

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA

San Andrés Isla, cinco (05) de marzo de dos mil catorce (2014)

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ MARÍA MOW HERRERA

REFERENCIA : EXP. No. 88-001-33-33-001-2013-00184-01
CLASE DE PROCESO : ACCIÓN DE TUTELA 2ª INSTANCIA
ACCIONANTE : LEANDRO PAJARO BALSEIRO
ACCIONADO : OFICINA DE CONTROL DE CIRCULACIÓN Y
RESIDENCIA - OCCRE

1. OBJETO DE LA PROVIDENCIA.-

Procede la Sala a resolver la IMPUGNACIÓN interpuesta por el ACCIONANTE, contra el fallo de tutela proferido por el Juzgado Contencioso Administrativo de fecha 23 de enero de 2014.

2. ANTECEDENTES

El ciudadano LEANDRO PAJARO BALSEIRO, en calidad de Veedor, presentó Acción de Tutela, la cual correspondió por reparto al Juzgado Único Administrativo del Circuito de este Distrito Judicial, por la vulneración de los derechos fundamentales del niño y del debido proceso, con base en los siguientes:

2.1. Hechos.

1. Manifiesta el actor que, en su calidad de veedor ciudadano recibió queja por parte de Kemberlis Patricia Amador Contreras, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.123.626.492 de San Andrés islas, mediante el cual le manifestó por escrito que, fue expulsada de la isla junto con su menor hijo.
2. En el escrito enviado por Kemberlis Patricia argumentó que, mientras acompañaba a su madre a las instalaciones de la OCCRE, fue retenida en contra de su voluntad, ya que al retornar a su casa se lo impidieron manifestándole que debía rendir declaración, motivo por el cual procedió a llamar al Dr. Carlos Cantero, abogado adscrito a la Defensoría del Pueblo, quien tenía a su cargo el trámite respectivo a la solicitud de la OCCRE, para que le asistiera en la diligencia, pero, éste no se presentó.

3. Asimismo le informa que, fue interrogada por una funcionaria y el director de la OCCRE, dando respuesta al interrogatorio que le realizaron, posteriormente a su declaración fue trasladada al Aeropuerto de la isla, con su menor hijo en una patrulla de la policía.
4. Manifiesta que, estuvo incomunicada el tiempo que estuvo retenida en una de las oficinas de la OCCRE negándole el derecho de tener contacto con sus compañeras de estudio.
5. Señala que, Kemberlis Patricia le envió Auto No. 229 del 09 de octubre de 2013, expedido por la OCCRE, mediante el cual dispuso su expulsión, conjuntamente con la declaración rendida en las instalaciones de la OCCRE.

2.2. Pretensiones de la Accionante.

Con base en lo anotado, solicita la accionante que:

“PRIMERO. Que en nombre de la República, administrando justicia y por autoridad de la Ley y en desarrollo de los derechos fundamentales enunciados, consagrados en nuestra Carta Superior y violentados por el los entes accionados se invoca al (los) juez (es) para que se ordene, mediante sentencia, de manera ejemplarizante y que sienta precedencia, a las entidades demandadas, restablecimiento inmediato de los derechos enunciados conculcados, de la joven madre KIMBERLY PATRICIA AMADOR CONTRERAS, conjuntamente con su hijo JEREMY BRANT PEREZ AMADOR.

SEGUNDO. Que se ordene a la entidad accionada, llamada la oficina de la OCCRE que diligencie de manera inmediata, el retorno de esta joven madre cabeza de familia , en condiciones dignas, junto con su bebe, a su hogar y entorno , del cual fueron sacados de manera violenta.

TERCERO. Que se ordene a la entidad de Control y Circulación y Residencia (OCCRE) a asumir todos los costos de traslado y de reinstalación de estas dos personas a su sitio de origen en la Isla de San Andrés. Que asuma los costos de tratamientos psicológicos para estas dos personas por los posibles sicotraumas que les hayan podido ocasionar con estos irregulares procederes administrativos.

CUARTO. Que la procuraduría, la Defensoría del Pueblo y la Defensoría de Familia, del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, vigilen y garanticen, hasta cuando este niño cumpla su mayoría de edad, el cumplimiento y acatamiento de la decisión sobre esta acción de tutela, en avenencia con lo que establecen las normas; su pleno y armonioso desarrollo para que crezcan en el seno de la familia y de la comunidad, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión. Prevalecerá el reconocimiento a la igualdad y a la dignidad humana, sin discriminación alguna. Además, procurar que esta joven madre vuelva a recuperar su subsidio para estudio y pueda tomar su grado, en términos prudentes, al igual que su niño.

QUINTO. Que se oficie al Comando de la Policía de San Andrés islas, en calidad de sujeto pasivo de la presente acción, para que en lo sucesivo se abstenga de apoyar en estos procederes al margen de nuestro Estado Social y de Derecho y que solo preste su concurso cuando evidencia que las actuaciones por parte de la Oficina de la OCCRE, se sujeten al imperio de la Ley y se observen todos los debidos procedimientos y en presencia de funcionarios de la Procuraduría, Defensoría del Pueblo y la Defensoría de Familia.

SEXTO. Se reconozcan los demás derechos que resultaren violados y que a bien considere el juzgador, con las facultades concedidas por la norma suprema y la Ley y que compelen al Estado a propender por la protección de los débiles, restablecerlos, como consecuencia de los exabruptos administrativos cometidos. (sic)”

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 18 de diciembre de 2013, en el que se ordenó su traslado a las entidades accionadas a efectos de que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, se pronuncien sobre los hechos y pretensiones materia de la presente acción.

2.4. Informes de los Accionados.

OFICINA DE CONTROL DE RESIDENCIA Y CIRCULACIÓN -OCCRE

La GOBERNACIÓN DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA, mediante escrito adiado 15 de enero de 2014, a través del Director Administrativo de la OCCRE, dio contestación de la tutela, haciendo un pronunciamiento expreso de los hechos manifestados por la actora.

