TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA
SALA PENAL

Magistrado Ponente:
LEONEL ROGELES MORENO

Pereira, nueve (09) de marzo dos mil diez (2010).
Hora: 02:15 p.m.
Aprobado por Acta No. 125

Radicación	*:6617-03104001201000002*
Accionante	*:Gloria Lucía Olaya Parra*
Accionado	*:Instituto de Seguro Sociales, Sección Pensiones*
Procedencia	*:Juzgado Penal del Circuito de Dosquebradas*
Derechos	*:Debido proceso, mínimo vital, derecho pensional, igualdad, derechos adquiridos y dignidad.*

ASUNTO

Procede el Tribunal a decidir lo pertinente en relación con la impugnación interpuesta contra la sentencia mediante la cual el Juzgado Penal del Circuito de Dosquebradas resolvió desfavorablemente la acción de tutela promovida por la ciudadana Gloria Lucía Olaya Parra en contra del Instituto de los Seguros Sociales seccional Caldas.

ANTECEDENTES

La ciudadana Olaya Parra, a través de apoderada, indica que su compañero Pablo Emilio Jaramillo Gutiérrez falleció el 21 de junio de 2006, habiendo cotizados al I.S.S., para el sistema general de pensiones un total de 264 semanas, por lo que presentó solicitud a dicha institución con fecha 07 de julio de 2006, con el fin de que le fuera reconocida la pensión de sobreviviente.

Informa que el Seguro Social a través de la Resolución Nro 05359 del 29 de

noviembre de 2006, negó la pensión amparándose en la Ley vigente y la jurisprudencia aplicable al caso, para concluir que la única prestación a la que tenía derecho era la indemnización sustitutiva de la pensión de sobreviviente prevista en el artículo 49 de la Ley 100 den concordancia con el 36 de la misma codificación.

Por lo anterior solicita se tutelen los derechos fundamentales invocados como vulnerados y como consecuencia se requiera al I.S.S., para que dentro de un término improrrogable de 48 horas siguiente a la notificación, proceda a emitir el acto administrativo mediante el cual se reconozca dicha prestación social a la señora Gloria Lucía Olaya Parra.

Por parte de la entidad accionada, confirma que efectivamente profirió la Resolución 05359 del 29 de noviembre de 2006, por medio de la cual negó la pensión de sobreviviente requerida, por cuanto el señor Jaramillo Gutiérrez, no dejó acreditados los requisitos para que sus beneficiarios accedieran a la prestación económica de sobrevivientes; no obstante le otorgó la indemnización sustitutiva de la pensión; acto administrativo que fue notificado personalmente al 12 de enero de 2007, sobre el cual no se interpuso recurso alguno.

Considera que la institución no ha vulnerado ningún derecho fundamental, por cuanto la decisión que se tomó, fue basada en la normatividad legal, por ende solicita se deniegue el amparo tutelar.

SENTENCIA DE PRIMER GRADO

El Juez Constitucional negó el amparo de los derechos invocados por la accionante, al considerar que cuenta con otro medio de defensa, y no se presenta el fenómeno de la inmediatez.

IMPUGNACIÓN

En tiempo oportuno, la apoderada de la demandante sustenta su disentimiento en el sentido de indicar que su prohijada cuenta con los requisitos establecidos en la normatividad, que se le debe aplicar lo dispuesto en las sentencias C-556 y T-730 de 2009, solicita entonces, se conceda de manera permanente y definitiva la protección a los derechos fundamentales de petición, debido proceso, igualdad, seguridad social y mínimo vital de Gloria Lucía Olaya, en consecuencia, se revoque el fallo emitido y se ordene al Jefe del Departamento de Pensiones del Seguro Social, Seccional Manizales, que en término no superior a las 48 horas siguiente a la notificación, proceda a emitir el acto administrativo mediante el cual se reconozca la pensión de sobreviviente.

CONSIDERACIONES

1. Competencia:

La Sala se encuentra funcionalmente habilitada para desatar la impugnación interpuesta de conformidad con los artículos 86 de la Constitución Política, 32 del Decreto 2591 de 1991 y 1º del Decreto 1382 de 2000.

2. Problema jurídico planteado:

Le corresponde determinar a esta Corporación, (i) el carácter subsidiario y residual de la acción de tutela frente a la existencia de otros mecanismos de defensa judicial, (ii) si procede la revocatoria de la decisión de primera instancia como lo solicita el apelante, y (iii) si el fallo se encuentra ajustado a derecho y por ende merece la confirmación.

