

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA

San Andrés Isla, nueve (9) de septiembre de dos mil trece (2013)

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ MARÍA MOW HERRERA

REFERENCIA : EXP. No. 88-001-33-33-001-2013-00098-01
CLASE DE PROCESO : ACCIÓN DE TUTELA 2ª INSTANCIA
ACCIONANTE : SINDY PAOLA AHUMADA REYES
ACCIONADO : OFICINA DE CONTROL DE CIRCULACIÓN Y
RESIDENCIA - OCCRE

1. OBJETO DE LA PROVIDENCIA.-

Procede la Sala a resolver la IMPUGNACIÓN interpuesta por la ACCIONADA, contra el fallo de tutela proferido por el Juzgado Contencioso Administrativo, dentro de la acción de tutela instaurada por SINDY PAOLA AHUMADA REYES, contra OFICINA DE CONTROL DE CIRCULACIÓN Y RESIDENCIA - OCCRE.

2. ANTECEDENTES

La ciudadana SINDY PAOLA AHUMADA REYES, presentó Acción de Tutela, la cual correspondió por reparto al Juzgado Único Administrativo del Circuito de este Distrito Judicial, por vulneración a los derechos fundamentales a la Igualdad, a la Residencia en el Departamento Archipiélago y al Trabajo, con base en los siguientes:

2.1. Hechos.

1. Manifiesta la accionante, que tiene 25 años de edad, reside en la isla de San Andrés hace 23 años y 06 meses.

2. Aduce, que sus padres son los señores Ubaldo de Jesús Ahumada Gómez y María Reyes Blanco residentes legales en el Departamento por más de 25 años.
3. Afirma, que es la tercera de 4 hermanas con sus respectivas tarjetas de Residencia OCCRE.
4. Señala, que obtuvo la Tarjeta de la OCCRE desde los 7 años de edad, estudió la primaria en el Colegio Natania, El Esfuerzo y su bachillerato en el Colegio Bolivariano Académico hasta el grado octavo, posteriormente se trasladó a la ciudad de Barranquilla donde se graduó como bachiller en el año 2004, regresando a la isla en el año 2006.
5. Manifiesta, que el 01 de marzo le hurtaron la cartera con todos los documentos incluyendo la OCCRE, la cual estaba expedida con el número de Tarjeta de Identidad, en consecuencia de lo anterior se dirigió a la Oficina de la OCCRE, con el fin de obtener los requisitos para tramitar la tarjeta respectiva.
6. Señala, que el 04 de marzo radicó los documentos ante dicha Oficina de Control con el fin de tramitar el cambio de su tarjeta OCCRE; el día 05 de marzo solicitó a la accionada le certificara “que la tarjeta estaba en trámite”.
7. Afirma, que pasado un mes se dirigió nuevamente al ente de control de circulación y residencia, para obtener información acerca de su trámite, donde se respondió que su solicitud no había sido estudiada aún, razón por la cual pidió “una cita” con el Director de dicha entidad quien le manifestó *“Que no me iba a dar ninguna tarjeta que él no estaba dando Occre a ningún residente no nacido en la isla, y que consiguiera una prueba que constara que yo residía en la isla antes del decreto de 1991, a lo cual le respondí que a esa fecha yo tenía 4 años de edad, mas sin embargo mis padres ya eran residentes, mi padre tiene su propio negocio de Tapicería desde hace 20 años actualmente ubicada en la Loma Perry Hill y legalmente constituida, mi madre es ama de casa” (sic).*
8. Indica, que el 25 de abril del año en curso elevó derecho de petición ante la accionada, reiterando la solicitud de marzo 04 de 2013, ante lo cual la entidad respondió diciendo que “necesitaba 15 días más para estudiar su caso”.

9. Finalmente, alega que “al alcance del párrafo 1º del artículo 10 de la Ordenanza 019 de 2010, tiene derecho al cambio de la tarjeta de OCCRE con número de tarjeta de identidad a número de cédula”.

2.2. Pretensiones de la Accionante.

Con base en lo anotado, solicita la accionante que:

“1. Ordenar a la parte accionada y a favor mío, lo siguiente, Tutelar mi derecho fundamental a la igualdad, a la residencia y al trabajo.”

2.3. Trámite de Instancia.

La presente tutela, fue admitida por el Juzgado Único Administrativo del Circuito de San Andrés, Islas, mediante proveído de fecha 16 de julio de 2013, en el que se ordenó su traslado a la entidad accionada a efectos de que en el término de cuarenta y ocho (48) horas se pronuncie sobre los hechos y pretensiones materia de la presente acción.

2.4. Informes del Accionado.

La GOBERNACIÓN DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA, mediante escrito adiado 24 de julio de 2013, a través del Director Administrativo de la OCCRE dio contestación, haciendo un pronunciamiento expreso de los hechos manifestados por la actora.

Manifiesta que, mediante oficio radicado No. 10077 del 25 de abril de 2013, la accionante interpuso derecho de petición ante la OCCRE, a fin de que se le resolviera su solicitud de cambio, dándose respuesta dentro del término legal, hecho que conlleva a determinar que no existe violación de los derechos fundamentales invocados por la actora.

Finalmente, solicita que no se tengan en cuenta las pretensiones incoadas por la accionante en razón a que los hechos materia de controversia en este caso se encuentran en cumplimiento por parte de la entidad accionada de conformidad con lo establecido en la Resolución No. 003172 del 22 de julio de 2013, como se aprecia en el documento que se adjunta.

