2.4. Así, no es aceptable que la accionante no haya llevado a cabo el análisis del cumplimiento de los requisitos legales y objetivos, por parte de la accionante, para acceder a la residencia, en su afán por negarle el derecho. Menos aún, luego de haberse llevado a cabo la inspección, con la cual se demostró la unión permanente, por más de tres años, entre la accionante y su compañera, y el domicilio común en el Departamento por más de dicho periodo, condiciones establecidas en el artículo 3 del Decreto 2762 de 1991, así:

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

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

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

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

En el caso concreto, se observa el cumplimiento de los requisitos para obtener la residencia: **(i)** la convivencia por más de tres años con residente en la Isla, lo cual, tal como se determinó en sentencia C-029 de 2009⁹², se aplica tanto a parejas del mismo sexo como a parejas heterosexuales y **(ii)** un domicilio común, y, se evidencia, además, que, en cuanto a los requisitos de buena conducta, solvencia económica y de conveniencia de la permanencia en la Isla, la OCCRE no demostró lo contrario, por lo cual es clara la falta de motivación de la accionada

⁹² M.P. Rodrigo Escobar Gil

para negar lo pretendido, pues ni siquiera estudio el cumplimiento o no de los requisitos mencionados. Por ello, la Sala concluye que la accionante reúne los requisitos para que la OCCRE le conceda la residencia. Por tal razón, no existe justificación para que la OCCRE deba negar la residencia a la señora Paola Beatriz Olivo Hernández.

Adicionalmente, se verían desconocidos los derechos a la libre circulación y residencia y el libre desarrollo de la personalidad, en la medida en que la pareja vería obstaculizada su decisión de mantener en el archipiélago una relación estable, en tanto desde hace alrededor de siete años han venido desarrollando su proyecto de vida juntas en la Isla, lo cual no puede ser ignorado por la OCCRE.

La Sala concluye entonces que (i) al negar el derecho de residencia a la accionante, exigiéndole un requisito adicional, que en otros casos no requirió, y, (ii) al no estudiar de fondo el cumplimiento de los requisitos para acceder a lo pretendido, incurrió en una discriminación indirecta. Lo anterior por cuanto, aunque nunca indicó expresamente que por la orientación sexual de la accionante hubiera negado el derecho, es decir, aun cuando no hizo explícito el uso de un criterio sospechoso, su decisión tuvo efectos discriminatorios.

3.4. CONCLUSIÓN Y DECISIÓN A ADOPTAR

En suma, la Sala concluye que en este caso la Oficina de Control de Circulación y Residencia -OCCRE- del Departamento del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina vulneró los derechos fundamentales de petición, al debido proceso y a la igualdad de la señora Paola Beatriz Olivo Hernández, por las siguientes razones.

- (i) emitió decisión de reposición, a través de la Resolución 006575 del 9 de diciembre de 2011, sin estudiar de fondo lo referente a la incapacidad de la actora, ni el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 3 del Decreto 2762 de 1991, los cuales alegó haber cumplido la accionante en el recurso que presentó.
- (ii) no resolvió el recurso de apelación dentro de un plazo razonable, pues tardó tres años siguientes a la decisión apelada sin justificación alguna, conducta que no obedeció a ninguna razón válida y que, por lo tanto, vulnera el derecho fundamental de la accionante al debido proceso.
- (iii) indicó en la contestación de la acción de tutela, que la demora se debió al supuesto decreto de una prueba –la inspección en la vivienda de la accionante-, lo cual, se demostró que no es del todo cierto, pues el auto que decretaba la misma sólo fue proferido hasta el día 10 de diciembre de 2014, posterior a la notificación del auto admisorio de la acción de

tutela, -5 de diciembre de 2014- y un día antes de la presentación de la contestación.

