



GOBERNACIÓN

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

RESOLUCIÓN N° -- 005926

19 JUL 2018

“Por medio de la cual se resuelve un Recurso de Apelación”

La Gobernadora (E) del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, en ejercicio de sus facultades legales y en especial las contenidas en el Decreto 2762 de 1991, Decreto 2171 de 2001, Ley 1437 de 2011 y demás normas concordantes.

CONSIDERANDO:

Corresponde en esta instancia decidir si le asiste razón o no al señor DIEGO FERNANDO SANDOVAL DIAGO, identificado con cédula de ciudadanía N° 10.742.354 de Santander de Quilichao (Cauca), a quien mediante Auto N° 500 de 13 de octubre de 2017, la Oficina de Control de Circulación y Residencia OCCRE declaró en situación irregular en el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

Para resolver el interrogante se debe tener en cuenta que el Decreto 2762 de 1991- como régimen especial- establece de manera taxativa las causales cuando una persona se encuentra en situación de irregularidad en el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

Que el mencionado acto administrativo fue notificado personalmente al señor DIEGO FERNANDO SANDOVAL DIAGO el trece (13) de octubre de 2017, según se puede constar en la parte inferior del folio N° 5 del expediente administrativo.

Que contra el mencionado acto administrativo fueron interpuestos, dentro del término legal, recursos de reposición y en subsidio de apelación. (Fls. 21- 23).

LA DECISIÓN OBJETO DE APELACIÓN.

A través del Auto N° 500 de 13 de octubre de 2017, la Oficina de Control de Circulación y Residencia OCCRE, declaró al señor DIEGO FERNANDO SANDOVAL DIAGO, en situación irregular en el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina teniendo en cuenta que el 19 de agosto de 2017, día que entró a la Isla, manifestó en acta de compromiso que su estadía sería por 20 días pero continuó en la Isla sin ser autorizado para ello.

Que así las cosas, el señor Sandoval Diago, se radicó en la Isla por fuera del término sin la correspondiente autorización previa, violando de esta forma el literal b) del artículo 18 del Decreto 2762 de 1991 por incumplir dicho acta.

MOTIVOS DE LA IMPUGNACIÓN

Mediante escrito presentado el veintitrés (23) de octubre de 2017, bajo radicado N° 24513, el recurrente interpuso recurso de reposición con subsidio de apelación en contra del Auto N° 500 de 13 de octubre de 2017, y como fundamento sostiene que:

1. No pudo salir de la Isla porque le hurtaron sus documentos de identificación y los trámites en la Registraduría fueron demorados por fallas en el sistema. Sin embargo, luego de superar esta situación, adquirió pasajes en la Aerolínea Avianca la cual se encontraba en paro por lo cual se tornó engorroso su regreso a su lugar de origen ya que no encontró turno para viajar.
2. El viaje lo realizó con fines académicos para una fase exploratoria de implementación de su proyecto de grado.
3. No cuenta con los recursos necesarios para solventar la multa impuesta por la Oficina de Control de Circulación y Residencia OCCRE.

En este orden, solicita que se revoque o modifique el acto administrativo impugnado.

La Oficina de Control de Circulación y Residencia OCCRE, mediante Resolución N° 001967 de 12 de marzo de 2018, confirmó íntegramente la decisión administrativa.

CASO EN CONCRETO

Circunscribe la atención de este Despacho resolver el Recurso de Apelación interpuesto por DIEGO FERNANDO SANDOVAL DIAGO, contra el Auto N° 500 de 13 de octubre de 2017, expedida por la Oficina de Control de Circulación y Residencia OCCRE, declarándolo en situación irregular en el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, conforme se indicó en los antecedentes, para lo cual se verificará si tal decisión se encuentra o no ajustada a la normatividad vigente, ya que de conformidad con el Decreto 2762 de 1991, la Oficina de Control de Circulación y Residencia OCCRE, es el órgano encargado de la realización y cumplimiento de sus disposiciones.

Veamos, el Decreto 2762 de 1991 fue expedido por el Presidente de la República en aras de proteger la identidad cultural de las comunidades nativas y preservar el medio ambiente y los recursos naturales del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, nuestra Carta Magna permitió limitar el ejercicio de los derechos de circulación y residencia, instaurar controles a la densidad de su población, regular el uso de su suelo e imponer condiciones especiales a la enajenación de los bienes inmuebles ubicados en el mencionado territorio insular.

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

como aquellos que pueden permanecer de manera temporal y los que tienen posibilidad de desarrollar actividades laborales allí¹.