2.5. Sentencia de Primera Instancia.

El Juzgado Único Administrativo del Circuito de San Andrés, Islas, en Sentencia calendada veintiséis (26) de julio de dos mil trece (2013), resolvió: **“PRIMERO: AMPARÁNSE** como mecanismo transitorio los derechos fundamentales a la igualdad y al trabajo, la señora Sindy Paola Ahumada Reyes, identificada con Cédula de Ciudadanía No. 1.123.623.065, acorde a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. En consecuencia: **SEGUNDO: SUSPÉNDANSE** los efectos de la Resolución No. 003172 de 22 de julio de 2013, expedida por la Oficina de Control de Circulación y Residencia – OCCRE-, que negó el derecho de residencia a la señora Sindy Paola Ahumada Reyes, identificada con Cédula de Ciudadanía No. 1.123.623.065, y dispuso su salida del territorio insular. La suspensión operará durante el término que la autoridad judicial competente utilice para decidir de fondo sobre la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que instaurará la afectada, previo agotamiento de la vía gubernativa, la cual deberá ser ejercida en un término máximo de cuatro (4) meses a partir de la notificación de esta providencia, so pena de que cesen sus efectos. **TERCERO: NOTIFÍQUESE** la presente sentencia en la forma ordenada en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991. **CUARTO:** si el fallo no fuere impugnado, **ENVIAR** a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, según lo dispone el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.”, por considerar que en el presente caso es procedente la acción de tutela como mecanismo transitorio, dado que en el acto emitido se dispuso, que en el término de cinco días, la accionante debe abandonar el territorio insular, circunstancia que podría causarle un perjuicio irremediable, si logra demostrar que tiene el derecho para residir, como lo afirma, en la isla. Aunado a lo anterior, de conformidad con las pruebas documentales arrimadas con la acción de tutela, puede evidenciarse que el padre de la accionante cuenta con requisito para residir en este departamento, lo cual la colocaría dentro del grupo de personas con derecho a residencia, tal y como lo dispone el parágrafo primero del artículo 10 de la Ordenanza No. 019 de 23 de noviembre de 2010 “POR EL CUAL SE REGULA EL FUNCIONAMIENTO DE LA OFICINA DE CONTROL DE CIRCULACIÓN Y RESIDENCIA”

2.6. Impugnación.

Inconforme con la decisión de primera instancia, la accionada a través de su Director Administrativo - OCCRE, Dr. JOSEPH BARRERA KELLY, impugnó la decisión del Juez de Primera Instancia, procurando que el Juez de segunda instancia revoque la providencia impugnada.

El Director Administrativo señala, que a la señora Sindy Paola Ahumada Reyes, se notificó de la Resolución No. 003172 del 22 de julio de 2013, por medio del cual se resolvió su solicitud de residencia, el día 22 de julio de 2013, disponiendo de un término de diez (10) días para interponer los recursos de Ley, de conformidad a lo establecido en el artículo 3º del mencionado acto administrativo, sin que dicho término haya prescrito, concluyendo que la accionante tiene otros medios judiciales para la defensa de sus derechos y, no se encuentran frente a un perjuicio irremediable, para que el Despacho competente en primera instancia haya decidió amparar “como mecanismo transitorio” los derechos fundamentales a la igualdad y al trabajo del accionante y, más aún ordenar la “SUSPENSIÓN” de los efectos de la Resolución No. 003172 del 22 de julio de 2013, expedido por la OCCRE, donde le fue negada la residencia a la señora Ahumada Reyes, ya que en el caso que ocupa, el alcance del Juez es ceñirse a determinar la presunta violación del derecho fundamental que alega la accionante como vulnerado, pues al hacer uso de los recursos concedidos esta podrá demostrar sus fundamentos facticos ante la Oficina de Control Poblacional como defensa de sus derechos y, no tiene lógica lo señalado por el despacho en su providencia, que *“La suspensión operará durante el término que la autoridad judicial competente utilice para decidir de fondo sobre la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que instaurará la afectada, previo agotamiento de la vía gubernativa, la cual deberá ser ejercida en un término máximo de cuatro (4) meses a partir de la notificación de esta providencia, so pena que cesen sus efectos”*

Resalta que, el Despacho Judicial de primera instancia, no únicamente pretende dejar sin efecto el acto administrativo por medio del cual la Oficina de Control Poblacional OCCRE resolvió la solicitud de residencia de la señora SINDY PAOLA AHUMADA REYES, sino también deja a la intemperie la decisión que probablemente tomará la accionante cuando anota “...que instaurará la afectada (...)”.

Argumenta que, la violación a los derechos fundamentales alegados por la accionada (Derecho de Igualdad y al Trabajo), debe ser probado por la misma, ya que la Sentencia C-530 de 1993 establece al respecto: “De conformidad con lo anterior, la Corte Constitucional entra analizar si el Decreto 2762 de 1991 desconoce o no el derecho a la igualdad”

Por todo lo anterior, solicita al Despacho Judicial competente dirimir el asunto en cuestión, que se abstenga de amparar como mecanismo transitorio los derechos fundamentales a la igualdad y al trabajo de la señora SINDY PAOLA AHUMADA REYES, y se desista de suspender los efectos de la Resolución No. 003172 del 22 de julio del 2013, que negó el derecho de residencia a la accionante toda vez, que la Oficina de Control Poblacional ciñe sus actuaciones de conformidad a lo establecido en el Decreto 2762 de 1991, Acuerdo 001 de 2002 y demás acuerdos complementarios.

2.7 Trámite Procesal Segunda Instancia

El proceso fue recibido en esta Corporación el día nueve (09) de agosto de dos mil trece (2013), repartido el día nueve (09) del mismo mes y año, y entró al Despacho el nueve (09) de agosto de 2013, para su conocimiento.

Se registra proyecto de fallo el cuatro (4) de septiembre de dos mil trece (2013).

3. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

3.1. Fundamentos Jurídicos.

La acción de tutela, consagrada en el artículo 86 de la Constitución de 1991, se prevé como el mecanismo garante que tienen todas las personas para la protección judicial inmediata de sus derechos fundamentales. Así, y como surge de amplísima fuente jurisprudencial, dicha acción tiene por objeto el restablecimiento inmediato y efectivo de los derechos fundamentales que han sido violados mediante mandatos judiciales inmediatos y perentorios, para que el responsable de la agresión o amenaza cese la acción u omisión.

