



GOBERNACIÓN

Departamento Archipiélago de San Andrés,
Providencia y Santa Catalina
Reserva de Biosfera Scaflower
NIT: 892400038-2

RESOLUCION No.

10.07.340

(22 JUL 2022)

"Por medio de la cual se resuelve un recurso de Apelación"

El Gobernador (e) del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, en ejercicio de sus facultades legales, en especial el Decreto 2762 de 1991 y 2171 de 2001, el artículo 76 del CPACA,

CONSIDERANDO:

Que la señora. **NAZARETH CHRISTINA RODRÍGUEZ BUSTOS** presentó ante la Oficina de Control de Circulación y Residencia (en adelante la OCCRE) solicitudes entorno a la renovación de la tarjeta OCCRE por el cambio de documento de identidad de tarjeta de identidad a cédula de ciudadanía mediante escrito fechado abril 11 de 2013, presentado el día 9 de mayo del año 2013, según consta en radicado entrante 11335.

Posteriormente, a través de radicado PQRSD de la Oficina de Servicio al ciudadano formulario – web# 14744 de julio 22 de 2021 la señora Nazareth radico solicitud para que se iniciará tramite para que le sea concedida la residencia permanente de su compañero permanente, señor **LUIS EDUARDO NOYA VARELA**, identificado con la cedula de ciudadanía número 1.118.837464 expedida en Rihacha Guajira, de conformidad con los efectos propios del Decreto 2762 de 1991.

Que a través de **Resolución No. 000337 de enero 18 de 2022**, la Oficina de la Occre, decidió negar el derecho a la residencia por cambio de tarjeta de identidad a cedula de ciudadanía a la señora **NAZARETH CHRISTINA RODRÍGUEZ BUSTOS**, identificada con cédula de ciudadanía número **1.123.629.694** expedida en San Andrés, comunicándole que debía abandonar el territorio insular, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la ejecución del citado acto administrativo, pudiendo ingresar al departamento Archipiélago en calidad de por el termino establecido en el artículo 17 del Decreto 2762 de 1991, so pena de ser declara en situación irregular conforme lo establece el a artículo 18 de la norma en mención, adicionalmente fue proferido auto de corrección del nombre de la Señora Rodríguez, en el auto 0085 del 15 de febrero de 2022.

De la misma manera fue proferida Resolución 001746 de febrero 15 de 2022 la Oficina de la Occre decidió negar por falta de presupuestos legales la solicitud de residencia interpuesta por la señora Nazareth Rodríguez Bustos a favor de su compañero permanente, señor Luis Eduardo Noya Varela, concediéndole diez (10) días hábiles siguientes a la ejecución del citado acto administrativo, pudiendo ingresar al departamento Archipiélago en calidad de turista por el termino establecido en el artículo 17 del Decreto 2762 de 1991, so pena de ser declarado en situación irregular conforme lo establece el a artículo 18 de la norma en mención.

Que contra la decisiones proferida a través de las Resoluciones No. 000337 de enero 18 de 2022, y 001746 de febrero 15 de 2022 por la oficina de control de circulación y residencia OCCRE la señora Rodríguez, procedió dentro del término concedido en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011 a interponer ante este despacho, recurso de apelación, prescindiendo de la reposición, cual tiene carácter facultativo.

Que le corresponde por disposición normativa al Gobernador del Departamento resolver el recurso de apelación presentado por manera principal, interpuesto por la Sra. Rodríguez.

ARGUMENTOS DEL RECURSO

La Señora. Rodríguez en ejercicio del derecho de impugnación, inicia la sustentación del recurso de apelación interpuesto, alegando vicios en el procedimiento y las clasifica así:

"Los errores de procedimiento consisten en que: i) La OCCRE llevó a cabo un trámite que no correspondía con la naturaleza del acto que provocó el pronunciamiento de la administración, ii) No se me permitió realizar una defensa efectiva y técnica de mis derechos. iii) Se postergó excesivamente en el tiempo no solo la decisión sobre renovación, si no a más de esto, de mi condición o no de residente"

Con la finalidad de sostener cada uno de los caros descritos como errores procedimentales en los que se incurrió, la apelante afirmó lo siguiente:

Se estima vulnerado el principio de congruencia, que se encuentra unido al debido proceso administrativo así:

"En el presente caso, el derecho de petición elevado, fue en el sentido de que se aceptará e indicará el trámite para la renovación de la tarjeta OCCRE, y en ese sentido se realizaron las peticiones, se estimaron las consideraciones de derecho y se aportaron las pruebas, de tal forma, que el expediente o el acervo total de la solicitud, no tenían la capacidad de solicitar la residencia o que a partir de ellas o solo con base en estas se determinará la residencia.

Así las cosas, la OCCRE profiere un acto administrativo que constituye una afrenta al principio de congruencia y por tanto al debido proceso, cual derecho fundamental, en la medida en que profiere una decisión por fuera de lo pedido.

Ahora bien, se comprende que para determinar la viabilidad de la renovación de la tarjeta, sea menester analizar si a la persona le asiste el derecho, insisto en el principio "el que puede lo más puede lo menos", es decir, quien tiene la calidad de residente sea por naturaleza, derivación o adquisición, tiene por consiguiente derecho a la renovación de la documentación que lo acredita en tal circunstancia, pero el análisis sobre mi calidad no debió circunscribirse a la residencia por naturaleza, es decir por nativo o de padre nativos, pues existen otras 5 causales adicionales, tres en el Artículo 2 y 2 en el Artículo 3.