SOLUCIÓN

Conforme con lo preceptuado por el artículo 86 de la Carta Constitucional, toda persona tiene acción de tutela para invocar ante los jueces, en cualquier momento y lugar, bien directamente o a través de representante, la protección inmediata de sus derechos fundamentales, cuando estén siendo vulnerados o amenazados con la acción u omisión de cualquier autoridad pública, o con la conducta de algunos particulares en los casos expresamente previstos en la ley.

La ciudadana Olaya Parra solicita por vía de tutela que el Instituto del Seguro Social, expida acto administrativo mediante el cual se le reconozca la pensión de sobreviviente, por reunir los requisitos establecidos para tal fin.

Se procederá a determinar entonces, si la acción constitucional es el mecanismo judicial idóneo para resolver las controversias relacionadas con el reconocimiento de prestaciones sociales en materia pensional.

En torno a dicho tema, la jurisprudencia constitucional ha sido extensa, habida cuenta que la competencia prevalente para resolver este tipo de conflictos ha sido asignada por el ordenamiento jurídico a la justicia laboral o contencioso administrativa según el caso, lo cual conlleva a que tales autoridades sean las llamadas a garantizar el ejercicio de esos derechos, en caso de que se logre demostrar su amenaza o violación, a través del debate probatorio.

Si bien la tutela fue instituida como un medio preferente y sumario de defensa judicial para la protección de los derechos fundamentales, a la misma se le reconoció un carácter subsidiario y residual, de manera que sólo permite su procedencia cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, o cuando existiendo éste, se promueva como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un *perjuicio irremediable*.

La Corte en diferentes pronunciamientos ha sostenido que, excepcionalmente

es posible el reconocimiento de esta clase de derechos por la vía del amparo constitucional, no sólo cuando se ejerce como mecanismo transitorio, para lo cual se debe demostrar la existencia del perjuicio insuperable, sino también cuando con el medio judicial preferente no se brinde una protección inmediata, circunstancias que debe valorar el juez constitucional.

Lo anterior, encuentra sustento en pronunciamiento del alto Tribunal, donde se destacó:

> "A partir del contenido normativo del artículo 86 de la Carta Política y conforme lo ha reconocido la jurisprudencia constitucional[1], el carácter subsidiario de la acción de tutela implica que, por regla general, ella no procede cuando exista otro medio de defensa judicial, salvo que éste no resulte eficaz para proteger el derecho fundamental involucrado o que se esté frente a la inminente configuración de un perjuicio de carácter irremediable, caso en el cual la tutela procede como mecanismo transitorio, hasta tanto la autoridad correspondiente se pronuncie de fondo sobre la materia objeto de litigio. De esta forma, por regla general, la acción de tutela procede para la protección de derechos fundamentales mientras no exista otro mecanismo de defensa judicial y siempre que la carencia de algún medio de amparo no obedezca a la propia incuria del interesado."[2]

Así mismo, concluyó que el mecanismo constitucional es procedente para proteger los derechos fundamentales, y en particular los derivados del reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, en los siguientes casos:

> "(i) Cuando no existe otro medio de defensa judicial, o cuando existiendo, el mismo no resulta idóneo para resolver el caso concreto, eventos en los que la tutela procede como mecanismo principal de defensa ante la imposibilidad material de solicitar una protección real y cierta por otra vía; (ii) cuando ésta se promueve como mecanismo transitorio, debiendo acreditar el demandante que el amparo constitucional es necesario para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, en cuyo caso la orden de protección tendrá efectos temporales, sólo hasta el momento en que la autoridad judicial competente decida en forma definitiva el conflicto planteado; y, (iii) que no exista controversia jurídica en relación con la aplicación de la normatividad correspondiente y los requisitos legales para acceder al derecho."[3]

---

1 Ver entre muchas otras, las sentencias T-711 de 2004, M.P. Jaime Córdoba Triviño; T-651 de 2004, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-625 de 2004, M.P. Alfredo Beltrán Sierra; T-556 de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil y T-406 de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

2 Ver sentencias T-594 de 2007, T-1088 de 2007, entre otras.

3 T-878 de 2006 MP. Clara Inés Vargas Hernández.

En ese entendido, sólo si los medios ordinarios de defensa judicial con los que cuenta el accionante no resultan eficaces para la protección de los derechos que considera amenazados, de forma excepcional la acción de tutela se impone como el instrumento para salvaguardarlos.