- (iv) en la decisión mediante la cual resolvió la apelación interpuesta por la actora, no analizó de fondo el cumplimiento o no de los requisitos del artículo 3 del mencionado Decreto por parte de la actora para acceder a la residencia, aun cuando, de un estudio juicioso se evidenció que la accionante cumple con los requisitos establecidos en el artículo 3 del Decreto 2762 de 1991 para acceder a la residencia, lo cual además, fue demostrado en la inspección realizada por esa misma autoridad.
- (v) en la Resolución por medio de la cual resolvió el recurso de apelación, se limitó a indicar que al haber permanecido por más de 4 meses en la Isla, la actora había desconocido lo establecido en el artículo 18 del Decreto 2762 de 1991.
- (vi) en casos similares al aquí estudiado, la OCCRE otorgó la residencia, aun cuando los peticionarios incurrieran en lo establecido en el artículo 18 del mencionado Decreto. De tal forma, al otorgar un trato distinto a la actora sin justificación válida, la entidad accionada incurrió en una discriminación por estar presente una categoría sospechosa.

En consecuencia, la Sala confirmará parcialmente la orden proferida por el Juzgado Único Administrativo del Circuito de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, del 18 de diciembre de 2014, en tanto se decidió proteger el derecho fundamental de petición. Adicionalmente, concederá la protección del derecho fundamental a la igualdad y al debido proceso.

Por tanto, la Sala ordenará al Departamento del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina –Oficina de Control de Circulación y Residencia- OCCRE otorgar la residencia de la señora Paola Beatriz Olivo Hernández en la Isla de San Andrés, al haber cumplido con los requisitos establecidos en el artículo 3 del Decreto 2762 de 1991.

4. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR PARCIALMENTE la decisión adoptada por el Juzgado Único Administrativo del Circuito de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, mediante sentencia del 18 de diciembre de 2014 , dentro del trámite de la acción de tutela promovida por Paola Beatriz Olivo Hernández contra de la Oficina de Control de Circulación y Residencia- OCCRE- del Departamento del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina en cuanto se declaró la protección del derecho fundamental de petición. Adicionalmente, **CONCEDER** la protección del derecho fundamental a la igualdad y al debido proceso.

SEGUNDO.- ORDENAR a la **Oficina de Control de Circulación y Residencia- OCCRE- del Departamento del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina**, dejar sin efectos las Resoluciones No. 001833 del 29 de abril de 2010, No. 006575 del 9 de diciembre de 2011 y No. 000130 del 15 de enero de 2015, para que en su lugar, profiera una Resolución mediante la cual otorgue la residencia de la señora **Paola Beatriz Olivo Hernández** en la Isla de San Andrés, observando de fondo los requisitos legales y las consideraciones realizadas en esta providencia.

TERCERO.- ADVERTIR a la **Oficina de Control de Circulación y Residencia- OCCRE- del Departamento del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina**, que en lo sucesivo se abstenga de incurrir en acciones discriminatorias, especialmente basadas en la orientación sexual de los peticionarios.

CUARTO.- Por Secretaría General líbrese las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

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

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB
Magistrado

ALBERTO ROJAS RÍOS
Magistrado
Con salvamento parcial de voto

MYRIAM ÁVILA ROLDÁN
Magistrada (E)

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General

**SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO
DEL MAGISTRADO ALBERTO ROJAS RÍOS
A LA SENTENCIA T-371/15**

Referencia: Expediente T-4.829.094

Acción de tutela presentada por Paola Beatriz Olivo Hernández contra la Oficina de Control de Circulación y Residencia - OCCRE- del Departamento del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

Magistrado Ponente:

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Comparto la decisión en el sentido de confirmar la protección de los derechos fundamentales de petición y debido proceso administrativo de la accionante, por cuanto: **i)** se le desconoció el derecho de defensa y contradicción en el momento en que la Oficina de Control de Circulación y Residencia -en adelante OCCRE- del Departamento del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, decidió el caso de fondo sin valorar su incapacidad médica; **ii)** dilató injustificadamente, sin haberla oído, la respuesta al recurso de apelación interpuesto contra la Resolución que la declaró en situación irregular y; **iii)** el acto mediante el cual resolvió el recurso de apelación no analizó de fondo el cumplimiento de los requisitos para acceder a la residencia en la Isla, consagrados en el artículo 3° 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”*.