Por otro lado, pero en ese mismo sentido; al evidenciarse que mi petición junto con las pruebas no son suficientes para estimar un análisis necesario para proceder a pronunciarse sobre mi petición, lo que debió hacer la entidad fue requerirme oficialmente para aportarlas y dilucidar las dudas existentes, porque cabe anotar que la petición se realizó con el pleno convencimiento por razones que se expondrán a continuación, de contar con la calidad de residente permanente, de tal forma, que no se dimensiono la necesidad de acreditar requisitos tendientes a que fuere otorgada.

(...)

En definitiva, el trato que debió dársele a mi petición debió ser el de requerirme nuevamente e informarme preliminarmente de mi situación de residencia, y permitirme a mí, la titular de los derechos, la posibilidad de reconvertir mi petición de ser necesario, para que ahí si se le diera el trámite eventual de solicitud de residencia permanente.

(...)"

Se consideró por la accionante aunado al cargo ya expuesto, que se vulneraron también su derecho a la defensa y contradicción, manifestando que:

"Aunado a los argumentos antes presentados, al tomarse una decisión extrapetita, en lugar de consultar conmigo, titular del derecho sobre mi status residencial, indicar la vía adecuada y dar la oportunidad en respeto al debido proceso, se consigue vulnerar el debido proceso en tanto la defensa y contradicción."

En el sentido de continuar exponiendo los errores procedimentales, la apelante señala la existencia de lo que denomina error invencible o inducido, en los siguientes términos:

"(...)

En este caso el error es consistente en considerar en mi caso, que cuento con una residencia permanente, pero la realidad presentada por la OCCRE es que no cuento con ella, que durante toda mi minoría de edad estuve cubierta por una residencia temporal por mi condición de edad, vigente hasta los 18 años, ahora, a pesar de haber cumplido la mayoría de edad, que de conformidad con la teoría de la OCCRE perdía la condición de residente temporal y pasaba a tener la simple calidad de turista, con posibilidad de ingreso y permanencia hasta por 6 meses, y digo que en la teoría, pues en la práctica he tenido otro tratamiento sustancialmente diferente por todas las autoridades oficiales del territorio insular, cuáles son las siguientes:

- I. Durante 12 años posterior a cumplir la mayoría de edad, he ingresado y salido de la Isla, sin número de ocasiones suministrando mi número de OCCRE, sin tener inconveniente alguno, de haber tenido residencia solo hasta los 18 años, a partir de esto, debió*

inhabilitarse mi registro en el sistema de la OCCRE, y por tanto debía adquirir tarjeta de turismo y permanecer solamente 6 meses, lo cual nunca ha sucedido, siempre al suministrar el número de tarjeta al ingresar por el aeropuerto, he hecho el registro y transito sin ningún inconveniente.

- II. La tarjeta OCCRE que me fuere expedida siendo menor de edad, no establece en ninguna de sus caras indicación sobre la vigencia de mi tarjeta, como tampoco si se trata de una residencia permanente o temporal, simplemente se refiere a mi estatus como residente, lo que contribuyó a no estimar los tiempos indicados por la Sentencia del Tribunal.
- III. He ejecutado contratos para el Departamento presentando mi número de OCCRE y ha sido aceptada sin ningún inconveniente.
- IV. La Cámara de Comercio del Departamento me ha posibilitado trámites sobre establecimientos de comercio.
- V. La EPS me ha brindado servicios de salud en el territorio insular, lo que no podría suceder sin contar con residencia.

En ese sentido, por el tratamiento que me ha sido dado, inclusive por la OCCRE durante 12 años desde que cumplí 18 años de edad, nunca consideré no tener residencia permanente, siempre actúe y me hicieron sentir por la Oficina de Control, como residente permanente, no como temporal ni como turista.

En ese sentido, considero que se ha configurado un error invencible, es decir, cuando cualquier persona, en las mismas circunstancias, habría cometido el mismo error.

(...)"

Seguidamente se señala por la apelante, la configuración de errores de derecho en la determinación administrativa tomada por la OCCRE así:

"La decisión se equivocó al determinar el asunto solo sobre los dos primeros numerales del Artículo 2, al no tener en cuenta integralmente el régimen jurídico aplicable.

Mis padres, llegaron a la Isla de San Andrés en el año de 1986, año para el cual no se encontraba vigente el Decreto 2762 de 1991 expedido el 13 de diciembre de 1991, con la adopción de este Decreto, mis padres quedaron cobijados por la situación descrita en el Artículo 2 literal 3 "Tener domicilio en las islas, comprobado mediante prueba documental, por más de 3 años continuos e inmediatamente anteriores a la expedición de este Decreto," así las cosas, mis padres adquirieron la residencia permanente en la Isla por derivación, es decir, por llevar más de 3 años residiendo en la Isla antes de 1991, para ese tiempo mis padres vivían en la Isla con mi hermano Hafit Rodríguez, quien también quedó cobijado por esta derivación establecida en la Ley.

Residiendo mi familia en la Isla, mi madre queda en estado de gestación de mí, por su edad y complicaciones de salud, sumados al precario sistema de salud que siempre ha existido en la Isla y más en ese tiempo, con el fin de preservar su vida y la mía, se trasladó hacia Cartagena para dar a luz, es decir que, por factores de salud, decisión e insuficiencia de salud en la Isla, no soy nativa por el Artículo 2 literal 1.