De presentarse tal evento, como lo ha expresado la Corte, se exige del juez un análisis de la situación particular del actor, con el fin de determinar si el medio de defensa judicial ordinario es lo suficientemente expedito para proteger sus derechos fundamentales y si se está frente a la ocurrencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual el conflicto planteado trasciende el nivel puramente legal para convertirse en un problema de carácter constitucional[4].

En sentencia T-080 de 2009 M.P. Clara Elena Reales Gutiérrez, ratificó los criterios que para el alto tribunal deben marcar la existencia del perjuicio irremediable, cuales son:

> ***la inminencia**, que exige medidas inmediatas, **la urgencia** que tiene el sujeto de derecho por salir de ese perjuicio inminente, y **la gravedad de los hechos**, que hace evidente **la impostergabilidad** de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales. La concurrencia de los elementos mencionados pone de relieve la necesidad de considerar la situación fáctica que legitima la acción de tutela, como mecanismo transitorio y como medida precautelativa para garantizar la protección de los derechos fundamentales que se lesionan o que se encuentran amenazados."*

La jurisprudencia ha sido reiterativa, al señalar que el juicio de exigencia frente a los requisitos aludidos adquiere una menor intensidad en relación con los sujetos de especial protección constitucional, dada su debilidad o marginalidad en materia económica, física o mental, como ocurre por ejemplo con personas de la tercera edad, menores, madres cabeza de familia, mujeres embarazadas, personas en extrema pobreza, desplazados, etc.***[5]***

---

[4] Sentencia T-489 de 1999. M P: Martha Victoria Sáchica de Moncaleano. Sobre el particular, véase también la sentencia T-326 de 2007, M.P.: Rodrigo Escobar Gil.

[5] Cfr. Sentencias T-083 de 2004, T-556 de 2004, T-691 de 2005, T-996ª de 2005, T-668 de 2007, entre otras.

Si bien este mecanismo excepcional tiene la connotación de ser un trámite informal, quien acude a él, dejando de un lado el trámite ordinario, debe presentar y sustentar las razones por las que considera que se le está ocasionando un perjuicio irremediable, ya que la sola afirmación no es suficiente para justificar su procedencia, tal como reiteradamente lo ha sentenciado la jurisprudencia, obsérvese:

> "*En concurrencia con los elementos configurativos que llevan a determinar que se está en presencia de un perjuicio irremediable, este Tribunal ha sostenido que, para que proceda la tutela como mecanismo de defensa transitorio, se requiere también verificar que dicho perjuicio se encuentre probado en el proceso. Sobre este particular, ha expresado la Corte que el juez constitucional no está habilitado para conceder el amparo transitorio, que por expresa disposición constitucional se condiciona a la existencia de un perjuicio irremediable, si el perjuicio alegado no aparece acreditado en el expediente, toda vez que el juez de tutela no está en capacidad de estructurar, concebir, imaginar o proyectar, por sí mismo, el contexto fáctico en el que ha tenido ocurrencia el presunto daño irreparable*[6]*.*

De lo anterior se desprende con meridiana claridad que la acción tutelar, en cuanto mecanismo transitorio, sólo procede si del material probatorio se vislumbra la existencia de un perjuicio irremediable, de lo contrario se deberá acudir a la acción judicial ordinaria.

En el sub-examine, tenemos que la señora Gloria Lucía solicita que por parte del Instituto de los Seguros Sociales Seccional Caldas, se le reconozca la pensión de sobreviviente a la que tiene derecho, mas dicha solicitud prestacional le fue resuelta desfavorablemente a través de la Resolución 005359 del 29 de noviembre de 2006 y en su contra no interpuso los recursos a los que tenía derecho.

Igualmente, en el material probatorio se echa de menos el que la accionante estuviera ante la inminencia de un perjuicio irremediable que vulnere sus derechos, caso en el cual eventualmente procedería la acción impetrada como mecanismo transitorio, ya que es obligación de quien acude al ejercicio

[6] Sobre el tema se pueden consultar, entre otras, las Sentencias SU-995 de 1999 (M.P. Carlos Gaviria Díaz), T-1155 de 2000 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), T-290 de 2005 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra) y T-436 de 2007 (M.P. Rodrigo Escobar Gil).

de la acción constitucional, aportar un mínimo de evidencia fáctica en que se fundamente su pretensión, porque es él quien conoce de manera exacta cómo se han presentado los hechos y las consecuencias que de éstos se han derivado, que conlleven a pensar que la protección del derecho se hace necesaria.