Esto por cuanto, se encuentra demostrado en el expediente, que a la accionante le asiste el derecho de residencia en la Isla de San Andrés, como quiera que ha estado en unión marital de hecho con Claudia Lucía Ballestas Pedroza -residente- por un término superior a tres (3) años continuos en ese Departamento. Por tanto, este derecho procedía así la accionante estuviera en situación irregular, por el hecho de haber excedido el tiempo de estadía autorizado (artículo 18, Decreto 2762 de 1991), razón por la cual, acompañó plenamente la orden impartida en el numeral segundo de la parte resolutive, que dejó sin efectos los actos administrativos vulneratorios del derecho fundamental al debido proceso y, consecuentemente, ordenó otorgar la residencia a Paola Beatriz Olivo Hernández en el archipiélago de San Andrés.

No obstante lo anterior, con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Sala Séptima de Revisión, me aparto parcialmente del fallo por las siguientes razones:

1. La accionante manifestó en el escrito de tutela que los actos administrativos demandados afectan su núcleo familiar, conformado por su pareja Claudía Rocío Ballestas Pedroza y el hijo adoptivo Samuel Santana Care -menor de edad-.

La sentencia T-371 de 2015, omite pronunciarse respecto del derecho fundamental a la unidad familiar, siendo patente que al ordenarle abandonar la Isla, se genera la desintegración inmediata del núcleo familiar de la accionante. De allí que, en el caso concreto se debía proteger explícitamente este derecho fundamental como garantía para el desarrollo integral del menor de edad, toda vez que el afecto, cuidado y amor requieren del contacto directo de ambos padres, sin ninguna discriminación por la orientación sexual que tengan los mismos. Además, este derecho fundamental se deriva del derecho de residencia que reconoce la decisión, al hallar la convivencia permanente por tres años con su pareja raizal y un hijo adoptivo⁹³.

Esta decisión desconoce la sentencia **C-577 de 2011**, mediante la cual este Tribunal Constitucional reconoció que las parejas del mismo sexo conforman modalidades de familia constitucionalmente protegidas. La realidad de los comportamientos del ser humano en sociedad y la idea de la heterogeneidad de los modelos familiares, permite pasar de una percepción estática a una percepción dinámica y longitudinal de la familia, donde el individuo pueda integrar distintas configuraciones familiares con funcionamientos propios, “...*el concepto de familia no puede ser entendido de manera aislada, sino en concordancia con el principio de pluralismo, porque en una sociedad plural, no puede existir un concepto único y excluyente de familia, identificando a esta última únicamente con aquella surgida del vínculo matrimonial*”⁹⁴.

⁹³ En la sentencia SU. 617 de 2014, la Corte protegió el derecho de una menor, concebida por inseminación artificial, a tener una familia homoparental. Indicó que: “*la falta de reconocimiento jurídico de los vínculos de afecto y solidaridad que de hecho se establecen en ejercicio de la autonomía, entre menores de edad con una única filiación y los compañeros permanentes del mismo sexo de su padre o madre, se traducen en un déficit protección del niño y en una barrera para el goce efectivo de sus derechos*”.

⁹⁴ En la sentencia C-577 de 2011 este Tribunal se pronunció sobre el artículo 113 del Código Civil, que circunscribe el *matrimonio* a la unión de un hombre y una mujer. En este fallo, la Corte declaró la exequibilidad de la preceptiva legal impugnada, pero exhortó al Congreso para que antes del 20 de junio de 2013 regulara de manera integral y sistemática “*sobre los derechos de las parejas del mismo sexo con la finalidad de eliminar el déficit de protección que, según los términos de esta sentencia, afecta a las mencionadas parejas*”. “...*Fuera de la aproximación a la homosexualidad desde la perspectiva de la persona individual y desde el punto de vista del grupo minoritario tradicionalmente desprotegido, últimamente se ha afianzado en la jurisprudencia la consideración de la pareja integrada por personas del mismo sexo, “puesto que hoy, junto a la pareja heterosexual, existen -y constituyen opciones válidas a la luz del ordenamiento superior- parejas homosexuales”, cuya efectiva existencia supone, como en el caso de la pareja heterosexual, “una relación íntima y particular entre dos personas, fundada en el afecto, de carácter exclusivo y singular y con clara vocación de permanencia*”.

Asimismo, el fallo objeto de disenso inaplica la sentencia **C-075 de 2007**, la cual condicionó la Ley 54 de 1990, modificada por la Ley 979 de 2005, *en el entendido que el régimen de protección allí previsto también se aplica a las parejas homosexuales*". Es decir, que en el caso concreto la pareja homoafectiva al cumplir con las condiciones previstas en la ley para las uniones maritales de hecho, la comunidad de vida permanente y singular, mantenida por un periodo superior a dos años, deba acceder automáticamente al régimen de protección allí dispuesto y se encuentra amparada por la presunción de sociedad patrimonial.