A su vez, el artículo 5º del Decreto 2591 de 1991, por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política, señala que “la acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, que haya violado, viole o amenace violar los derechos constitucionales fundamentales”. Del mismo modo, hace extensivo dicho mandato a los particulares, en los casos específicamente determinados en la ley.

De los preceptos mencionados se puede concluir que, para que proceda la acción de tutela en un asunto determinado, se requiere que existan elementos objetivos de los cuales se pueda inferir una amenaza o vulneración cierta de derechos fundamentales, bien sea por una acción o una omisión de las autoridades públicas y, excepcionalmente, de los particulares.

Así las cosas, quien acuda a la acción de tutela en procura de obtener la protección de los derechos fundamentales que considera conculcados, debe, como cuestión inicial, acreditar, siquiera sumariamente, el hecho vulnerador, es decir, la amenaza o afectación directa del bien jurídico susceptible de amparo.

3.3. Del Problema Jurídico.

El problema jurídico, que debe desatar la Sala en esta oportunidad, consiste en determinar: (i) ¿es procedente la acción de tutela contra la Oficina de Control de Circulación y Residencia-OCCRE, para amparar el derecho a la igualdad, al trabajo y a residir en la isla?, (ii) ¿el juez constitucional al encontrar vulneración de un derecho fundamental distinto de los invocados, lo puede amparar? y (iii) ¿ Si la violación o amenaza del derecho proviene de un acto administrativo, que precedió un procedimiento administrativo, puede ordenarse que se suspenda la aplicación de ese acto concreto?

3.4 Caso en Concreto.

Encuentra este Despacho Judicial, que la alegación de la entidad accionada, consiste en que *“los Despachos judiciales no pueden establecer cuál es la decisión que debe adoptar el ente de Control Poblacional frente a las peticiones y/o solicitudes de Residencia que invocan los administrados, toda vez, que la Oficina de Control Poblacional ejerce sus actuaciones de conformidad a lo señalado en el Decreto 2762 de 1991 y los procedimientos establecidos en el Acuerdo No. 001 de 2002 y demás normas Acuerdos complementarios”*.

Asimismo indica, que los requisitos exigidos por la ley para tener derecho a la residencia en el Departamento no son facultativos del Director Administrativo ni producto de su discrecionalidad. Agrega, que para que una persona no raizal o no nacida en el Archipiélago, adquiera

la residencia debe cumplir con los requisitos establecidos en el literal c) del artículo 2° del Decreto 2762 de 1991.

Señala, que *“el alcance del juez es ceñirse a determinar la presunta violación del derecho fundamental que alega la accionante como vulnerado, pues, al hacer uso de los recursos concedidos ésta podrá demostrar sus fundamentos fácticos ante la Oficina de Control Poblacional como defensa de sus derechos”*.

Por su parte, la accionante considera que se le han vulnerado los derechos fundamentales *“a la igualdad, residencia en el Departamento Archipiélago y trabajo”*, habida consideración que el día 04 de marzo del año en curso, presentó solicitud de cambio de tarjeta OCCRE de tarjeta de identidad a cédula de ciudadanía anexando la documentación exigida para ello ante la accionada, debido a que ésta se la habían hurtado el 1° del mismo mes y año.

Afirma, que el 05 de marzo del presente año, radicó solicitud con el fin de que la accionada le certificara que la expedición de la tarjeta se encuentra en trámite; que al no obtener respuesta, pasado un mes, se dirigió a las instalaciones de la OCCRE con la finalidad de averiguar sobre dicho trámite, donde le manifestaron que *“no le podían dar el certificado hasta que estudiaran su solicitud”*, motivo por el cual, presentó derecho de petición el 25 de abril de 2013, reiterando la solicitud del 04 de marzo, obteniendo como respuesta que se requería de 15 días más para estudiar su caso.

De lo anterior, concluye la Sala, que en realidad de verdad, la tutela debió incoarse teniendo como pretensión la protección del derecho de petición presuntamente vulnerado por no responder en tiempo la solicitud de cambio de la tarjeta de la OCCRE de la accionante, porque habrá de recordarse que no necesariamente la respuesta debe ser favorable al peticionario, empero, se interpuso para proteger los derechos de igualdad, trabajo y derecho a residir en la isla.

Respecto del derecho de igualdad, que sería perfectamente procedente, nada se dijo, ni se explicó en qué consistía su vulneración, cuál fue el trato diferenciado y discriminatorio al que fue sometida.

Sobre el derecho al trabajo, sólo las personas que tengan la residencia legal en el Departamento Archipiélago tienen el derecho a trabajar de

forma permanente¹, sin embargo, la presente solicitud de amparo escapa a este análisis, pero además, tampoco se demostró tal vulneración como era deber de la accionante; *“no obstante la informalidad de la acción de amparo y la instrucción del Juez como director del proceso existen en materia probatoria unas cargas mínimas que deben ser asumidas por quien ejerce la acción para así soportar o traer al proceso de forma elemental los sucesos y hechos motivo de la acción y violación de derechos, y exponerlas buscando la mayor claridad ante el Juez para fundamentar sus razones de inconformidad y la necesidad del amparo de sus derechos”*².