Ahora, como no puedo tener la residencia por derecho natural, ni por derivación, si la puedo tener por derivación, y la OCCRE somete su análisis solo a dos causales, y deja de vista la establecida en el Artículo 3 numeral 2 "Haya permanecido en el Departamento en calidad de residente temporal por un término no inferior a 3 años, haya observado buena conducta, demuestre solvencia económica y, a juicio de la Junta Directiva de la Oficina de Control de Circulación y Residencia, resulte conveniente su establecimiento definitivo en el Archipiélago", dirá la OCCRE que no tenía elementos probatorios de juicio para analizar este aspecto, lo cual es razonable, pues mi solicitud no iba encaminada a solicitar residencia, lo era por otra razón, así que la OCCRE debió requerirme en este propósito y no expulsarme de hecho y en abuso flagrante del derecho del territorio insular.

La OCCRE debió ante esa realidad que no conocía, desconocimiento propiciado por la misma entidad, remitir una comunicación o citarme informalmente para esclarecer el asunto, y solicitar la documentación necesaria para iniciar el trámite indicado en ese numeral.

En todo caso, considero tener y cumplir plenamente con las condiciones reseñadas en ese numeral del Artículo 3."

Posteriormente se relacionó una errada valoración de las pruebas así:

"Al unilateralmente y extrapetita reconvertir mi solicitud de forma inconsulta, la OCCRE usa pruebas anexadas para derivar una expulsión, sin ser mi petición y sin tener esas pruebas la capacidad de demostrar lo contrario, lo que vulnera la defensa como ya se dijo.

Consideró que el a quo realizó una valoración errada de las pruebas allegadas al proceso, así como una interpretación errónea de las normas que contienen la información sobre mi status residencial. De modo que la decisión se fundó en pruebas inexistentes o si quien la reproche llegara a demostrar que la valoración de las pruebas fue indebida, debiendo entre otras cosas decretar pruebas."

Finalmente, reitera su solicitud de revocar la Resolución No. 01746 del 15 de febrero de 2022 por ser una solicitud que depende de la revocatoria de la Resolución No. 000337 del 18 de enero de 2022, y ordenar que posterior a la resolución de su residencia, se le de trámite correspondiente y separadamente.

(...)"

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO. -

Haciendo referencia a los recursos y de conformidad con lo expuesto en el Artículo 74 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo este despacho considera relevante precisar que la finalidad de los recursos es permitir la controversia de los actos contrarios al ordenamiento jurídico ante la misma administración, para que está los aclare, modifique, adicione o revoque.

Sobre el particular, es indispensable referirse al precepto de la seguridad jurídica que debe garantizarse a todos los administrados, resaltando que el Estado, no sólo establece los lineamientos y normas a seguir, sino que en un sentido más amplio define procedimientos regulares y conductas previamente establecidas al ejercer su poder político, jurídico y legislativo, generando la certeza que al presentarse determinado requerimiento a la administración, se aplicará la normatividad correspondiente y que su situación jurídica será revisada cabalmente.

Es preciso indicar, que el recurso presentado por la Señora Rodríguez, cumple con los requisitos establecidos en los Artículos 76 y 77 del CPACA.

Una vez dicho esto, es pertinente iniciar el estudio del caso en concreto relacionado con el recurso de apelación. En efecto, al revisar el expediente que obra dentro del procedimiento administrativo, fue posible evidenciar que se dio inicio al mismo con la solicitud de por la Sra. Rodríguez.

En la determinación tomada por el Director de la OCCRE, se hace referencia a una Sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Departamento, en el sentido de clarificar el sentido del Decreto 2762 de 1991, entorno a la situación jurídica de la residencia de los hijos menores y mayores de padres no nativos, pero si residentes, ya sean temporales o permanentes.

Al respecto de esta determinación acotada en la parte considerativa del acto administrativo, la Sentencia 046 fue proferida en el año 2018, lo que nos lleva a presentar distintos fenómenos jurídicos:

1. La sentencia 046 de 2018 del tribunal administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, es precedente judicial horizontal.

La Corte Constitucional en variada jurisprudencia, inclusive de unificación ha señalado que el presente es: "la sentencia o el conjunto de ellas, anteriores a un caso determinado, que, por su pertinencia y semejanza en los problemas jurídicos resueltos, debe necesariamente considerarse por las autoridades judiciales al momento de emitir un fallo"- SU-354 de 2017. Asimismo, la doctrina lo ha definido como el mecanismo jurisdiccional que tiene su origen en el principio stare decisis o estar a lo decidido, el cual consiste en la aplicación de criterios adoptados en decisiones anteriores a casos que se presenten en situaciones posteriores y con circunstancias similares.

Se puede clasificar el precedente en dos categorías: (i) el precedente horizontal, el cual hace referencia a las decisiones proferidas por autoridades del mismo nivel jerárquico o, incluso, por el mismo funcionario; y (ii) el precedente vertical, que se refiere a las decisiones adoptadas por el superior jerárquico o la autoridad encargada de unificar la jurisprudencia. El precedente horizontal tiene fuerza vinculante, atendiendo no solo a los principios de buena fe, seguridad jurídica y confianza legítima, sino al derecho a la igualdad que rige en nuestra Constitución.