2. La sentencia T -371 de 2015 amparó el derecho fundamental a la igualdad de la actora acogiendo un "criterio sospechoso" de discriminación por orientación sexual. De acuerdo con el expediente y la motivación de los actos administrativos que se consideran vulneratorios de los derechos fundamentales, es claro que **en ningún momento** la decisión se fundamentó en un criterio sospechoso de discriminación para negar el derecho de residencia de la accionante. Paradójicamente, así lo reconoce la sentencia, "*...aunque nunca indicó expresamente que por la orientación sexual de la accionante hubiera negado el derecho, es decir, aun cuando no hizo explícito el uso de un criterio sospechoso, su decisión tuvo efectos discriminatorios*"-página 51-.

De lo anterior, se aprecia una dudosa inferencia inductiva para construir la probable vulneración del derecho fundamental a la igualdad. En este asunto, no existen premisas comprobadas que permitan sustentar lógicamente un criterio sospechoso de discriminación por cuenta de la orientación sexual de la tutelante.

Todo lo contrario, la motivación del acto administrativo fue clara y su finalidad constituye una medida necesaria y proporcional para pretender controlar la densidad poblacional en el departamento archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina. La entidad accionada tenía razones válidas para encontrar a la accionante en situación irregular, pues la actora permaneció en la Isla por fuera del tiempo que le fue autorizado, sin solicitar ante la OCCRE previamente el derecho de residencia que le asistía.

En ese sentido, no es razonable deducir un criterio sospechoso de discriminación por orientación sexual y atribuirle a la autoridad administrativa accionada la vulneración del derecho fundamental, por cuanto: i) existe un margen de apreciación justificado en la sanción administrativa que en el caso concreto no corresponde a criterios sospechosos de discriminación; ii) la misma se fundó en el incumplimiento de las reglas establecidas para permanecer

regularmente en la Isla, desconociendo el derecho de residencia en el fondo del asunto.

3. El test de igualdad empleado suscita inconvenientes, toda vez que aplicando el juicio de igualdad más estricto que existe en la jurisprudencia constitucional, la decisión parte de un *tertium comparationis* improcedente al observarse que los casos utilizados contienen supuestos fácticos y vulneraciones al debido proceso disímiles. Tampoco profundiza sobre la razonabilidad, proporcionalidad, adecuación e idoneidad del trato diferenciado que estableció la actuación administrativa sancionatoria. *Prima facie*, la accionante tuvo el mismo trato violatorio del debido proceso que podría recibir cualquier persona que se encuentre en una situación irregular en la Isla, ya que a la entidad accionada le compete la función de controlar el alto índice de densidad poblacional en el Departamento archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

No se observa una actuación administrativa totalmente injustificada, en otras palabras, carente de toda razonabilidad, habida cuenta que la sanción jurídica negativa impuesta no se motivó en la opción sexual de la accionante. En cambio, la simple diferenciación en razón a la orientación sexual que estructuró la sentencia en un “criterio sospechoso”, sí contribuye a ese marco que tradicionalmente ha servido para estigmatizar el homosexualismo como una manera de ser indigna o una opción individual e íntima censurable.

A manera de conclusión, comparto que la decisión administrativa quebrantó los derechos fundamentales de petición y debido proceso, por el hecho de no evaluar de fondo su derecho de residencia; sin embargo, disiento parcialmente de la decisión mayoritaria por cuanto: i) no se reconoció el derecho fundamental a la unidad familiar de una pareja homosexual; ii) no debió fundarse la decisión en un supuesto trato desigual por parte de la entidad accionada, debido a que de los hechos acreditados no se puede derivar esa conclusión y; iii) la solución del caso sienta una presunción desafortunada, según la cual las resoluciones desfavorables adoptadas por la OCCRE que se adelanten contra un ciudadano homosexual incurren *per se* en actos sospechosos de discriminación.

En estos términos dejo expuesto mi salvamento parcial de voto.

Fecha ut supra,

ALBERTO ROJAS RÍOS
Magistrado