En lo que hace referencia al derecho de residir en la isla, como quiera que este derecho fundamental tiene limitaciones³ en tratándose del

¹ Ver Ley 47 de 1993, Decreto 2762 de 1991 y sentencia C-530 de 1993.-

² CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”. Sentencia de veintidós (22) de Agosto de dos mil trece (2013), Ref. Exp.: AC-88001-23-33-000-2013-00040-01. CONSEJERA PONENTE: Dra. BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ.-

³ CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Séptima de Revisión. Sentencia T-202 de Abril 11 de 2013, Ref. Exp.: T-3.710.565. MP: Dr. JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB: **“2.3. EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA LIBRE CIRCULACIÓN Y RESIDENCIA**

2.3.1. *El derecho a la circulación y residencia es una de las libertades fundamentales que se ejerce en distintas dimensiones. Por una parte, está dirigida a garantizar la posibilidad que tiene toda persona de transitar libremente por los lugares que desee, bien sea dentro de su país o en donde es visitante, con algunas limitaciones legítimas; por otra parte, se define como la libertad que tiene toda persona de decidir su lugar de residencia; y finalmente, se puede traducir en la libertad de cada individuo de salir de cualquier país, incluso del propio, y de regresar cuando así lo considere, sometiéndose a ciertas restricciones legítimas como el porte de visas, etc. En ese sentido, a continuación se hará referencia a los instrumentos internacionales más relevantes donde se encuentra consagrado el derecho a libre circulación y residencia, complementando esto con los pronunciamientos de los organismos internacionales. Posteriormente, se hará referencia a su reconocimiento en la Constitución Política y su desarrollo en la jurisprudencia de la Corte Constitucional.*

2.3.3. Definición y alcance del derecho a la libre circulación según la jurisprudencia constitucional

Ahora bien, la libertad fundamental sub examine se encuentra consagrada en el artículo 24 de la Constitución Política colombiana, el cual dispone:

“Todo colombiano, con las limitaciones que establezca la ley, tiene derecho a circular libremente por el territorio nacional, a entrar y salir de él, y a permanecer y residenciarse en Colombia”

La Corte Constitucional, desde muy temprano en su jurisprudencia, señaló que este derecho consiste en “la posibilidad de desplazarse libremente de un lugar a otro, de “ir y venir”, como dice Colliard. Es un derecho fundamental del individuo que atañe directamente a su propio desarrollo material e intelectual”^[20]. En esta ocasión^[21], la Corte analizó la medida cautelar impuesta al accionante dentro de un proceso de alimentos que le impedía volver a su lugar de residencia en EE.UU. La Corte encontró vulnerado el derecho fundamental a la circulación pues, a pesar de que la misma Constitución admite limitaciones de la ley, también era cierto que el juez, en un proceso de alimentos, no podía, por su propia voluntad, imponer esa limitación, más aun cuando era claro que la medida no era la única posible y existían otras alternativas viables que evitaban hacer nugatorio este derecho^[22], es decir, encontró que la limitación impuesta era desproporcionada.

De la misma forma, la Corte Constitucional ha establecido que la libre circulación es un derecho inherente a la condición humana, lo que justifica su carácter fundamental dentro del ordenamiento. Así, en la sentencia T-518 de 1992^[23] afirmó que en el sentido más elemental, este derecho “radicaba en la posibilidad de transitar o desplazarse de un lugar a otro dentro del territorio del propio país, especialmente si se trata de las vías y los espacios públicos”. En esta oportunidad, se analizó la acción de tutela interpuesta por un ciudadano que residía en Medellín, el cual alegaba que mediante acto administrativo, el Departamento Administrativo de Planeación de la mencionada ciudad, había autorizado el cierre de una vía pública que beneficiaba a una urbanización, pero que impedía el acceso a las demás urbanizaciones colindantes. La Corte advirtió que el derecho a la libre locomoción no es un derecho absoluto y por tanto podía ser susceptible de restricciones, en ese orden, estudió las relaciones que se presentan entre este derecho fundamental y el espacio público y la propiedad privada, de la siguiente forma:

“Aunque, desde luego, no se trata de un derecho absoluto sino susceptible de restricciones como las que indica la norma citada, o como las provenientes de la aplicación de sanciones penales previo proceso judicial, mientras no haya un motivo legal tiene que ser respetado por autoridades y particulares.

(...)

“La libertad de locomoción es un derecho fundamental, si bien ese carácter no lo deriva, de la ubicación formal del citado artículo dentro del capítulo de los derechos así denominados. Es fundamental en consideración a la libertad - inherente a la condición humana-, cuyo sentido más elemental radica en la posibilidad de transitar o desplazarse de un lugar a otro dentro del territorio del propio país, especialmente si se trata de las vías y los espacios públicos. La alteración, por obra de particulares, del aparente carácter público del Callejón, conduce al quebrantamiento de la libertad de circulación de los actores.

Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, no sería tutelable, *per se*, además que el derecho no se encuentra amenazado por el sólo hecho de que se abra o adelante una investigación o averiguación administrativa por la autoridad competente con sujeción al procedimiento correspondiente regulado por la ley (Art. 3º Decreto 306 de 1992 por cual se reglamenta el Decreto 2591 de 1991).

Posteriormente y a modo de ver de esta Corporación, se expidió un acto administrativo como respuesta de aquél derecho de petición que declara *“NEGAR por falta de presupuestos legales, el reconocimiento del derecho de residencia a la señora SINDY PAOLA AHUMADA REYES, identificada con la cédula de ciudadanía número 1.123.623.065 de San Andrés, conforme lo expuesto en la parte motiva del presente proveído. Comuníquese a la señora SINDY PAOLA AHUMADA REYES (...) de encontrarse en el territorio insular se le hace la prevención de abandonar el mismo, dentro de los cinco (05) días hábiles siguientes a la notificación del presente acto administrativo y que solamente podrá ingresar al Departamento en calidad de turista por el término previsto en el artículo 17 del Decreto 2762 de 1991, so pena de ser declarada en situación irregular, conforme lo establece el artículo 18 de decreto en mención”*, que en todo caso, se advierte, que es una respuesta que se dio durante el trámite de la tutela, no obstante, como contiene una medida que excede lo pedido por la accionante en sede de la OCCRE, se hace menester examinar el procedimiento administrativo adelantado por dicha autoridad, con el objeto de establecer si se halla ajustado dicho procedimiento a la ley o no; aun cuando no fuese pedido como fundamento del amparo solicitado⁴.

(...)

La jurisprudencia de la Corte también ha establecido que el legítimo ejercicio del derecho a la circulación se constituye en un presupuesto para el ejercicio de otros derechos constitucionales, cuyo desarrollo supone el reconocimiento a un derecho de movimiento que garantiza la independencia física del individuo^[26]. Así, la principal manifestación de este derecho se encuentra en la libre elección que tiene el individuo de transitar sobre lugares que desee y cuyo uso se encuentran a su disposición.