Asimismo, el precedente vertical, al provenir de la autoridad encargada de unificar la jurisprudencia dentro de cada una de las jurisdicciones, limita la autonomía judicial del juez, en tanto debe respetar la postura del superior, ya sea de las altas cortes o de los tribunales.

Pudiéndose clarificar esta sentencia del Tribunal, como parte del precedente judicial vertical, con fuerza vinculante.

2. Los efectos en el tiempo que le son aplicables a la Ley, le son extensivos al precedente judicial.

En términos generales la anterior afirmación puede ser válida, para ser más específicos, podría decirse que tanto el precedente como la ley en sentido estricto tienen una aplicación en el tiempo bajo las mismas reglas si se entiende que en el momento de entrar en vigencia la nueva ley (o el nuevo precedente), ésta entra a regular las situaciones jurídicas en curso (aquellas que no estén consolidadas, ni que hayan generado derechos adquiridos) en el estado en que estén, sin perjuicio de que se respete lo ya surtido bajo la ley antigua. En otros términos, cuando se trata de simples expectativas, la nueva ley es de aplicación inmediata.

Sin embargo, de acuerdo con la tesis que defendemos, dicha afirmación debe ser matizada, pues no creemos que el nuevo precedente pueda tener aplicación inmediata indistintamente, sino sólo en aquellos casos en que es más favorable, como se explicará y justificará en el cuerpo de este trabajo.

Además de lo anterior, creemos que la ley en sentido estricto y el precedente tienen por lo menos dos diferencias sustanciales que justifican el hecho de que se apliquen reglas distintas cuando hay transito legislativo, y cuando hay cambio de precedente. La primera, como puede resultar obvio, es que el precedente cuenta con elementos que lo hacen mucho más específico que la ley en sentido estricto.

La segunda, que su proceso de creación, la ley cuenta con la garantía de publicidad, es debatida y se da en un lapso de tiempo más largo, lo que le permite ser más conocida antes de entrar a regir.

Para explicar mejor la primera de las diferencias señaladas podemos situarnos en la situación en que el juez al estudiar un caso determina que es procedente cambiar el precedente, para hacerlo, crea una nueva regla con vocación de ser aplicada a ese caso concreto, esa regla, si bien debe contar con una cierta universalidad, es decir, debe poder ser aplicada a otros casos, mientras es elaborada, adquiere una serie de elementos que le aportan un cierto grado de especificidad al punto que no parece compartir del todo las características de la ley en sentido estricto, esto es, el ser general, abstracta e impersonal.

Frente a la segunda diferencia, el hecho de que el precedente a diferencia de la ley en sentido estricto, no es debatido, publicado y difundido una vez se crea, para luego de ello tener aplicación por primera vez, sino que, tan pronto como es cambiado, esa nueva regla va a poder tener aplicación, (aun a pesar de que los sujetos involucrados apenas van a conocerlo en virtud de que han de soportar sus consecuencias), se hace necesario distinguir entre los efectos que la ley en sentido estricto y el precedente como ley en sentido material deben tener por lo menos en términos temporales.

Una vez hecha esta aclaración, pasamos a hacer una aproximación al concepto de cada uno de los tipos de efectos temporales que puede tener el precedente.

En principio, se ha sostenido que el cambio de precedente puede tener aplicación temporal de dos formas, retrospectiva ó prospectiva, sin embargo, es importante tener en cuenta que la posibilidad de su aplicación retroactiva también ha sido estudiada, por ello buscamos hacer breves precisiones acerca de la noción y el entendimiento que tendremos de cada uno de estos efectos.

Cuando hacemos referencia a los efectos prospectivos, fundamentalmente a lo que se está apuntando es a la idea de que esa decisión debe tener efectos únicamente hacia el futuro, es

decir, que no debe tener aplicación en el caso sub examine sino solo para aquellos cuyos hechos ocurran de allí en adelante, o cuando menos, para aquellos casos cuya demanda sea presentada una vez ha entrado en vigor el nuevo precedente.

Para hacer más clara la noción de efectos prospectivos, resulta útil traer a colación una providencia del Consejo de Estado de marzo de 2018, en la cual, a partir de la obra de Martín Orozco Muñoz, sostiene:

"en el sistema prospectivo el caso actual enjuiciado debe ser resuelto conforme al antiguo criterio jurisprudencial «anunciándose en la misma sentencia el nuevo criterio jurisprudencial, que sólo sería aplicable para casos posteriores, variando, no obstante los criterios para la aplicación de la nueva doctrina, ya que puede circunscribirse a cualquier caso que se resuelva con posterioridad a la emanación de la sentencia, o solo a los hechos enjuiciados en procesos que se inicien con posterioridad a la sentencia, o solo a los hechos que se produzcan con posterioridad a la sentencia"

Con lo que esta corporación aclara que, de acuerdo con este tipo de efectos, las nuevas reglas deben tener efectos solo hacia el futuro. Este mismo entendimiento lo ha puesto de presente el doctrinante Eduardo Soderó, a partir del caso Linkletter v. Walker¹ (1965) en el cual la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América señala que una regla que es puramente prospectiva no se aplica a las partes ante el tribunal, queriendo evidenciar que, si la nueva regla solo ha de tener efectos hacia el futuro, a los involucrados en el caso que se examina no deben soportar su aplicación.