Argumenta que, la Oficina de Control Poblacional, ejerce sus actuaciones de conformidad con lo señalado en el Decreto 2762 de 1991 y demás normas complementarias, y que en ningún momento se le ha vulnerado los derechos invocados, puesto que las pretensiones carecen de fundamentos fácticos y legales para prosperar, ya que la Oficina de Control de Circulación y Residencia – OCCRE, de acuerdo con las normas especiales que regulan el control poblacional en la isla, tomó la decisión que se está atacando mediante tutela, la cual es improcedente, pues el actor no puede pretender vía tutela que se le revoque un acto administrativo cuando tuvo la oportunidad legal de interponer los recursos de Ley y no lo hizo, igualmente señala que no se demostró que la acción de tutela se haya interpuesto como mecanismo transitorio respecto a un perjuicio irremediable que se le haya causado , ya que las normas son claras en establecer que las únicas personas que pueden laborar en el territorio insular son aquellas que tengan su residencia definitiva, y por ende, Kemberlis Patricia Amador Contreras, no está autorizada para ello, ni acreditó que tenía permiso para ello y los archivos de la OCCRE tampoco existe tal registro.

Por todo lo anterior, solicita se declare improcedente la presente tutela y se ordene su archivo.

PROCURADURIA GENERAL DE LA NACIÓN- REGIONAL SAN ANDRÉS

Procuraduría 54 Judicial de Familia de San Andrés

La Doctora Ingrid Polanía Chaux, en calidad de Procuradora 54 Judicial de Familia de San Andrés, manifestó que en su Despacho no se encuentra registro de haber sido requerida en el momento de producirse los hechos denunciados por el accionante, con el fin de realizar el acompañamiento y vigilancia de los derechos fundamentales del menor, posiblemente vulnerados.

Procuraduría 17 Judicial II Ambiental y Agraria

Por su parte la Doctora Sara Esther Pechthalt, en calidad de Procuradora 17 Judicial II Ambiental y Agraria, rindió concepto sobre los hechos de la tutela, aduciendo que, el ciudadano Leandro Pájaro Balseiro, no está legitimado en la causa para reclamar el reconocimiento de derechos fundamentales de otra persona mayor de edad, ya que para actuar en representación de la señora Kemberli Patricia Amador Contreras y su menor hijo Jeremy Brant Pérez Amador, debió haber mediado poder conferido, lo que no sucedió.

Aclara que no se puede desconocer el régimen especial que consagra las normas de residencia y circulación con que cuenta la isla, ya que esta establece que tendrá derecho a residir legalmente en las islas quienes demuestren que se encontraban antes de 1992, requisito que no cumple la señora Kemberli Patricia Amador Contreras, ya que esta arribó a la isla en 1992, tal como se evidencia en el expediente.

En conclusión, manifiesta que la acción de tutela interpuesta por Leandro Pájaro Balseiro, no está llamada a prosperar por ser improcedente

INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR

La doctora Georgina Nelson Fyne, en calidad de apoderada especial del ICBF, manifiesta que la institución no fue ni ha sido notificada de ningún asunto de expulsión por parte de la Oficina de Control y Residencia – OCCRE, ni por parte de ninguna otra institución, respecto de la señora Kemberlis Patricia Amador Contreras y su menor hijo Jeremy Brant Pérez Amador.

Aclara que, el ICBF mediante el Centro Zonal, sólo interviene cuando la institución o la persona natural desea de los servicios que por ley prestan a través de nuestras Defensorías de Familia, y que luego de una verificación de derechos se determina la necesidad de atención por una presunta amenaza,

inobservancia y/o vulneración de derechos de un niño, niña o adolescente por parte de un particular o entidad.

DEPARTAMENTO DE POLICIA SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA

Argumenta el Comandante del Departamento – Coronel Luis Aníbal Gómez Báez que, la actuación del cuerpo civil uniformado adscrito al Departamento de Policía San Andrés, Providencia y Santa Catalina, en el caso de control efectuado sobre las personas quienes al parecer se encontraban irregularmente en la isla , se basó en el acompañamiento y desplazamiento de estas personas a la Oficina de Control – OCCRE, toda vez que es actividad de policía el hacer cumplir los actos administrativos que realiza los órganos del Estado. Ello en cumplimiento a lo normado en el artículo 218 de la Constitución Nacional.

Concluye que, no sería del caso cumplir con las pretensiones del accionante en lo que refiere a la policía nacional, en calidad de sujeto pasivo de la presente acción de apoyar los procedimientos de la OCCRE, ya que sus actos se presumen legales y sus debates no los puede dirimir el Departamento de Policía, sino, las instancias y recursos que la ley ofrece para el caso específico ante la autoridad competente.

DEFENSORÍA DEL PUEBLO

La doctora Tonney Gene Salazar, en calidad de Defensora del Pueblo Regional San Andrés, Providencia y Santa Catalina, solicita que se despache desfavorablemente las pretensiones de la acción de tutela, ya que la Defensoría no ha incurrido en violación alguna del debido proceso o derecho de defensa de Kemberlis Patricia Amador Contreras, ya que, el acto administrativo mediante el cual dispuso la expulsión de la isla, no fue expedida por la Defensoría del Pueblo, de igual manera aclara que la resolución a que hace referencia el tutelante que expulsó a la ciudadana Kemberlis Amador, está regulada por el Decreto 2762 de 1.991, es decir el Decreto que rige la OCCRE, lo cual tiene sus propios principios jurídico-administrativos y solo a esta entidad le corresponde tal competencia. En consecuencia solicita no tutelar el derecho fundamental invocado, puesto que la Defensoría no es la competente para emitir resoluciones de carácter administrativo para expulsar personas del territorio insular.

2.5. Sentencia de Primera Instancia.

El Juzgado Único Administrativo del Circuito de San Andrés, Islas, en Sentencia calendada once (11) de diciembre de dos mil trece (2013), resolvió: **“PRIMERO: RECHAZASE** la solicitud de tutela del señor Leandro Pajaro Balseiro, en su calidad de Veedor Ciudadano. **SEGUNDO: NOTIFÍQUESE** la presente sentencia en la forma ordenada en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991. **TERCERO: 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 el accionante no se encuentra legitimado por activa, al observarse que carece de poder para reclamar la violación de los derechos de quien fuera expulsada de la isla, Kemberlis Patricia Amador Contreras, y en su solicitud no manifiesta actuar como agente oficioso de la madre y su menor hijo afectados, tal y como lo dispone el inciso 3 del artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, como tampoco demostró la imposibilidad de la titular de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados que no pudiese ejercer su propia defensa, sino que se limitó a indicar que recibió una queja y denuncia, por la cual impetraba la presente acción de tutela.”