En providencias posteriores y más recientes, la Corte Constitucional ha reiterado los criterios expuestos en las sentencias reseñadas, sobretodo en controversias referentes a la limitación de libre circulación en San Andrés Isla^[27], a las restricciones impuestas por autoridades distritales sobre la circulación de vehículos particulares y de transporte como un medio para regular el tráfico^[28], a la invasión del espacio público por vendedores ambulantes^[29] y a la regulación de derechos de los extranjeros en territorio colombiano y salida y entrada de nacionales^[30]. (subraya y negrilla fuera de texto).

⁴ CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-464 de Junio 21 de 2012, Ref. Exp.: T-3394627. MP: Dr. JORGE IVÁN PALACIO PALACIO: “La Corte Constitucional ha estipulado que al ser la tutela un mecanismo de protección de los derechos fundamentales “... reviste al juez que conoce de ella de una serie de facultades que, en ejercicio de la jurisdicción ordinaria, no posee. La principal de ellas, consiste en fallar más allá de lo solicitado por quien hace uso de este mecanismo, fallos ultra o extra petita. Prerrogativa que permite al juez de tutela pronunciarse sobre aspectos que, sin ser expuestos como fundamento del amparo solicitado, deben ser objeto de pronunciamiento, por estar vulnerando o impidiendo la efectividad de derechos de rango constitucional fundamental”.

Entonces, existe la posibilidad de que el juez de tutela pueda ordenar la protección judicial de uno o más derechos fundamentales que se encuentren presuntamente conculcados, así el accionante no lo hubiese pedido expresamente en la acción de tutela. Al respecto, en sentencia T-310 de 1995, sostuvo:

“Para la Sala es claro que, dada la naturaleza de la presente acción, la labor del juez no debe circunscribirse únicamente a las pretensiones que cualquier persona exponga en la respectiva demanda,

En vista de lo anterior, se abordará el análisis del derecho del debido proceso constitucional.

EL DEBIDO PROCESO

a) En cuanto al derecho fundamental al debido proceso, el artículo 29 de la Constitución Política estatuye: *“El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. (...)”*; y el numeral 1º del artículo 3 del CPACA: *“En virtud del principio del debido proceso, las actuaciones administrativas se adelantarán de conformidad con las normas de procedimiento y competencia establecidas en la Constitución y la ley, con plena garantía de los derechos de representación, defensa y contradicción”*.

La H. Corte Constitucional⁵ ha señalado, que el debido proceso administrativo como garantía iusfundamental que busca el respeto a las formas previamente determinadas en el ordenamiento jurídico para las actuaciones administrativas, debe sujetarse entre otros principios, al derecho de defensa y contradicción y a evitar dilaciones injustificadas.

Asimismo ha indicado, que es un derecho de aplicación inmediata que materializa el principio de legalidad en el Estado social de derecho, el cual debe entenderse como el conjunto complejo de condiciones que le impone la ley a la administración en el cumplimiento de una secuencia de actos por parte de la autoridad administrativa; y su objeto es asegurar el ordenado funcionamiento de la administración, la validez de

sino que su labor debe estar encaminada a garantizar la vigencia y la efectividad de los preceptos constitucionales relativos al amparo inmediato y necesario de los derechos fundamentales. En otras palabras, en materia de tutela no sólo resulta procedente sino que en algunas ocasiones se torna indispensable que los fallos sean extra o ultra petita. Argumentar lo contrario significaría que si, por ejemplo, el juez advierte una evidente violación, o amenaza de violación de un derecho fundamental como el derecho a la vida, no podría ordenar su protección, toda vez que el peticionario no lo adujo expresamente en la debida oportunidad procesal. Ello equivaldría a que la administración de justicia tendría que desconocer el mandato contenido en el artículo 2o superior y el espíritu mismo de la Constitución Política, pues -se reitera- la vigencia de los derechos constitucionales fundamentales es el cimiento mismo del Estado social de derecho”. (...)

En otro pronunciamiento esta Corporación señaló:

‘Recuérdese que en materia de tutela, el juez puede al estudiar el caso concreto, conceder el amparo solicitado, incluso por derechos no alegados, pues la misma naturaleza de esta acción, así lo permite. Es decir, el juez de tutela puede fallar extra y ultra petita’.”

En conclusión, en materia de tutela, el juez al analizar el caso concreto puede fallar *extra o ultra petita*, si de los hechos que dieron origen al amparo se deriva la vulneración de un derecho fundamental diferente al alegado.

⁵ CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-828 de agosto 22 de 2008, Ref. Exp.: T-1679273. MP: Dr. MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO.-

sus propias actuaciones y resguardar el derecho a la seguridad jurídica y la defensa de los administrados.

Concretamente ha establecido:

“El debido proceso administrativo comprende una serie de garantías con las cuales se busca sujetar a reglas mínimas sustantivas y procedimentales, el desarrollo de las actuaciones adelantadas por las autoridades en el ámbito judicial o administrativo, con el fin de proteger los derechos e intereses de las personas vinculadas, pues es claro que el debido proceso constituye un límite material al posible ejercicio abusivo de las autoridades estatales.

(...)

Con todo, el debido proceso administrativo garantiza el establecimiento de límites en el ejercicio de las funciones previstas en el ordenamiento jurídico, en el sentido de que existen previamente unos procedimientos determinados, los cuales logran dar un margen de certeza en la aplicación del derecho y conllevan a garantizar de manera efectiva los derechos fundamentales”⁶.

b) lo que ha establecido el Tribunal para el procedimiento de la OCCRE mientras expida su procedimiento:

“Para el caso objeto de estudio, encontramos que la Junta Directiva de la Oficina de Control y Circulación de Residencia-OCCRE, mediante el Acuerdo 001 de 2002⁷ reguló el trámite que se debe agotar previo a la decisión de expedición de tarjetas de residentes permanentes y temporales. El artículo vigésimo quinto del aludido acuerdo, establece el trámite de la solicitud de residencia:

“Cuando el solicitante presente la documentación respectiva en forma completa, se le expedirá un certificado como constancia de que se encuentra en trámite su petición dejando la salvedad que no concede los derechos propios de los residentes, señalados por el Decreto 2762 de 1991.