En la misma línea, el primer inciso del artículo 58 de la Constitución Política nacional acoge la regla de la irretroactividad de la ley, en tanto establece que los derechos adquiridos no podrán ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores, con lo cual indica que las nuevas normas solo pueden tener aplicación para nuevos casos.

Revisado el expediente, se vislumbra una solicitud de residencia que consiste en cambio de la tarjeta de la Occre con número de tarjeta de identidad a cedula de ciudadanía.

A la solicitud adjunta copia de la tarjeta de la Occre con número de tarjeta de identidad, copia de la Occre de su padre, registro civil de nacimiento, copia de la cedula de ciudadanía y certificado de estudios del colegio Modela Adventista, que especifican que la señora Nazareth Rodríguez Bustos estudio en esa institución desde el año 2007 al año 2011.

Para la Oficina de la Occre, el peticionario no cumple con los presupuestos establecidos en las señaladas normas, pues no nació en el Departamento Archipiélago y sus padres no son nativos del Archipiélago.

Posteriormente revisa el artículo 9º del Decreto 2762 de 1991, que señala:

Artículo 9º "Se extiende la calidad de Residente Temporal en las mismas circunstancias y por el mismo lapso, al cónyuge o compañero permanente y a los hijos de quien la ha obtenido.

PARAGRAFO. Los hijos de quien ha obtenido la calidad de residente temporal podrán adelantar sus estudios en los establecimientos educativos del Departamento Archipiélago, durante el tiempo les es permitido permanecer allí"

A lo anterior, considera que tampoco cumple con lo señalado en la norma para ser acreedor del derecho a la residencia, pues, aunque al peticionario se le expidió la tarjeta temporal de residencia cuando ostentaba la minoría de edad al cumplir la mayoría de edad cesan los efectos de la extensión del derecho a la residencia de los padres.

¹ Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América, 381 U.S. 618 (1965)

El artículo 10º de la misma norma, señala que los residentes temporales podrán permanecer en el territorio del Departamento Archipiélago durante el tiempo autorizado. En todos los casos, la residencia temporal será otorgada por un periodo máximo de un año, prorrogables hasta por el mismo tiempo, sin que sumandos sobrepasen tres años.

Artículo 10. "Los residentes temporales podrán permanecer en el territorio del departamento Archipiélago durante el tiempo que se le ha autorizado para el desarrollo de la actividad que motivó el otorgamiento sólo para el cumplimiento de dicho propósito

En todos los casos la residencia temporal será otorgada por periodos máximos de un año, prorrogables hasta por el mismo tiempo, sin que sumados sobrepasen los tres años".

A lo señalado, se desprende que la residencia temporal se puede extender a los cónyuges o compañeros permanentes y a los hijos hasta por un lapso de tiempo no mayor a tres años.

En el presente se observa que la residencia temporal concedida al recurrente se extendió prolongadamente en el tiempo, pues gozó de la residencia temporal durante toda la época de menor de edad.

En reiteradas jurisprudencias la Corte Constitucional ha señalado que el residente definitivo queda habilitado para transferir el derecho a sus hijos menores de edad y también señala que se debe proteger la unidad familiar.

De lo anterior señalamos apartes de la **sentencia T-294/18 de fecha 24 de Julio de 2018**, en la que la Corte Constitucional, tutela los derechos fundamentales de debido proceso, libre circulación y unidad familiar y revoca acto administrativo emanado de la Oficina de Occre así:

"Sentencia T-506 de 2016 la Corte se pronunció en el caso de un hombre que afirmaba había convivido en San Andrés por más de cinco años con su pareja, y que de esa unión nacieron dos hijos. Indicaba que su compañera permanente fue citada por la OCCRE para definir su situación jurídica en la Isla y que, después de oírta en versión libre, la autoridad decidió declararla en situación irregular y ordenó su "devolución" al último lugar de embarque.

"(...)

Como quiera que en este asunto se elevó ante la autoridad competente del Departamento Archipiélago una solicitud que, por su propia naturaleza, estaba directamente referida al derecho de circulación y residencia, asociada además a los derechos fundamentales a la unidad familiar y a la educación de una menor de edad para ese entonces, la OCCRE tenía el deber de tramitar la solicitud de la manera que mejor protegiera tales derechos y en observancia del debido proceso de la accionante.

Para ello, podía solicitar formalmente a los interesados la adecuación del trámite indicándoles quién debía realizar la petición a favor de Vanessa Carolina Salazar Carbonell, o incluso, en cumplimiento con su obligación, habría cabido que, en el término legal establecido en la norma vigente, expidiera una resolución mediante la cual se resolviera el derecho de petición impetrado el 11 de febrero de 2014, negándose lo requerido, en razón a no haber sido presentado por quien debía otorgar el derecho solicitado e informara a la parte los pasos a seguir para lograr obtener la tarjeta de residencia a nombre de la actora, concediendo la oportunidad pertinente para ello.

Esa omisión de la OCCRE de adecuar el trámite resultó lesiva, en este caso, del derecho fundamental al debido proceso de Vanessa Carolina Salazar Carbonell, vulneración que afecta de forma negativa las garantías a la libre circulación, a tener una familia y de educación, pues al ser sometida a abandonar el territorio insular, se obliga a separarse de su núcleo familiar y a no poder continuar con sus compromisos académicos, pues no cuenta con una red de apoyo por fuera del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

En segundo lugar, en la Resolución No. 3379 de 2018 el Director Administrativo de la Oficina de Control de Circulación y Residencia indicó que el 18 de febrero de 2011 se presentó un trámite de convivencia entre Claudia Patricia Carbonell Arrieta (madre de la accionante) y su compañero permanente en calidad de otorgante. Que, en atención a lo anterior, mediante Resolución No. 056 del 5 de enero de 2012, se reconoció a la señora Claudia Patricia Carbonell Arrieta residencia temporal con vigencia a un año, haciéndose extensiva a su hija Vanessa Carolina Salazar Carbonell.