En efecto, dicho Decreto prevé situaciones o condiciones que comportan un verdadero derecho para las personas que las cumplan, mientras que en otros, dan lugar a una expectativa en torno a la cual existe un margen de apreciación para las autoridades locales.

Como se mencionó de manera precedente, el Decreto 2762 de 1991, prevé varios escenarios, el primero de ellos, es el dispuesto en el artículo 2º, según el cual las personas que cumplan las condiciones allí establecidas adquieren, de manera automática, el derecho a residir en el Archipiélago; a saber:

"a) Haber nacido en territorio del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, siempre que alguno de los padres tenga, para tal época, su domicilio en el Archipiélago;

b) No habiendo nacido en territorio del Departamento, tener padres nativos del Archipiélago;

c) Tener domicilio en las islas, comprobado mediante prueba documental, por más de 3 años continuos e inmediatamente anteriores a la expedición de este Decreto;

d) Haber contraído matrimonio válido, o vivir en unión singular, permanente y continua con persona residente en las islas siempre que hayan fijado por más de 3 años, con anterioridad a la expedición de este Decreto, el domicilio común en territorio del Departamento Archipiélago"

Y, en segundo lugar, el mencionado decreto preceptúa las condiciones por medio de las cuales se puede adquirir el derecho a la residencia permanente dentro del territorio insular, dentro de las cuales se deja un espacio a la discrecionalidad administrativa. Así el artículo 3º dispone:

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

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

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

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

- "1. Trabajar en forma permanente.*
- 2. Estudiar en un establecimiento educativo del Archipiélago.*

¹ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-506/2016, Magistrado Ponente: GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO.

3. Inscribirse en el Registro Mercantil y ejercer actividades de comercio de manera permanente.

4. Ejercer el derecho al sufragio para las elecciones departamentales y municipales."²

Las disposiciones últimamente citadas guardan relación con la adquisición de la residencia permanente, pero el decreto también previó la posibilidad de la residencia temporal, a la cual tienen derecho quienes estén en las siguientes circunstancias:

"a) La realización, dentro del Departamento, de actividades académicas, científicas, profesionales, de gestión pública o culturales, por un tiempo determinado;

b) El desarrollo de actividades laborales por un tiempo determinado hasta por un año prorrogable por lapsos iguales, que en ningún caso sobrepasen los 3 años, previo el cumplimiento de las disposiciones señaladas en este decreto;

c) Encontrarse en la situación prevista por el literal a) del artículo 3o. del presente Decreto.

El interesado en obtener la residencia temporal, deberá demostrar que tiene vivienda adecuada y capacidad económica para su sostenimiento en el Archipiélago."³

Dicha regulación también establece los supuestos bajo los cuales una persona se encuentra en "situación irregular" dentro del territorio insular y por tanto debe ser sancionada. Al respecto dispuso:

"Se encuentran en situación irregular las personas que:

a) Ingresen al Departamento Archipiélago sin la respectiva tarjeta;

b) Permanezcan dentro del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, por fuera del término que les ha sido autorizado;

c) Violen las disposiciones sobre conservación de los recursos ambientales o naturales del Archipiélago;

d) Realicen actividades laborales dentro del Archipiélago, sin estar autorizado para ello."⁴
Subrayado fuera de texto.

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

La sentencia C-530 de 1993 realizó un estudio del Decreto 2762 de 1991 y determinó que estaba acorde con la Constitución, al respecto hizo cinco precisiones, a saber:

"Primero, el régimen especial de San Andrés debe ser leído a la luz del principio de la unidad nacional. Dicho principio es el primero de los fines señalados en el preámbulo de la Constitución. Igualmente el artículo 2° superior consagra dentro de los fines esenciales del Estado el mantenimiento de la integridad territorial. De allí que el artículo 188 idem indique que el Presidente de la República simboliza la unidad nacional.

² Artículo 5, Decreto 2762 de 1991.

³ Artículo 7, Decreto 2762 de 1991.

⁴ Artículo 18, Decreto 2762 de 1991.

Ahora bien, unidad nacional no significa intolerancia con la diversidad. Por el contrario, los artículos 7° y 8° superiores consagran el deber de conservar la diversidad étnica y cultural y las riquezas naturales de la nación. Por ello la unidad nacional implica el reconocimiento del pluralismo, que es también un valor fundante del Estado consagrado en el preámbulo y en los artículos 1° y 2° de la Constitución. En consecuencia, observa la Corte que el Decreto que nos ocupa es una norma especial que pretende consagrar un régimen excepcional a la regulación general del país para una región especial, con el ánimo de establecer mecanismos que permitan conservar la unidad nacional en un ambiente pluralista y heterogéneo.