2.6. Impugnación.

Inconforme con la decisión de primera instancia, el accionante impugnó la decisión, procurando que el Tribunal revoque la providencia del A-quo, toda vez que, considera que el fallo carece de mérito, por cuanto el juez constitucional debe introducirse en el fondo del asunto y no excusarse en la falta de legitimación en la causa por activa.

2.7 Trámite Procesal Segunda Instancia

El proceso fue recibido en esta Corporación el día siete (07) de febrero de dos mil catorce (2014), repartido el mismo día, mes y año, y entró al Despacho el siete (07) de febrero de 2014, para su conocimiento.

Se registra proyecto de fallo el cuatro (04) de marzo de dos mil catorce (2014).

3. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

3.1. Competencia

Esta Corporación es competente para conocer del presente asunto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1º, numerales 1º y 2º del Decreto 1382 de 2000.

3.2. Procedibilidad

Tratándose de la protección constitucional al derecho de defensa y debido proceso, las reglas de procedencia de la acción de tutela, son las generales que han sido definidas en reiterada jurisprudencia.

3.3. Legitimación e Interés

Por Activa

El artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, consagra que la acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos.

También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa.

En tal sentido se tendrá a Leandro Pájaro Balseiro, legitimado para actuar como agente oficioso de Kemberlis Patricia Amador Contreras, debido a que fue objeto de una medida administrativa mediante la cual dispuso devolverla a su último lugar de embarque y le era imposible presentar la tutela personalmente.

Por Pasiva

Solo radica en cabeza de la Oficina de Control de Circulación y Residencia – OCCRE, por cuanto fue quien vulneró presuntamente los derechos fundamentales, en consecuencia las demás entidades – ICBF, Policía Nacional de San Andrés, Defensoría del Pueblo y la Procuraduría Delegada para el Departamento Archipiélago, serán excluidas del presente trámite.

3.4. 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 5° 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.

3.5. Del Problema Jurídico.

El problema jurídico, que debe desatar la Sala en esta oportunidad, consiste en determinar: si la Oficina de Control de Circulación y Residencia – OCCRE vulneró los derechos fundamentales de los niños, de defensa y debido proceso, con ocasión de la decisión que se tomó en el Auto No. 229 de fecha 09 de octubre de 2013, en el cual se ordena la devolución al último lugar de embarque a la señora Kemberlis Patricia Amador Contreras, al encontrarla en situación irregular en el territorio insular.

Antes de entrar al caso de marras, esta Sala considera pertinente aclarar que a la luz de la aplicación del artículo 228 constitucional y velando para que no se incurra en un exceso ritual manifiesto¹ que desconozca el derecho sustancial, la Corte ha tenido la oportunidad de señalar que algunas exigencias de tipo nominal-formal que realizan los operadores jurídicos, pueden llegar a vulnerar derechos de rango superior.²

“(...) el artículo 228 de la Constitución Política, ordena que en las decisiones judiciales prevalecerá el derecho sustancial. Ello es así, porque no se puede concebir un estado de derecho sin garantía efectiva de los derechos de las personas. El respeto a la dignidad humana y al trabajo consagradas en el ordenamiento Superior, le dan un contenido material y no simplemente formal al estado de derecho, el cual no puede mirarse exclusivamente bajo la óptica del “exclusivo imperio de las leyes”.

“5.2 Así las cosas se estima que en el examen de cualquier acto jurisdiccional, no debe ignorarse dar prevalencia el derecho sustancial constituye el fin principal de la administración de justicia (art. 228 CN). La validez de una decisión judicial de carácter procesal debe necesariamente juzgarse a partir del problema de fondo de derecho sustantivo a cuya resolución ella se enderece.

¹ El concepto de exceso ritual dentro del proceso se ha extendido a la apreciación probatoria. En esta materia la Corte ha dicho: “aun cuando los jueces gozan de libertad para valorar el material probatorio con sujeción a la sana crítica, no pueden llegar al extremo de desconocer la justicia material, bajo la suposición de un exceso ritual probatorio contrario a la prevalencia del derecho sustancial (art. 228 C.P). Por ello, es su deber dar por probado un hecho o circunstancia cuando de dicho material emerge clara y objetivamente su existencia.” Ver Sentencia T-974/03, Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil

²Expediente T-1420226. Acción de tutela instaurada por Darlinton Javier Agualimpia Guerrero contra el H. Consejo Superior de la Judicatura. Magistrado Ponente: Dr. ALVARO TAFUR GALVIS. Bogotá D. C., dos (2) de noviembre de dos mil seis (2006

“5.3 Lo anterior es válido en razón de que el estado social de derecho, exige la protección y el respeto a la persona humana y en tal medida no se puede mantener la vigencia y eficacia de actos jurisdiccionales lesivos de los derechos y garantías de las personas constitucionalmente establecidos. La propia concepción del Estado de derecho no se agota en la proclamación formal de los derechos de las personas sino que se configura a partir de su efectiva realización.

“5.5 La autonomía que la Constitución Política le reconoce a las autoridades encargadas de impartir justicia (arts. 228 y 230), debe ser siempre armonizada y conciliada con las garantías incorporadas en los artículos 13 y 53 del mismo ordenamiento que le reconocen a todas las personas, en particular a los trabajadores, los derechos a ‘recibir la misma protección y trato de las autoridades’ y a ser favorecidos ‘en caso de duda en la interpretación y aplicación de las fuentes formales del derecho’.