Que, en virtud de dicho trámite, se concedieron a Vanessa Carolina Salazar Carbonell los permisos respectivos para que adelantara sus estudios. Lo anterior, en cumplimiento del artículo 9 del Decreto 2762 de 1991 que preceptúa: "se extiende la calidad de residente temporal, en las mismas circunstancias y por el mismo lapso, al cónyuge o compañero permanente, y a los hijos de quien la ha obtenido".

Adicionalmente, en el acto administrativo que confirmó la decisión atacada en sede de tutela, la OCCRE informó que mediante Resolución No. 791 de 2017 resolvió la situación de residencia únicamente respecto de la progenitora de la accionante y se concedió tarjeta definitiva por convivencia (en virtud de la petición presentada el 18 de febrero de 2011). Aclarando que, sólo a partir de ese momento la señora Claudia Patricia Carbonell Arrieta podía solicitar la residencia a favor de la accionante. No obstante, tal petición ya no era procedente por cuanto, para el momento en que se profirió el citado acto administrativo, Vanessa Carolina Salazar Carbonell ya era mayor de edad. Al respecto, la Sala hará las siguientes observaciones:

Según el artículo 10 del Decreto 2762 de 1991, los residentes temporales podrán permanecer en el territorio del Departamento Archipiélago durante el tiempo que se les ha autorizado. En todos los casos, la residencia temporal será otorgada por períodos máximos de un año, prorrogables hasta por el mismo tiempo, sin que sumados sobrepasen los tres años.

Lo anterior, resulta de gran importancia en el presente caso, toda vez que, luego de los 3 años de la residencia temporal de que trata la referida norma, se debe definir la situación de permanencia en las Islas y otorgar la tarjeta definitiva a quien cumpla con los requisitos establecidos en el Decreto 2762 de 1991, momento en el cual, el residente definitivo queda habilitado para retransferir el derecho a sus hijos menores de edad.

Así las cosas, mediante Resolución No. 056 del 5 de enero de 2012 se le otorgó residencia temporal a la progenitora de la accionante por un año, cuya prorroga no podía superar los 3 años continuos; es decir, que para el 5 de enero de 2015 debía la entidad accionada haber resuelto de manera definitiva la situación de permanencia de la madre de la peticionaria en el Departamento Archipiélago, fecha en la que Venessa Carolina Salazar Carbonell contaba aún con 17 años de edad, y podía Claudia Patricia Carbonell Arrieta transferirle el derecho de residencia definitiva a su hija. No obstante, sin justificación alguna, la OCCRE resolvió el referido trámite seis años después, mediante Resolución No. 791 de 2017, circunstancia que truncó la posibilidad de la actora de obtener su tarjeta definitiva de residencia por extensión, lo cual ocasionó que perdiera su estatus de residente permanente y reiteró la vulneración de los ya referidos derechos fundamentales de la peticionaria en sede de revisión. (Negrilla no es del texto original).

Conclusiones y decisión a tomar en el presente caso

En el expediente de tutela consta que Vanessa Carolina Salazar Carbonell reside en el Departamento Archipiélago desde sus primeros meses de nacida, su núcleo familiar está compuesto por su progenitora, el compañero permanente de ésta y por sus hermanos. Que en ese territorio ha desarrollado su proyecto de vida con la ayuda y sostenimiento de sus familiares. La accionante se encontraba adelantando sus estudios en el SENA al momento en que la accionada decidió negar su solicitud de residencia.

Es evidente que no medió justificación alguna por parte de la OCCRE para que no se readecuara el trámite de la solicitud de residencia presentada el 11 de febrero de 2014 a favor de la accionante ni las razones para resolver dicha petición tres años después. Como tampoco existe excusa para que la referida entidad dilatará por más de seis años el proceso de reconocimiento de tarjeta definitiva a nombre de la progenitora de la accionante, circunstancias que efectivamente incidieron en la vulneración de los derechos fundamentales de Vanessa Carolina Salazar Carbonell.

El actuar poco diligente e inoportuno de la Oficina de Control de Residencia y Circulación del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina en los dos trámites iniciados para definir la situación de permanencia de la actora en las Islas, provocó que la accionante, siendo menor de edad para la fecha en que sucedieron los hechos, no pudiera obtener su residencia definitiva, sometiéndola a una situación aún más vulnerable, en la medida en que, al pasar los años y cumplir la mayoría de edad, podía ser forzada a abandonar la Isla en cualquier momento.