En caso que los documentos allegados con la solicitud sean insuficientes. Se le dará un plazo hasta de cinco (5) días hábiles al interesado para que complete la documentación; vencido los cuales en caso de no complementarse se negará la solicitud.

Una vez completa la documentación, la OCCRE contará con un mes, prorrogable una sola vez por igual termino, para decretar y practicar pruebas adicionales a las presentadas; una vez la documentación solicitada demuestra el derecho invocado se otorgará la residencia por medio de resoluciones del Director de la OCCRE.

Agotado el procedimiento anterior, será expedido un comprobante de solicitud de manera provisional, mientras se hace entrega de la tarjeta definitiva, dejando

⁶ *Ibíd.*-

⁷ “Por medio del cual se establece el procedimiento para la autorización de cambio de domicilio, y la expedición de tarjetas de residencia permanente y temporal dentro del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.”

constancia que se encuentra definida su situación jurídica en el Departamento, transcurriendo máximo seis (6) meses para su expedición.

La solicitud que no demuestre los requisitos exigidos para la obtención de la residencia en el Departamento, será negada mediante resolución proferida por el Director de la OCCRE. Contra este acto proceden los recursos de reposición ante el director de la Oficina y apelación ante el Gobernador del Departamento, en los términos del artículo 6 del decreto 2171 del 12 de octubre del 2001”.

De la anterior normativa, observa la Sala que el trámite allí indicado se encuentra incompleto, debido a: 1) no indica el término con que cuenta la OCCRE para resolver si la documentación está completa y por tanto expedir el certificado de constancia de que se encuentra en trámite la petición, o por el contrario, para indicar que está incompleta; y 2) desde cuándo empieza a contar el término de un (1) mes con que cuenta para decretar y practicar pruebas.

En tal sentido, de conformidad con el artículo 34 del CPACA, esta Corporación en ejercicio de la integración normativa, procede a integrar para continuar el trámite especial de cara a la obtención de la residencia en el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, con las normas de la parte primera de la Ley 1437 de 2011- Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en lo que tiene que ver con los términos de cada etapa establecida en el artículo vigésimo quinto del Acuerdo 001 de 2002.

Ahora bien, para concretar el alcance del derecho de petición en la materia que aquí se analiza, este Tribunal realizará una interpretación de las normas que regulan dicho trámite y lo dispuesto en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, para así completar el trámite de obtención de residencia, de la siguiente manera:

- (i) De conformidad con lo estatuido en el Acuerdo 001 de 2002, la Oficina de Control y Circulación de Residencia-OCCRE, tiene un término máximo de ocho (8) a nueve (9) meses, para tramitar y expedir la tarjeta definitiva de residencia, cuando a ello haya lugar.
- (ii) Considera la Sala, que el anterior término deberá ser distribuido de la siguiente manera: a) de acuerdo al artículo 14 del CPACA y teniendo en cuenta que es una petición que no puede ser resuelta en quince (15) días, la entidad accionada cuenta con esos quince (15) días para atender la petición y en caso de que la documentación se encuentre de forma completa, expedir el certificado como constancia de que se encuentra en trámite (Art. Vigésimo quinto Acuerdo 001 de 2002), o por el contrario, indicar de manera precisa los documentos que hagan falta, concediendo cinco (5) días (Art. Vigésimo quinto Acuerdo 001 de 2002) al solicitante para que los allegue, las anteriores decisiones deben ser comunicadas al peticionario; b) una vez vencidos los quince (15) días, la entidad cuenta con un (1) mes prorrogable por el mismo tiempo (Art. Vigésimo quinto Acuerdo 001 de 2002), para decretar y practicar pruebas adicionales a las presentadas; c) una vez culminada la etapa probatoria, el Director de la OCCRE de manera inmediata definirá la situación jurídica en el Departamento del

beneficiario y/o solicitante mediante Resolución motivada, y deberá expedir un comprobante de manera provisional, o negará la solicitud que no demuestre los requisitos exigidos para su obtención; y d) vencido el término para practicar y decretar pruebas, que será máximo de dos (2) meses, inicia el término de seis (6) meses (Art. Vigésimo quinto Acuerdo 001 de 2002) con que cuenta la OCCRE para la expedición y entrega de la tarjeta definitiva. Se advierte que todas las decisiones que se tomen en el curso del procedimiento, deberán ser comunicadas y/o notificadas al peticionario (Art. 66 CPACA)”⁸.

LO PROBADO EN EL PROCESO

- Fotocopia solicitud cambio identificación de tarjeta de identidad a cédula de ciudadanía en tarjeta OCCRE (fl. 4 cuaderno 1ª inst.)
- Copia simple registro civil de nacimiento de la accionante (fl. 5 cuaderno 1ª inst.)
- Copia simple certificado expedido por la Rectora y secretaria Académica del Instituto Bolivariano (fl. 6 cuaderno 1ª inst.)
- Fotocopia cédula de ciudadanía de la actora (fl. 7 cuaderno 1ª inst.)
- Fotocopia de denuncia por pérdida de la tarjeta OCCRE (fl. 8 cuaderno 1ª inst.)
- Fotocopia de tarjeta OCCRE y cédula de ciudadanía del señor UBALDO AHUMADA (fls. 9-10 cuaderno 1ª inst.)
- Fotocopia de tarjeta OCCRE y cédula de ciudadanía de MARÍA INMACULADA REYES (FLS. 11-12 cuaderno 1ª inst.)
- Fotocopia de tarjeta OCCRE de NOHORA SOFIA AHUMADA REYES, MARIANA MARGARITA AHUMADA REYES y ANY FABIANA AHUMADA DOWNS (fls. 13-15 cuaderno 1ª inst.)
- Fotocopia solicitud de certificado de tarjeta OCCRE en trámite (fl. 15 cuaderno 1ª inst.)
- Fotocopia derecho de petición de abril 25 de 2013 dirigido a la accionada (fl. 17 cuaderno 1ª inst.)
- Copia simple Resolución No. 003172 de julio 22 de 2013, expedida por el Director Administrativo de la Oficina de Control de Circulación y Residencia-OCCRE (fls. 30-31 cuaderno 1ª inst.)
- Fotocopia de “consulta residente” (fl. 32 cuaderno 1ª inst.)