“5.6 En tal medida, se estima entonces, que una vez establecida la norma jurídica que resulte aplicable al asunto materia de controversia, surge para el funcionario judicial competente responsable de su aplicación, la obligación constitucional de interpretar la misma en el sentido que resulte más favorable al trabajador y ante las posibles dudas que pueden surgir sobre el sentido y alcance de una norma, y frente a las diversas interpretaciones que de la misma se formulen, es deber del juez elegir aquella que interprete en mejor medida los derechos laborales.

“5.7 En este sentido debe recordarse, que la Constitución consagra el respeto de los derechos fundamentales, lo cual implica que esta protección debe prevalecer sobre normas procesales que de ser aplicadas conducirían la negación de los mismos.

“5.8 Igualmente se estima, que a los jueces les corresponde apreciar, interpretar y aplicar las leyes y demás normas, conforme a los dictados de las reglas y principios consagrados en la Constitución, buscando además que sus decisiones sean justas, dado que ellas son uno de los instrumentos del Estado para asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo (CP art. 2), lo expresado está en armonía con lo dispuesto por el artículo 228 de la Carta que expresa que. ‘...Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial...’.

“5.9 Por último debe tenerse en cuenta que el juez como autoridad judicial responsable del proceso debe adelantar el mismo con

critérios de proporcionalidad y de razonabilidad, en relación con los hechos y circunstancias, que le sirvan de causa.”

Conforme con lo anterior y dando alcance al principio de la prevalencia del derecho sustancial sobre las formas, se analizara el asunto de controversia puesto que, aunque el señor Leandro Pájaro Balseiro, no manifestó expresamente que actuaba como agente oficioso en la presente tutela, de suyo se infiere que lo es, pues, Kemberlis Patricia Amador Contreras mediante escrito enviado por fax solicitó su intervención con el fin de procurar la protección de los derechos fundamentales, presuntamente conculcados, tanto es así que las pruebas que militan en el expediente llegaron a manos del accionante por cuenta de aquella.

3.6 Caso Concreto.

Encuentra este Despacho Judicial, que la parte actora considera que a su representada le han vulnerado los derechos fundamentales “a los niños, debido proceso y a la defensa”, con ocasión del Auto No. 229 del 09 de octubre de 2013, mediante el cual se ordena su devolución al último lugar de embarque.

Por lo tanto, solicita dejar sin efecto el acto administrativo señalado anteriormente y en consecuencia el restablecimiento inmediato de los derechos vulnerados, principalmente el retorno de la afectada y el menor al territorio insular.

Por su parte la entidad accionada, argumenta que en ningún momento se le han vulnerado los derechos de defensa y debido proceso a la administrada, ya que, una vez revisados los archivos de la OCCRE, antes de que se expidiera el auto objeto de la presente tutela, se constató que la señora Kemberlis Patricia Amador Contreras, identificada con cédula de ciudadanía 1.123.626.492 expedida en San Andrés, Providencia y Santa Catalina, islas, no posee trámite alguno como trabajador foráneo o autorización para laborar dentro del territorio insular del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina Islas, ni para permanecer por más del tiempo establecido por la Ley.

De otro lado señala que, la acción de tutela no se promueve como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, y a lo largo del expediente no se evidencia prueba alguna de la cual se desprenda una situación de extrema urgencia, que requiera de una medida impostergable de amparo que habilite el uso de la acción constitucional. Así pues, dentro del auto No. 0229 de 2013, del cual se solicita nulidad a través de acción de tutela claramente se estableció en la parte resolutive que Kemberlis Patricia Amador Contreras podía interponer recurso de reposición y apelación, recurso que no presentó, ya que dentro de los archivos que reposan en la OCCRE no hay prueba de ello y este tampoco aporta documentos que lo demuestre y es por esto que se debe declarar improcedente ya que la acción

de tutela no es un recurso, ni se puede tratar como medio para enderezar los olvidos, que en derecho de defensa no optaron y por vía de tutela quieran hacerlo.

Así las cosas, la Sala procederá analizar el sub iudice, de la siguiente manera:

PRUEBAS

1. Escrito de fecha 23 de noviembre de 2013, enviado por fax, mediante el cual Kemberlis Patricia Amador Contreras, solicita al señor Leandro Pájaro Balseiro que defienda los derechos vulnerados a ella y a su menor hijo Jeremy Brant Pérez Amador. (fl. 15 -21 exp. ppal.)
2. Copia Registro Civil de Nacimiento del menor Jeremy Brant Amador Pérez. (fl. 22 exp. Ppal.)
3. Copia de Constancia de fecha 22 de diciembre de 2000, suscrita por el Dr. Cesar Augusto James Bryan, en calidad de Director de la Oficina de Control de Circulación y Residencia – OCCRE, mediante la cual manifiesta que la tarjeta de OCCRE de Kemberlis Patricia Amador Contreras está en trámite. (fl.23 exp. ppal.)
4. Copia de documento de fecha 14 de diciembre de 2001, suscrito por el Dr. Randy Allen Bent Hooker, en calidad de Director Administrativo OCCRE, mediante el cual pone en conocimiento a escuelas y colegios que los documentos de Kemberlis Patricia Amador Contreras se encuentra en trámite. (fl. 24 exp. ppal.)
5. Copia de escrito de fecha 09 de diciembre de 2002, suscrito por Kemberlis Amador Contreras, mediante el cual solicita al Dr. Randy Bent Hooker, en calidad de Director de la OCCRE, la tarjeta de residencia. (fl. 25 exp. ppal.)
6. Copias de Certificado de Estudio del Instituto Bolivariano y del Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA. (fl. 26-32 exp. ppal.)
7. Copia de escrito de fecha 29 de febrero de 2012, dirigido a la Dra. Bielka Isadora Hudgson Livigston, en calidad de Directora de la OCCRE, mediante el cual solicita permiso de estudio y trabajo en la isla. (fls. 33 exp. ppal.)
8. Copia de Cédula de Ciudadanía de Kemberlis Patricia Amador Contreras. (fl. 34 exp. ppal)
9. Copia de escrito, mediante el cual Kemberlis Patricia Amador Contreras otorga poder al Dr. Carlos Cantero Quintana, para impetrar derecho de petición de interés particular a la Oficina de Control de Circulación y Residencia – OCCRE. (fl. 35-36 exp. ppal.)