Al respecto, la Corte reitera que dentro de las garantías del debido proceso se encuentra el derecho a recibir una pronta y oportuna decisión por parte de las autoridades jurisdiccionales o administrativas, sin dilaciones injustificadas. En ese sentido, en los casos en que la OCCRE deba aplicar el artículo 2º del Decreto 2762 de 1991, que indica que, quien contraiga

matrimonio o establezca unión permanente con un residente y forme domicilio común en el Archipiélago al menos por tres años tendrá derecho a fijar su residencia definitiva en algún de las ínsulas, debe entenderse que la referida disposición se extiende a los hijos de quien la ha obtenido. Lo anterior, en desarrollo de la protección especial que las normas constitucionales otorgan a la familia. En ningún evento, el régimen especial de control de densidad poblacional del archipiélago puede desconocer a la familia ni impedir que se conforme o que se mantenga unida en aplicación de una limitación al derecho de circulación y residencia en las Islas. (Negrilla no es del texto original).

En el presente caso, la Sala encuentra probada la vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso de Vanessa Carolina Salazar Carbonell. Adicionalmente, se desconocieron sus garantías constitucionales a la libre circulación y residencia, a la educación y a la unidad familiar, en la medida en que la orden dada a la actora de abandonar inmediatamente el Archipiélago, obstaculiza su decisión de continuar sus estudios en el Departamento Archipiélago, gracias a la ayuda y apoyo que le brinda su familia, en tanto es en San Andrés donde creció y ha desarrollado su proyecto de vida junto a su mamá y sus hermanos, lo cual no puede ser ignorado por la OCCRE.

Así, no es aceptable que la accionada aplique de forma estricta el régimen de control poblacional del Departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina sin realizar un análisis de los hechos y circunstancias que rodearon el caso objeto de revisión, en su afán de negarle el derecho de residencia a la accionante y omitiendo deliberadamente que su lesiva tardanza en responder dentro del término pertinente la solicitud presentada a favor de la peticionaria y de la manera que mejor protegiera sus derechos, ocasionó la vulneración de sus garantías fundamentales.

Por ende, la medida adoptada por la OCCRE, en aplicación del Decreto 2762 de 1991, impide a Vanessa Carolina Salazar Carbonell continuar conviviendo con su núcleo familiar que tiene la capacidad y la disposición para proporcionarle el apoyo y la ayuda necesaria que requiere para continuar con sus estudios superiores. Asimismo, resulta desproporcionada, en razón a que, si bien el artículo 310 Superior estableció una garantía a las condiciones especiales del Archipiélago que permite limitar el derecho a circular y a establecer la residencia libremente en ese departamento, ello no implica que, cuando estas medidas vulneren otras garantías constitucionales no sea imperioso determinar su inaplicación.

La ponderación de intereses en este caso entonces, debe conducir a conceder el amparo deprecado pues la afectación a los derechos fundamentales de la accionante es de considerable intensidad, mientras que no resulta claro cuál es el grado de afectación para la Isla derivado de la permanencia de una persona que ha residido toda su vida en el Departamento Archipiélago, y que, por acciones u omisiones únicamente imputables a la accionada, debe abandonar a su familia, su proyecto de vida y sus estudios.

Considera la Corte que en el presente caso resulta razonable que el interés, reconocido constitucionalmente, que persigue el control poblacional del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina regulado en el Decreto 2762 de 1991, ceda en este asunto con el fin de proteger los derechos fundamentales de la joven Vanessa Carolina Salazar Carbonell.

Por las consideraciones expuestas la Corte empleará la figura de la excepción de inconstitucionalidad consagrada en el art. 4 de la Constitución, que faculta a funcionarios judiciales, autoridades administrativas y particulares para inaplicar una determinada norma del ordenamiento porque sus efectos en un caso concreto resultan contrarios a los mandatos constitucionales.

Así, la Sala dispondrá inaplicar para este caso concreto el artículo 2, numeral c) del Decreto 2762 de 1991, que exige "Tener domicilio en las islas, comprobado mediante prueba documental, por más de 3 años continuos e inmediatamente anteriores a la expedición de este Decreto".

En esa medida, revocará la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, el treinta y uno (31) de octubre de dos mil diecisiete (2017), que confirmó el fallo dictado por el Juzgado Primero Penal de Circuito de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, el once (11) de septiembre de dos mil diecisiete (2017), que declaró improcedente la acción de tutela impetrada por Vanessa Carolina Salazar Carbonell contra la Oficina de Control de Circulación y Residencia -OCCRE. En su lugar, concederá el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso, a la educación, a la libre circulación y residencia y a la unidad familiar de VANESSA CAROLINA SALAZAR CARBONELL.

En consecuencia, ordenará a la Oficina de Control de Circulación y Residencia -OCCRE, que profiera un acto administrativo mediante el cual otorgue la tarjeta definitiva de residencia a Vanessa Carolina Salazar Carbonell, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.123.636.184, válida para el Departamento Archipiélago San Andrés, Providencia y Santa Catalina, observando las consideraciones realizadas en esta providencia".

De la señalada sentencia se colige, que luego de tres años de la residencia temporal de que trata el Decreto 2762 de 1991, la Oficina de la Occre debe definir la situación de permanencia en San Andrés y otorgar la residencia definitiva a quien cumpla con los requisitos establecidos en el decreto 2762 de 1991.

Del material probatorio observamos, que los padres de la recurrente quedaron cobijados por la situación descrita en el Artículo 2 literal 3 del Decreto 2762 de 1991 "Tener domicilio en las islas, comprobado mediante prueba documental, por más de 3 años continuos e inmediatamente anteriores a la expedición de este Decreto;" adquirieron la residencia permanente en la Isla por derivación, es decir, por llevar más de 3 años residiendo en la Isla antes de 1991, en virtud de lo cual la señora NAZARETH RODRIGUEZ BUSTOS, gozó de la temporalidad de la residencia toda su minoría de edad, nació el 19 de mayo de 1992 así aparece en su registro civil de nacimiento, es decir tres años posteriores a la expedición de la tarjeta de la Occre de sus padres.