Segundo, el régimen especial consagrado en el Decreto 2762 de 1991 debe ser en lo posible un régimen temporal, es decir su vigencia se justificaría sólo mientras se den las circunstancias especiales; se trata pues de una respuesta a un problema concreto, que al desaparecer éste debería igualmente desaparecer.

Tercero, y como consecuencia de lo anterior, los derechos plenos son la regla general y sus limitaciones son la excepción. Ello porque en un Estado social de derecho la vida digna de las personas es el fin último del poder. Tal dignidad, que bebe en las fuentes del humanismo y la democracia, implica entonces que allí donde por circunstancias excepcionales sea necesario limitar los derechos debe hacerse con el mínimo de sacrificio de los mismos. En este marco entonces se inscribe la norma sub júdice, de suerte que su lectura por parte de los operadores jurídicos debe apuntar siempre a minimizar las limitaciones a los derechos que en ella se restringen.

Cuarto, en el Decreto estudiado se establece, como se anotó, un régimen especial, que en algunas de sus disposiciones (art. 3° literal b) consagra facultades discrecionales para la Junta Directiva de la Oficina de Control de Circulación y Residencia del Departamento Archipiélago, las cuales deben ser ejercidas de manera razonable y no arbitraria, como por ejemplo la calificación de la "buena conducta" de las personas y aún la calificación de su "solvencia económica". Estos conceptos son denominados por la doctrina "cláusulas abiertas" o "conceptos jurídicos indeterminados". Respecto de ellos ha sostenido García de Enterría que el margen de apreciación que los conceptos jurídicos indeterminados permiten no implican en ningún caso una discrecionalidad para determinar si ellos objetivamente existen o no. En este sentido el artículo 36 del Código Contencioso Administrativo señala que "en la medida en que el contenido de una decisión... sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa". Es por ello que deben tener mucha prudencia y mesura las autoridades encargadas de calificar los conceptos jurídicos indeterminados contenidos en la norma estudiada, con el fin de evitar la arbitrariedad.

Y quinto, y como consecuencia del punto anterior, las decisiones de las autoridades del Departamento Archipiélago en ejercicio de las facultades conferidas por el Decreto 2762 de 1991 son decisiones administrativas objeto del control tanto administrativo como contencioso. Ello porque en un Estado social de derecho las competencias son regladas y su ejercicio debe someterse al principio de legalidad, que implica no sólo la observancia en la formación y aplicación de los actos sino también su control."

De lo anterior se puede concluir que si bien las limitaciones a los derechos que impone el Decreto 2762 de 1991 corresponden a preservar la cultura de las comunidades nativas del Archipiélago, así como sus recursos naturales, dichas limitaciones no pueden desconocer el núcleo esencial de estos derechos, debiendo las autoridades del departamento hacer, en cada caso concreto, una ponderación entre las normas que establecen dichos límites y los derechos de particulares que éstas podrían vulnerar, para así determinar, la prevalencia del interés general del territorio y de esta manera evitar que se cometan arbitrariedades y se vulneren derechos.

El principal argumento del recurrente, es que no pudo salir de la Isla porque le hurtaron sus documentos de identificación y los trámites en la Registraduría fueron demorados por fallas en el sistema. Sin embargo, luego de superar esa situación, adquirió pasajes en la Aerolínea Avianca la cual se encontraba en paro por lo cual se tornó engorroso su regreso a su lugar de origen ya que no encontró turno para viajar. A su vez, afirma que el viaje lo realizó con fines académicos para llevar a cabo la fase de investigación de su proyecto de grado.

Este despacho analizando el proceso de marras, observa la ausencia de pruebas y argumentos de peso en que se funda el recurso de apelación del señor DIEGO FERNANDO SANDOVAL DIAGO, toda vez que viola el Decreto 2762 de 1991, porque entró al Departamento en calidad de turista el 19 de agosto de 2017, presuntamente por motivos académicos y excedió el término de 20 días acordados en el acta de compromiso sin ser autorizado previamente para ello. Sumado a esto en la base de datos Long Soft y los archivos que reposan en la Oficina de Control de Circulación y Residencia OCCRE, el señor no posee documento OCCRE que identifique su situación de residencia en el Departamento como independiente, convivencia o trabajador foráneo.