10. Copia de Auto No. 229 del 09 de octubre de 2013, proferido por la OCCRE, por medio del cual se ordena una devolución al último lugar de embarque de Kemberlis Patricia Amador Contreras. (fl. 37-39 exp. ppal.)
11. Copia de Declaración en Versión Libre de la señora Kemberlis Patricia Amador Contreras ante la OCCRE. (fl. 40 exp. ppal.)
12. Copia de Existencia y Representación Legal de la entidad sin Ánimo de Lucro de Vigilancia Ciudadana "CITIZEN RESCUE", de la cual Leandro Pájaro Balseiro hace parte. (fl. 43-45. Exp. ppal)

En cuanto a los derechos fundamentales invocados:

De los derechos fundamentales de los niños

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

En el derecho de los niños a tener una familia y no ser separado de ella se encuentra el concepto de unidad familiar. La Corte Constitucional ha establecido que la unidad familiar busca el contacto directo o la cercanía física permanente del niño con su familia y sobre todo con sus padres y, además, implica tanto la cercanía física como la anímica.

Al respecto, la Corte, en sentencia T 165 de 2004, dijo:

"[...] La unidad familiar es garantía del desarrollo integral del menor porque en esa edad el niño necesita más apoyo psicológico y moral de su familia y fundamentalmente de sus padres para evitar traumas que puedan incidir en su desarrollo personal (derecho al libre desarrollo de la personalidad).

La Convención sobre los derechos del niño destaca la importancia de que el niño se mantenga al lado de sus padres. El artículo 9º numeral 1º establece:

"Los Estados velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, excepto cuando a reserva de revisión judicial, las autoridades determinen que tal separación es necesaria en el interés superior del niño".

El alejamiento de la madre respecto de su hijo, sin explicación ni justificación alguna, injustamente condena al niño a no ver a su madre sino de manera excepcional. Y, en la misma situación va a quedar la madre. Esto afecta también la determinación del artículo 42 de la C.P. que prohíbe (sic) cualquier forma destructiva de la armonía y la unidad

familiar. Es, en cierta forma, un “proceso de duelo”, algo que la Corte Constitucional ha rechazado por afectar los derechos fundamentales.

[...]

Hay situaciones concretas en las cuales el juez constitucional debe amparar la unidad familiar. Por supuesto que es factible que se pueda afectar dicha unidad si existe una causa legal, como por ejemplo una decisión judicial referente a la privación de la libertad de uno de los padres, o una decisión judicial o administrativa que determine la separación del hijo respecto de sus progenitores”.

Del debido proceso y Defensa

La Constitución Política consagra en su artículo 29 al debido proceso, y determina que el debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas, exactamente establece: ***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.*** En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. ***Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.*** Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”. (Subraya y negrilla de la Sala).

La H. Corte Constitucional ha señalado, que una de las principales garantías del debido proceso, es la oportunidad de darle a toda persona en el ámbito de cualquier proceso o actuación judicial o administrativa, de ser oído, de hacer valer sus razones y argumentos, de controvertir, contradecir, objetar las pruebas y solicitar la práctica de las mismas, así como de interponer los recursos que la ley otorga. (Subraya de la Sala)

Asimismo, ha establecido que dicha prerrogativa debe responder no solo a las garantías estrictamente procesales, sino también, a la efectividad de los principios que informan el ejercicio de la función pública, como lo son, entre otros, los de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad³

³ CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Cuarta de Revisión. Sentencia T-278 de Abril 11 de 2012, Ref. Exp.: T-3.272.671. MP: Dr. GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO: “El debido proceso tiene un ámbito de aplicación que se extiende a todos los tipos de juicios y procedimientos que conlleven consecuencias para los administrados, de manera que a éstos se les debe garantizar la totalidad de elementos inherentes a este derecho fundamental. De otra parte, y específicamente en lo que hace relación con los procedimientos administrativos, es necesario precisar que el derecho con que cuentan los ciudadanos, relativo a la posibilidad de controvertir las decisiones que se tomen en dicho ámbito es consubstancial al debido proceso. Si bien ambas son garantías que se derivan del principio de legalidad,

En este orden, el debido proceso, implica de un lado que las decisiones que tome la administración deben ser notificadas y/o comunicadas a las personas que se vean afectadas con la misma o que tenga un interés en ella, y de otro lado, a que se deben respetar las etapas establecidas en la ley para las actuaciones administrativas y los procesos, así como, los términos, el derecho de defensa y contradicción. (Subraya de la Sala)

Respecto al derecho de defensa, el Máximo Tribunal Constitucional ha establecido, que éste constituye una garantía procesal de rango constitucional que tiene toda persona de conocer la investigación que se adelanta en su contra de manera oportuna, de forma que le sea posible controvertir los elementos probatorios que hay en su contra.

Ahora bien, el Decreto 2762 de 1991 adoptó medidas para controlar la densidad poblacional en el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, en uso de las facultades que le confirió el artículo transitorio 42, de la Constitución Política de Colombia, con fundamento en las siguientes consideraciones:

“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;

Que están en peligro los recursos naturales y ambientales del Archipiélago por lo que se hace necesario tomar medidas inmediatas para evitar daños irreversibles en el ecosistema;

Que el acelerado proceso migratorio al Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina es la causa principal del crecimiento de su población, por lo que se hace necesario adoptar medidas para regular el derecho de circulación y residencia en el territorio insular”

Mediante Sentencia C-530/93⁴, la Corte Constitucional declaró exequible el Decreto 2762 de 1991, bajo la siguiente Ratio:

son dos caras de la misma moneda, esto es, mientras que el derecho a cuestionar la validez de las decisiones funge como garantía posterior, las garantías propias del derecho fundamental al debido proceso, tales como (i) el acceso libre y en igualdad de condiciones a la justicia; (ii) el acceso al juez natural; (iii) la posibilidad de ejercicio del derecho de defensa (con los elementos para ser oído dentro del proceso); (iv) la razonabilidad de los plazos para el desarrollo de los procesos; y, (v) la imparcialidad, autonomía e independencia de los jueces y autoridades, son elementos que deben ser garantizados durante el desarrollo de todo el procedimiento, y apuntan, principalmente, a brindar garantías mínimas previas. En efecto, los elementos del debido proceso arriba enumerados buscan garantizar el equilibrio entre las partes, previa la expedición de una decisión administrativa. Por el contrario, el derecho a cuestionar la validez de la misma, hace parte de las garantías posteriores a la expedición de la decisión por parte de la autoridad administrativa, en tanto cuestiona su validez jurídica”

⁴ Sentencia C-530/93 REF: Expediente N° D-260. Demanda de Constitucionalidad contra el Decreto No. 2762 de 1991. Actora: Olga Lucía Alzate Tejada. Magistrado Sustanciador: ALEJANDRO

“...De la circulación

El artículo 24 de la Constitución dice:

ARTICULO 24. 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.