Mírese que en el caso concreto la tutelante, acudió a esta excepcional vía, pasados tres (3) años de proferida la decisión del I.S.S., y en el expediente se desconoce por completo cómo es su medio de vida, cómo ha sobrevivido durante todo ese tiempo en el cual no ha gozado de la pensión, qué perjuicio se le ha ocasionado o si adelantó trámites ante la jurisdicción ordinaria.

El sólo hecho de ser considerada una persona de la tercera edad[7], no es razón suficiente para acceder a la concesión de los derechos que considera vulnerados, máxime cuando para el reconocimiento de prestaciones sociales, como lo es la pensión de sobreviviente, cuenta con otro medio de defensa judicial, cual es el de acudir a la jurisdicción ordinaria –laboral- para que se de el debate probatorio en relación con las pretensiones en que estriba su petición, sin necesidad de hacerlo ante la jurisdicción constitucional.

Tampoco se advera qué circunstancia motivó la tardanza de la accionante en la interposición de la acción tutela, pues obsérvese que de tiempo atrás el I.S.S., le resolvió desfavorablemente su pretensión pensional y ahora acude en procura de que se le proteja a través de la jurisdicción constitucional, de manera que en este evento no se cumple el requisito de la inmediatez, al que tantas veces se ha referido el Tribunal de Cierre, así:

> "De acuerdo con diversos desarrollos jurisprudenciales, el requisito de la inmediatez para la interposición de la acción de tutela exige que la acción sea presentada de manera oportuna, esto es, en un término razonable después de la ocurrencia de los hechos que motivan la

[7] Ver folio 6, de donde se desprende que cuenta en la actualidad con 71 años y no con 60 como erradamente lo indicó el a quo.

> afectación o amenaza de los derechos.[8] Esa relación de inmediatez entre la solicitud de amparo y el hecho vulnerador de los derechos fundamentales, debe evaluarse, ha dicho la Corte, en cada caso concreto, atendiendo a los principios de razonabilidad y proporcionalidad.[9]
>
> Esta Corporación ha puesto de presente que esta condición está contemplada en el artículo 86 de la Carta Política como una de las características de la tutela, cuyo objeto es precisamente la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales de toda persona, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos que establezca la ley, y que con tal exigencia "… se pretende evitar que este mecanismo de defensa judicial se emplee como herramienta que premia la desidia, negligencia o indiferencia de los actores, o se convierta en un factor de inseguridad jurídica."-10
>
> (...)
>
> De este modo, inicialmente, la Corte hizo énfasis en que, por un lado, la oportunidad en la interposición de la acción, estaba estrechamente vinculada con el objetivo que la Constitución le atribuye, de brindar una protección inmediata, de manera que, cuando ello ya no sea posible por inactividad injustificada del interesado, se cierra la vía excepcional del amparo constitucional y es preciso acudir a las instancias ordinarias para dirimir un asunto que, debido a esa inactividad, se ve desprovisto de la urgencia implícita en el trámite breve y sumario de la tutela..."[11]

Corolario de lo anterior y como quiera que al no haber sido presentada la demanda dentro de un término razonable, no haberse acreditado la inminencia de un perjuicio irremediable que soporte el amparo de los derechos invocados por la ciudadana Olaya Parra, así sea de manera transitoria, además de contar con otro medio de defensa judicial, no le queda otra alternativa a esta Colegiatura que acompañar la decisión impugnada.

[8] Sentencia T-495 de 2005 (M.P.: Rodrigo Escobar Gil). En el mismo sentido, véase las sentencias T-575 de 2002 (M.P.: Rodrigo Escobar Gil), T-900 de 2004 (M.P.: Jaime Córdoba Triviño), y T-403 de 2005 (M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa). Particularmente, en ésta última se hace una reseña jurisprudencial sobre este tema.

[9] Sentencia T-606 de 2004. M.P.: Rodrigo Uprimny Yepes.

[10] Sentencia T-132 de 2004, M.P. Jaime Córdoba Triviño

[11] Ver entre otras, la Sentencia T-055 de 2008. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

DECISIÓN

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero: Confirmar el fallo de tutela proferido por el Juzgado Penal del Circuito de Dosquebradas, en cuanto fue materia de impugnación.

Segundo: Notificar esta providencia a las partes por el medio más expedito posible, de conformidad con el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991 y **Remitir** la actuación a la Honorable Corte Constitucional, para su eventual revisión.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase

LEONEL ROGELES MORENO
Magistrado

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE
Magistrado

JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ
Magistrado

WILSON FREDY LÓPEZ
Secretario