En este orden de ideas y con el fin de establecer el debido proceso, se hace necesario recordar el trámite del Derecho de petición de acuerdo a

⁸ TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL DEPARTAMENTO ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA. Sentencia de Abril veintitrés (23) de dos mil trece (2013), Ref. Exp.: 88-001-33-31-001-2013-00026-01. MP: DR. JOSÉ MARÍA MOW HERRERA.-

la Ley 1437 de 2011-Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, pues, el derecho de petición como derecho fundamental, se encuentra consagrado en el artículo 23 de la Constitución Política, el cual establece: *“toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución. El legislador podrá reglamentar su ejercicio ante organizaciones privadas para garantizar los derechos fundamentales”*; y asimismo, está reglamentado en la Ley 1437 de 2011- Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

La H. Corte Constitucional⁹ sobre este derecho fundamental ha señalado: (i) el derecho de petición es fundamental y determinante para la efectividad de los mecanismos de la democracia participativa; (ii) el núcleo esencial de este derecho reside en la resolución pronta y oportuna de la cuestión; (iii) la respuesta debe cumplir con los siguientes requisitos: 1) oportunidad, 2) debe resolver de fondo, de manera clara, precisa y congruente con lo solicitado y 3) ser puesta en conocimiento del peticionario; (iv) la respuesta no implica aceptación

⁹ CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-569 de julio 26 de 2007, Ref. Exp.: T-1601203. MP: Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA: *“a) El derecho de petición es fundamental y determinante para la efectividad de los mecanismos de la democracia participativa. Además, porque mediante él se garantizan otros derechos constitucionales, como los derechos a la información, a la participación política y a la libertad de expresión.*

b) El núcleo esencial del derecho de petición reside en la resolución pronta y oportuna de la cuestión, pues de nada serviría la posibilidad de dirigirse a la autoridad si ésta no resuelve o se reserva para sí el sentido de lo decidido.

c) La respuesta debe cumplir con estos requisitos: 1. oportunidad 2. Debe resolverse de fondo, clara, precisa y de manera congruente con lo solicitado 3. ser puesta en conocimiento del peticionario. Si no se cumple con estos requisitos se incurre en una vulneración del derecho constitucional fundamental de petición.

d) Por lo anterior, la respuesta no implica aceptación de lo solicitado ni tampoco se concreta siempre en una respuesta escrita.

e) Este derecho, por regla general, se aplica a entidades estatales, esto es, a quienes ejercen autoridad. Pero, la Constitución lo extendió a las organizaciones privadas cuando la ley así lo determine.

f) La Corte ha considerado que cuando el derecho de petición se formula ante particulares, es necesario separar tres situaciones: 1. Cuando el particular presta un servicio público o cuando realiza funciones de autoridad. El derecho de petición opera igual como si se dirigiera contra la administración. 2. Cuando el derecho de petición se constituye en un medio para obtener la efectividad de otro derecho fundamental, puede protegerse de manera inmediata. 3. Pero, si la tutela se dirige contra particulares que no actúan como autoridad, este será un derecho fundamental solamente cuando el Legislador lo reglamente.

g). En relación con la oportunidad de la respuesta, esto es, con el término que tiene la administración para resolver las peticiones formuladas, por regla general, se acude al artículo 6º del Código Contencioso Administrativo que señala 15 días para resolver. De no ser posible, antes de que se cumpla con el término allí dispuesto y ante la imposibilidad de dar una respuesta en dicho lapso, la autoridad o el particular deberá explicar los motivos y señalar el término en el cual se realizará la contestación. Para este efecto, el criterio de razonabilidad del término será determinante, puesto que deberá tenerse en cuenta el grado de dificultad o la complejidad de la solicitud. Cabe anotar que la Corte Constitucional ha confirmado las decisiones de los jueces de instancia que ordena responder dentro del término de 15 días, en caso de no hacerlo, la respuesta será ordenada por el juez, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes.

h) La figura del silencio administrativo no libera a la administración de la obligación de resolver oportunamente la petición, pues su objeto es distinto. El silencio administrativo es la prueba incontrovertible de que se ha violado el derecho de petición.

i) El derecho de petición también es aplicable en la vía gubernativa, por ser ésta una expresión más del derecho consagrado en el artículo 23 de la Carta. Sentencias (...).”

de lo solicitado; (v) ante la imposibilidad de dar respuesta dentro del término establecido en la ley para ello, la autoridad deberá explicar los motivos y señalar el término en el cual realizará la contestación y (vi) la figura del silencio administrativo no libera a la administración de la obligación de resolver oportunamente la petición.

Asimismo, el legislador ha establecido que el derecho de petición es una de las formas mediante la cual se pueden iniciar las actuaciones administrativas (Art. 4º CPACA). De esta manera, es importante diferenciar el derecho de petición que da inicio propiamente a un procedimiento administrativo con el cumplimiento de cada una de sus etapas y que culmina con la expedición de un acto administrativo, que es mediante el cual la administración da respuesta a lo pedido; del derecho de petición mediante el cual se solicita algo (información, copias, consulta, etc.) que no requiere el cumplimiento de todo un procedimiento para que la administración de respuesta de fondo a lo solicitado.

Ahora bien, como la accionada no prevé el trámite que debe seguirse ante una solicitud de cambio de tarjeta OCCRE, por cambio de tarjeta de identidad a cédula de ciudadanía, de conformidad con el artículo 34 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, debe seguirse lo establecido por dicha normativa.