El artículo 310 superior autoriza a la ley para expedir un régimen especial para el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, y expresamente menciona el derecho de circulación como un derecho susceptible de ser limitado en aras de garantizar los altos fines protectores de la vida, la cultura y el ambiente allí mencionados.

Y el artículo 22 del Pacto de San José de Costa Rica, ratificado por Colombia mediante la Ley 16 de 1972, dice:

- 1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular por el mismo residir en él con sujeción a las disposiciones legales.*
- 2. Toda persona tiene derecho a salir libremente de cualquier país, inclusive del propio.*
- 3. El ejercicio de los derechos anteriores no puede ser restringido sino en virtud de una ley, en la medida indispensable en una sociedad democrática, para prevenir infracciones penales o para proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden públicos, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás.*
- 4. El ejercicio de los derechos reconocidos en el inciso 1º puede asimismo ser restringido por la ley, en zonas determinadas, por razones de interés público... (negrillas fuera de texto).*

Ahora bien, este Pacto rige en Colombia con carácter vinculante y supralegal, de conformidad con lo establecido al efecto por el artículo 93 de la Constitución.

Así las cosas, el claro que tanto la Constitución como el Pacto establecen que la ley puede limitar el derecho a la circulación, como en efecto lo hace la norma revisada. Por tanto formalmente existía la facultad para hacerse tal limitación.

Y ya desde el punto de vista del contenido, el Pacto enumera las causales por las cuales se podría válidamente limitar la circulación, entre las que sobresalen en este caso las siguientes:

De un lado, "la salud pública y las libertades de los demás": estas causales, evidentes en el caso que nos ocupa, son de cobertura nacional y cobijan por ejemplo el derecho a la protección al ambiente.

Y de otro lado, "las razones de interés público con cobertura territorial": esta causal, también manifiesta en este caso, es de cobertura en "zonas determinadas", según el Pacto. Por interés público debe entenderse, siguiendo a Riveró, "un conjunto de necesidades humanas: aquellas a las cuales el juego de las libertades no atiende de manera adecuada, y cuya satisfacción condiciona sin embargo el cumplimiento de los destinos individuales".⁵

Obsérvese por otra parte que con la norma objeto de examen de constitucionalidad no se prohíbe la circulación de plano en el Departamento Archipiélago -el núcleo esencial-, sino sólo la circulación por fuera de los requerimientos allí enunciados, según se desprende de los artículos 2º a 11 del Decreto 2762 de 1991.

Por tanto ni formal ni materialmente se desconoce el derecho a la circulación en las Islas de las personas no residentes.

Residencia -OCCRE- para la "preservación, defensa y rescate de los recursos naturales del Departamento Archipiélago".

Es claro que el incremento poblacional desmesurado ejerce una presión sobre los recursos naturales de las Islas, en la medida en que la demanda de los mismos es superior a la oferta, desencadenándose así un proceso irreversible de deterioro del ecosistema. Tal proceso disminuye la calidad de vida de la población actual pero sobre todo compromete seriamente la supervivencia de las generaciones futuras. En otras palabras, el ecosistema -frágil, por esencia-, no es patrimonio exclusivo de la población actual. Se tiene el deber constitucional de proteger el medio ambiente (art. 95.8) para legar a las generaciones futuras un mundo vivible y vivible es con cierta calidad de vida..."

En dicho Decreto, se definió quiénes se encuentran en situación irregular en el territorio insular, así:

“...ARTÍCULO 18. Se encuentran en situación irregular las personas que:

- a) Ingresen al Departamento Archipiélago sin la respectiva tarjeta;
- b) Permanezcan dentro del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, por fuera del término que les ha sido autorizado;

⁵Riveró, Jean. *Droit Administratif*. Dalloz. 1o edition. Paris, 1983. pags 10 y 11. Existe la versión en castellano de esta obra, traducida por la Universidad Central de Venezuela.

- c) Violan las disposiciones sobre conservación de los recursos ambientales o naturales del Archipiélago;
- d) Realicen actividades laborales dentro del Archipiélago, sin estar autorizado para ello.”

Asimismo, el artículo 19 *Ibíd*em, consagra cual es la consecuencia de hallarse en situación irregular en el Archipiélago:

“ARTÍCULO 19. Las personas que se encuentren en situación irregular serán devueltas a su lugar de origen y deberán pagar una multa hasta de veinte salarios mínimos legales mensuales.”

“ARTÍCULO 20. La oficina encargada de la ejecución de las disposiciones del presente Decreto abrirá un registro alfabético y cronológico de turistas y residentes temporales en el cual indicará su nombre, su identificación, la fecha de llegada y de partida, y el total de tiempo que ha permanecido durante ese año dentro del Departamento Archipiélago.”

Como encargada de aplicar y de ejecutar las normas que regulan el control y circulación de personas no residentes en el territorio insular, se creó la Oficina de Control de Circulación y Residencia – OCCRE:

“ARTÍCULO 22. Créase la Oficina de Control de Circulación y Residencia como órgano de la administración del Departamento Archipiélago de San Andrés y Providencia, para la realización y cumplimiento de las disposiciones del presente Decreto.”

“ARTÍCULO 24. El Director de la Oficina será nombrado para períodos de un año, por la Junta Directiva, de terna presentada por el Gobernador del Departamento Archipiélago, y podrá ser reelegido.