Así las cosas, antes del nacimiento de la señora NAZARETH RODRIGUEZ BUSTOS, sus padres contaban con residencia definida, quiere decir que la residencia que debió transferir a su hija era la residencia definitiva, mas no la temporal.

Por lo anterior, la Oficina de la Occre estaba en la obligación de acceder a la solicitud de cambio de tarjeta OCCRE de número de tarjeta de identidad a cedula de ciudadanía.

Ahora de conformidad con lo establecido en el artículo 29 de la Constitución Política, el Debido Proceso se debe aplicar a todas las actuaciones administrativas y establece unas garantías, el derecho a recibir una pronta y oportuna decisión por parte de las autoridades administrativas sin dilaciones injustificadas.

Artículo 29. "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.

De lo anterior se colige que, la señora Nazareth Rodríguez presentó ante la Oficina de Control de Circulación y Residencia (en adelante la OCCRE) solicitudes entorno a la renovación de la tarjeta OCCRE por el cambio de documento de identidad de tarjeta de identidad a cédula de ciudadanía mediante escrito fechado abril 11 de 2013, presentado el día 9 de mayo del año 2013, según consta en radicado entrante 11335.

Para el despacho no es de aceptar la decisión de primera instancia, considerando que reconoce el derecho que tienen los padres al obtener el derecho a la residencia para extender dicha calidad a sus hijos en la misma forma, pero se aparta de lo establecido en la norma al tomar la decisión concediéndole al principio la tarjeta de residencia temporal y posteriormente negándole el derecho a la residencia permanente.

Cabe anotar, que la misma Oficina de la "OCCRE" al momento de resolver la solicitud de residencia señaló: "si el padre obtiene el derecho de residencia de manera permanente, podrá extender en la misma forma, dicho status a sus hijos incluso en los eventos en que éstos ya hayan cumplido la mayoría de edad, siempre y cuando ambos padres o al menos uno de ellos, estuviere domiciliado en el Departamento como mínimo, tres años anteriores a la expedición del Decreto 2762 de 1991".

Teniendo en cuenta lo anterior, habida cuenta que se comprobó que el padre de la recurrente vivía en el Departamento antes de la expedición del Decreto 2762 de 1991 y le fue otorgada la residencia, conforme se observa en la tarjeta de la OCCRE CC5567184 y que en la sentencia a la que nos referimos

anteriormente señala que los padres extiende a sus hijos el derecho a la residencia que tiene, para no afectar derechos fundamentales y en aplicación al pronunciamiento de la Corte Constitucional en reiteradas sentencias en especial la referida sentencia, T – 506 de 2016, se estableció que si bien el artículo 310 constitucional, estableció unas condiciones especiales que permite limitar el derecho a circular y a establecer la residencia libremente en el Departamento, ello no implica que cuando estas medidas vulneran otras garantías Constitucionales, como lo es impedir que continúe conviviendo con su núcleo familiar, esta medida resulta desproporcional y contraria al mandato Constitucional, por lo cual es imperioso determinar su inaplicación, lo anterior respaldado en la jurisprudencia constitucional y el derecho de residencia permanente que le asistía a los padres de la señora **NAZARETH RODRÍGUEZ BUSTOS**, se concluye que ésta reunía los requisitos para que le fuera extendido el derecho de sus padres, es decir a residir de manera definitiva en el Departamento Archipiélago.

Teniendo en cuenta lo anterior, se,

RESUELVE:

ARTICULO PRIMERO: REVOCAR la Resolución No. 000337 de fecha 18 de enero de 2022, proferido por la Oficina de la OCCRE, por lo expuesto en la parte considerativa del presente acto administrativo.

ARTICULO SEGUNDO: Concédase el derecho a la residencia definitiva a la señora **NAZARETH CHRISTINA RODRÍGUEZ BUSTOS**, identificada con cedula de ciudadanía 1.123.629.694 expedida en San Andrés Isla.

ARTICULO TERCERO: ORDENASE a la Oficina de la OCCRE, la expedición de la tarjeta de la Occre a la señora **NAZARETH CHRISTINA RODRÍGUEZ BUSTOS**.

ARTICULO CUARTO: Notifíquese personalmente a la señora **NAZARETH CHRISTINA RODRÍGUEZ BUSTOS**, con cedula de ciudadanía 1.123.629.694 expedida en San Andrés Isla, la decisión adoptada en el presente proveído, de acuerdo a lo establecido en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – Ley 1437 de 2011, con la advertencia que contra el presente acto administrativo no procede recurso alguno.

ARTÍCULO QUINTO: Surtido lo anterior, devuélvase el expediente a la Oficina de Control de Circulación y Residencia – OCCRE, para que una vez vencido el término de ejecutoria, proceda a dar debido cumplimiento a lo aquí decidido.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

Dada en San Andrés Isla, a los

22 JUL 2022


LUIS FERNANDO WILORIA HOWARD

Gobernador(e)

Proyectó: D.P.G.R.

Aprobó: D. Garzón.R.

Archivó: Archivo y Correspondencia/ Expediente NAZARETH CHRISTINA RODRÍGUEZ BUSTOS