Hecho el anterior análisis, para la Sala se evidencia una violación al derecho fundamental al debido proceso, dado que, en primer lugar, la accionada no agotó el procedimiento establecido en la ley para darle trámite a la petición de cambio de tarjeta OCCRE, pues, en el acto administrativo que niega el derecho de residencia a la demandante, se infiere de las consideraciones que tal negativa es debido a que “...no ha podido demostrar su permanencia en el departamento Archipiélago como es exigido por el Acuerdo 001 de 2011 en su Artículo 18”, que se refiere según el mismo acto a la “...prueba documental de su permanencia en el Departamento”, sin que se le diera oportunidad alguna a la administrada para que allegara tal requisito.

El inciso 2º del artículo 15 del mencionado Estatuto establece: “Cuando una petición no se acompañe de los documentos e informaciones requeridos por la ley, en el acto de recibo la autoridad deberá indicar al peticionario los que falten. Si este insiste en que se radique, así se hará dejando constancia de los requisitos o documentos faltantes”; a su turno, el inciso 1º del artículo 17 consagra: “En virtud del

principio de eficacia, cuando la autoridad constate que una petición ya radicada está incompleta pero la actuación puede continuar sin oponerse a la ley, requerirá al peticionario dentro de los diez días siguientes a la fecha de radicación para que la complete en el término máximo de un (1) mes. A partir del día siguiente en que el interesado aporte los documentos o informes requeridos comenzará a correr el término para resolver la petición”.

En tal sentido, el ente de control poblacional, al haber recibido la petición de cambio de tarjeta OCCRE, de conformidad con el artículo 17 del CPACA debió requerir a la accionante dentro de los diez (10) días siguientes de radicada la solicitud para que completara los documentos faltantes, otorgándole para ello el término de un (1) mes.

Por otro lado, valga recordar que cuando se presente ante a la Oficina de Control de Circulación y Residencia-OCCRE, una solicitud de residencia en territorio del Departamento Archipiélago, deberá ceñirse al procedimiento establecido para ello, respecto del cual este Tribunal en un fallo de tutela, hizo las consideraciones señaladas en precedencia.

Para redundar en razones cabe observar, que en el evento de que la petente hubiese solicitado no el cambio de tarjeta en las circunstancias previstas, sino, la residencia propiamente dicha, la accionada tampoco estaría cumpliendo con el procedimiento establecido para ello, por lo tanto, en ambos casos se estaría vulnerando el debido proceso.

En este orden, la Oficina de Control y Circulación de Residencia-OCCRE, al dar trámite a una “petición de residencia” o “Cambio de Tarjeta OCCRE”, debe garantizar el debido proceso administrativo, dando cumplimiento al procedimiento establecido para ello, las normas de la Constitución Política y la Ley 1437 de 2011, así como los términos para llevar a cabo cada etapa de dicho procedimiento administrativo (Derecho Administrativo es reglado), los cuales son establecidos de manera legal y no realizarlo al arbitrio de la autoridad administrativa; asimismo, debe garantizar el derecho de defensa, contradicción y publicidad de las decisiones administrativas.

Se concluye entonces, que en el presente asunto existe una clara vulneración al derecho fundamental del debido proceso en el trámite administrativo adelantado para expedir el acto que le negó a la accionante el derecho de residencia y le ordenó abandonar el territorio insular, lo que significa para la Sala, que la mencionada autoridad

administrativa no cumplió ni procedió conforme lo establecido en el ordenamiento jurídico, sino que por el contrario, en este caso concretamente ha actuado discrecionalmente y bajo su propio arbitrio.

Por todo lo anteriormente expuesto, se revocará la sentencia de primera instancia y en su lugar se rechazará por improcedente el amparo al derecho a residir en la isla; se negará el derecho a la igualdad y al trabajo; se amparará el derecho fundamental al debido proceso; se suspenderá la aplicación y los efectos del acto administrativo que vulneró el derecho aquí protegido; se ordenará a la accionada que rehaga el procedimiento administrativo conforme a los términos de ley.

Por último, se le prevendrá a la OCCRE para que en lo sucesivo evite la repetición de actos omisivos que puedan conllevar a la vulneración de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Comuníquese esta decisión a las partes y al A-quo por el medio más expedito y eficaz. Envíese a la Corte Constitucional para su eventual revisión, a más tardar al día siguiente de su ejecutoria.

En mérito de lo expuesto **EL TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA, SALA DE DECISIÓN**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: REVÓCASE la sentencia impugnada, proferida por el Juzgado Único Contencioso Administrativo, de fecha julio veintiséis (26) de dos mil trece (2013), por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: RECHÁCESE por improcedente el amparo al derecho a residir en la isla, conforme las consideraciones de este fallo.

TERCERO: NIÉGASE el derecho a la igualdad y al trabajo, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

CUARTO: CONCÉDASE la protección al derecho fundamental al debido proceso del accionante.

QUINTO: SUSPÉNDASE la aplicación y los efectos del acto administrativo que vulneró el derecho aquí protegido.

SEXTO: ORDÉNASE a la entidad accionada rehacer el procedimiento administrativo conforme a los términos de ley.

SÉPTIMO: PREVÉNGASE a la Oficina de Control de Circulación y Residencia-OCCRE, para que en lo sucesivo evite la repetición de actos omisivos que puedan conllevar a la vulneración de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

OCTAVO: Comuníquese esta decisión a las partes y al A-quo, por el medio más expedito y eficaz.

NOVENO: Envíese a la Corte Constitucional para su eventual revisión, al día siguiente de su ejecutoria.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Se deja constancia que el anterior fallo fue discutido y aprobado en Sala de Decisión de la fecha.

Los Magistrados,

JOSE MARÍA MOW HERRERA

NOEMÍ CARREÑO CORPUS

JESÚS GUILLERMO GUERRERO GONZÁLEZ