Serán sus funciones:

- a) Expedir las tarjetas de residente y residente temporal, conforme lo dispone el presente Decreto;
- b) Proponer a la Junta Directiva el diseño de planes y programas de control poblacional;
- c) Coordinar técnica y administrativamente, de manera permanente, la Oficina de Control de Circulación y Residencia;
- d) Convocar a reuniones extraordinarias a los miembros de la Junta Directiva de la Oficina de Control de Circulación y Residencia, cuando a su juicio, sea necesario para el desarrollo de las disposiciones del presente Decreto;
- e) Adoptar y poner en marcha medidas de emergencia, tendientes a la solución de eventualidades que pongan en peligro el control de la densidad demográfica en el Departamento Archipiélago de San Andrés y Providencia;
- f) Imponer las sanciones a que hubiere lugar en desarrollo de las disposiciones del presente Decreto, mediante resolución motivada que prestará mérito ejecutivo por la vía de la jurisdicción coactiva. (Subraya de la Sala)

A su turno, el Decreto No. 2171 del 12 octubre de 2001, por el cual se reglamenta el Decreto 2762 de 1991, dispuso en sus artículos 5º y 6º :

“ARTICULO 5º El Director de la OCCRE en desarrollo de sus funciones, deberá:

a) Someter para la aprobación de la Junta Directiva el informe anual de actividades antes del último día del mes de febrero.

b) Informar a la autoridad competente sobre las personas que se encuentran en situación irregular en el Departamento, de conformidad con los lineamientos establecidos en el Decreto 2762 de 1991 y en el presente Decreto, para efectos de que se adopten las acciones legales pertinentes.

c) Las demás que le señalen las disposiciones legales pertinentes y la Junta Directiva de conformidad con la ley. (Se subraya)

ARTICULO 6º Contra los actos administrativos proferidos por el Director de la OCCRE, procederá el recurso de reposición y el de apelación ante el Gobernador del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

En las resoluciones que declaren a una persona en situación irregular y ordenen su devolución a su lugar de origen o declaren la pérdida de la residencia, los recursos se concederán en el efecto devolutivo. (Subraya fuera de texto).

ARTICULO 14.- Para dar cumplimiento a las disposiciones del Decreto 2762 de 1991, cuando se establezca que una persona sea devuelta a su lugar de origen bastará con que sea regresada a su lugar de último embarque.

ARTICULO 15.- El director de la OCCRE mediante resolución motivada deberá declarar que una persona está en situación irregular, impondrá la multa correspondiente y consecuentemente en el mismo acto ordenará que sea devuelta a su último lugar de embarque, el comando Departamental de policía garantizará el cumplimiento de esta orden para cuyo efecto la OCCRE le prestará el concurso que sea necesario. (Subrayas de la Sala)

ARTÍCULO 19.-El porte de la tarjeta que identifica la calidad que ostenta todo aquel que se encuentre en territorio del Departamento Archipiélago de San Andrés Providencia y Santa Catalina, es obligatorio....”

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que las disposiciones de la Oficina de Control de Residencia y Circulación- OCCRE, constituyen medidas policivas de cumplimiento inmediato, con el fin de garantizar el control poblacional del Departamento Archipiélago de San Andrés y Providencia, por ende no tienen por qué ser expedidas previo agotamiento de un procedimiento administrativo⁶, no quiere decir lo anterior, que en su aplicación puedan

⁶ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION PRIMERA. Consejera ponente: MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO. Bogotá, D.C., cuatro (4) de febrero de dos mil diez (2010). Radicación número: 88001-23-31-000-2003-00050-01.

vulnerarse los derechos fundamentales de la personas, motivo por el cual procedería la tutela.

Descendiendo al caso objeto de estudio, el actor manifiesta que interpone la tutela como mecanismo de protección constitucional, por cuanto le han vulnerado los derechos fundamentales a Kemberlis Patricia Amador Contreras y a su menor hijo Jeremy Brant Pérez Amador.

Huelga aclarar desde ya que, la Sala considera respecto al menor Jeremy Brant Pérez Amador, no se le ha vulnerado derecho fundamental alguno pues se evidencia plenamente en el expediente que dentro del procedimiento administrativo adelantado por la OCCRE, la Policía Nacional estuvo presta a proteger la integridad física del menor y el respectivo acompañamiento de su madre, hasta el punto de trasladarlo junto con ella a la ciudad de Cartagena, tal cual ella lo manifestó. Por el contrario, el padre del menor al enterarse de tal situación quiso aprovecharse quedándose con él, lo que pudo evitarse precisamente con la intervención de la Policía Nacional. En este caso no se afectó la unidad familiar ni la permanencia del menor al lado de su progenitora.

Siguiendo con el sublite, de acuerdo a los hechos y lo probado en el expediente tenemos:

1. Que el 22 de diciembre de 2000, el Dr. César Augusto James Bryan, en calidad de Director de la Oficina de Control de Circulación y Residencia – OCCRE, suscribe Constancia, mediante la cual manifiesta que la tarjeta de OCCRE de Kemberlis Patricia Amador Contreras está en trámite.
2. Que en documento de fecha 14 de diciembre de 2001, suscrito por el Dr. Randy Allen Bent Hooker, en calidad de Director Administrativo OCCRE, mediante el cual pone en conocimiento a escuelas y colegios que los documentos de Kemberlis Patricia Amador Contreras se encuentran en trámite.
3. Que en escrito de fecha 09 de diciembre de 2002, Kemberlis Amador Contreras, solicitó al Dr. Randy Bent Hooker, en calidad de Director de la OCCRE, la tarjeta de residencia.
4. Que escrito de fecha 29 de febrero de 2012, dirigido a la Dra. Bielka Isadora Hudgson Livigston, en calidad de Directora de la OCCRE, mediante el cual Kemberlis Patricia Amador Contreras solicitó permiso de estudio y trabajo en la isla.
5. Que el día 09 de octubre de 2013, la Oficina de Control de Circulación y Residencia, inició trámite administrativo en contra de Kemberlis Patricia Amador Contreras, por tal razón, el Director de la OCCRE,

procedió a recibir la declaración en versión libre a la encausada, donde manifestó en términos generales que no tenía permiso de residencia.