Lo anterior se puede constatar en la versión libre que rindió el señor Sandoval Diago en las instalaciones de la OCCRE, quien admitió que; i) firmó el acta de compromiso por un término de 20 días; ii) prolongó su estadía sin autorización alguna; iii) no se encontraba laborando en la isla ya que las actividades desarrolladas dentro de la misma fueron netamente académicas.

Así las cosas, de conformidad con las pruebas y documentos que obran en el expediente administrativo no queda duda que el señor DIEGO FERNANDO SANDOVAL, permaneció en el territorio del Departamento Archipiélago, violando las normas de control poblacional e incurriendo en la causal del literal b del artículo 18 del Decreto Reglamentario para ser declarado en situación irregular.

Al respecto, la Corte Constitucional mediante sentencia C- 530 de 1993, al analizar la Constitucionalidad del mencionado Régimen Especial, también manifestó:

"(...) La cultura de las personas raizales de la Isla es diferente de la cultura del resto de los colombianos, particularmente en materia de lengua, religión y costumbres, que le confieren al raizal una cierta identidad. Tal diversidad es reconocida y protegida por el Estado y tiene la calidad de riqueza de la Nación.

El incremento de la emigración hacia las Islas, tanto por parte de colombianos no residentes como de extranjeros, ha venido atentando contra la identidad cultural de los raizales, en la medida en que por ejemplo en San Andrés ellos no son ya la población mayoritaria, viéndose así comprometida la conservación del patrimonio cultural nativo, que es también patrimonio de toda la Nación.

La limitación a los derechos de circulación y residencia en aras del control de la densidad en las Islas es una finalidad razonable en la medida en que ella es constitucionalmente admisible, como quiera que está explícitamente consagrada en el inciso segundo del artículo 310 de la Carta (...)" Subrayado fuera de texto.

Por otra parte, compete como segunda instancia administrativa manifestar los yerros de forma en la cual incurre la Oficina de Control de Circulación y Residencia OCCRE, al declarar a una persona en situación de irregularidad mediante Auto, ya que el artículo 15 del Decreto 2171 de 2001, deja claramente plasmado que debe ser mediante resolución debidamente motivada, no obstante este despacho no puede deshacer lo actuado porque conforme al cumplimiento del control de legalidad, encontramos todo ajustado a derecho, y de acuerdo al artículo 228 de la Constitución Política, debe prevalecer el derecho sustancial sobre la forma. Sin embargo, después de lo manifestado en el auto N° 500 de 13 de octubre de 2017, emanada del Director de la OCCRE, exigimos rigurosidad para elaboración de un control de legalidad más serio y estricto, disipando así de raíz la arbitrariedad que nace de la omisión consciente de lo dispuesto en el Decreto 2171 de 2001.

Llegado a este punto, y con el objeto de resolver de fondo la cuestión sometida a alzada, encuentra este Despacho que; i) los cargos formulados estuvieron ajustados a derecho y conforme a las pruebas allegadas al expediente; ii) no le asiste razón al recurrente. Así las cosas sin mayores elucubraciones se confirmará íntegramente la decisión adoptada por la Oficina de Control de Circulación y Residencia OCCRE, que declaró en situación irregular al señor DIEGO FERNANDO SANDOVAL DIAGO.

En virtud de lo anterior, se

RESUELVE:

ARTICULO PRIMERO: Confírmese íntegramente el Auto N° 500 de 13 de octubre de 2017, expedido por el Director Administrativo de la Oficina de Control de Circulación y Residencia OCCRE, por medio de la cual se declaró en situación irregular al señor DIEGO FERNANDO SANDOVAL, identificado con cédula de ciudadanía N° 10.742.354 de Santander de Chilichao- Cauca.

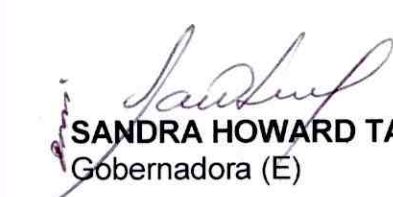
ARTICULO SEGUNDO: Contra la presente resolución no procede ningún recurso, entiéndase que queda agotada la vía administrativa.

ARTICULO TERCERO: Notificar al administrado la decisión adoptada en el presente acto administrativo de conformidad con el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo- Ley 1437 de 2011.

ARTICULO CUARTO: Surtido lo anterior, devuélvase el expediente a la Oficina de Control de Circulación y Residencia OCCRE.

Dado en San Andrés Islas a los 19 JUL 2018

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE


SANDRA HOWARD TAYLOR
Gobernadora (E)

Proyectó: Daniela Rankin G.
Revisó: Jefe Oficina Asesora Jurídica.