6. Conforme a ello, el Director de la OCCRE, con las facultades conferidas en los Decretos anteriormente señalados, expidió el acto administrativo de fecha 09 de octubre de 2013, donde declara en situación irregular a Kemberlis Patricia Amador Contreras y ordena su devolución al último lugar de embarque, así como la imposición de una multa equivalente a diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes, se señalan los recursos que proceden, el término dentro de los cuales deben presentarse y el efecto en el que se conceden los mismos.

Así las cosas, es evidente la violación del debido proceso y defensa de la afectada, habida consideración que la autoridad administrativa al expedir el auto respectivo, ceñido presuntamente de la normatividad que rige la materia, no tuvo en cuenta que no se le ha resuelto su situación de residencia desde el año 2000, habida cuenta que la ciudadana afectada tiene radicada su solicitud de residencia, ya que, desde tal fecha se le ha expedido constancia que se encuentra en trámite su residencia, sin decidir de fondo el asunto, y si bien es cierto, en versión libre la ciudadana manifestó que en las instalaciones de la OCCRE, le informaron que no tenía derecho a trabajar por carecer de la tarjeta OCCRE, no menos cierto es que, no se lo dieron a conocer en un documento motivado, para que hiciera uso de los recursos que le otorga la Ley con el fin de controvertir y ejercer su derecho de defensa ante esta institución.

De igual manera, merece reproche la actuación de la accionada-OCCRE, ya que su argumento en la motivación del Auto No. 0229 del 09 de octubre de 2013, es que “verificada la base de datos Long Soft y los archivos que reposan en la dependencia de la OCCRE, no se encontró que Kemberlis Amador tuviera radicados los documentos que soliciten la residencia en la isla”, circunstancia que es contraria a la verdad puesto que, como se acreditó anteriormente, reposan varios documentos mediante los cuales anteriores directores de la entidad, dan constancia de que la solicitud de residencia de la misma se encuentra en trámite, lo que de suyo sugiere una clara violación al debido proceso y el derecho de defensa a Kemberlis Patricia, por lo que había previamente un proceso en trámite sin haberse culminado.

Así las cosas, en reiterada jurisprudencia la H. Corte Constitucional⁷ 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.

⁷ CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-828 de agosto 22 de 2008, Ref. Exp.: T-1679273. MP: Dr. MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO.-

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

En este orden, la Oficina de Control y Circulación de Residencia-OCCRE, al dar trámite a una petición de residencia, debe garantizar el debido proceso administrativo, conforme se indicó en sentencia de fecha 09 de septiembre de 2013, proferida por esta Corporación, 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 administrativas⁸.

En este punto, se considera menester indicarle al impugnante, que si bien es cierto los Despachos Judiciales mediante tutela no pueden establecer cuál es la decisión que debe adoptar el ente de control frente a peticiones de residencia, no es menos cierto que si pueden determinar si ha violado algún derecho fundamental con el trámite y procedimiento que en la mayoría de las ocasiones da a diversas peticiones.

Forzoso resulta concluir entonces, que se ha vulnerado el debido proceso, habida consideración que la OCCRE, no ha dado cabal cumplimiento a lo establecido en el trámite administrativo, lo que significa para la Sala, que la mencionada autoridad administrativa no cumplió ni procedió conforme lo establecido por el ordenamiento jurídico, sino que por el contrario, en este caso concretamente ha actuado discrecionalmente y bajo su propio arbitrio.

En consecuencia de lo anterior, la Sentencia de 1ª instancia de fecha veintitrés (23) de enero de dos mil catorce (2014), proferida por el Juzgado Único Contencioso Administrativo de este Distrito Judicial será revocada y en su lugar se dispondrá lo siguiente:

Se tutelara el derecho fundamental al debido proceso y defensa, para que en el improrrogable término de 48 horas, se reinicie el trámite de la solicitud de residencia hecha a favor de la agenciada, para que dentro de los diez (10) días siguientes se adopte una decisión de fondo sobre la situación jurídica de Kemberlis Patricia Amador Contreras en territorio del Departamento Archipiélago.

⁸ TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL DEPARTAMENTO ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA. Sentencia de Septiembre nueve (09) de dos mil trece (2013), Ref. Exp.: 88-001-33-33-001-2013-00098-01. MP: DR. JOSÉ MARÍA MOW HERRERA.-

Por último, se le prevendrá a la OCCRE para que en lo sucesivo eviten la repetición de actos omisivos que conlleven a la vulneración de los derechos fundamentales de las personas.

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: DECLÁRASE la falta de legitimación en la causa por pasiva del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Policía Nacional de San Andrés, Defensoría del Pueblo regional San Andrés y la Procuraduría Delegada para el Departamento Archipiélago.

SEGUNDO: REVOCÁSE la sentencia proferida por el Juzgado Único Contencioso Administrativo del Circuito Judicial del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, de fecha veintitrés (23) de enero de dos mil catorce (2014), en su lugar dispone:

TUTÉLASE los derechos fundamentales del DEBIDO PROCESO y DEFENSA de la ciudadana KEMBERLIS PATRICIA AMADOR CONTRERAS, vulnerado por la Oficina de Control de Circulación y Residencia - OCCRE, con las siguientes órdenes:

ORDENÁSE a la Oficina de Control de Residencia y Circulación – OCCRE, para que en el improrrogable término de 48 horas, se reinicie el trámite de la solicitud de residencia hecha a favor de la agenciada, para que dentro de los diez (10) días siguientes se adopte una decisión de fondo sobre la situación jurídica de Kemberlis Patricia Amador Contreras en territorio del Departamento Archipiélago.

TERCERO: PREVENIR a la Oficina de Control de Circulación y Residencia-OCCRE, para que en lo sucesivo eviten la repetición de actos omisivos que conlleven a la vulneración de los derechos fundamentales de las personas

CUARTO: NEGAR las demás pretensiones.

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

SEXTO: 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