REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

SALA DE DECISIÓN PENAL

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA

Magistrado Ponente

MANUEL YARZAGARAY BANDERA

SENTENCIA DE TUTELA SEGUNDA INSTANCIA

Pereira, veintidós (22) de septiembre de dos mil quince (2015)

Hora: 10:20 a.m.

Aprobado por Acta No. 593

Radicación:	660013107001 2015 00159 01
Procedente:	JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO DE PEREIRA
Accionante:	SONIA LÓPEZ FLÓREZ
Accionado:	COLPENSIONES

ASUNTO

Se pronuncia la Sala en torno a la impugnación propuesta por el señor Luis Fernando Álvarez Monsalve quien actúa en calidad de agente oficioso de su esposa la señora **SONIA LÓPEZ FLÓREZ** contra el fallo proferido el 3 de agosto de 2015 por el Juzgado Penal del Circuito Especializado local, mediante el cual decidió negar el amparo deprecado.

ANTECEDENTES

Relata el libelista que su esposa en la actualidad cuenta con 59 años de edad, y desde el 24 de junio de 2008 fue diagnosticada con esquizofrenia residual, siendo calificada con una pérdida de

capacidad laboral del 52.85%; con ese dictamen se realizó la solicitud de pensión de invalidez que fue negada por el hoy liquidado ISS mediante resolución No. 000530 del 28 de enero de 2009, decisión que posteriormente fuera confirmada. El fundamento para esa negativa, se debió a que según la entidad, ella no contaba con cotizaciones en los últimos tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez.

Afirma el accionante que su esposa durante toda su vida laboral sólo cotizó al régimen de prima media con prestación definida, y su último empleador fue el desaparecido ISS, entidad para la cual trabajo la última vez por espacio de dos años desde agosto de 2006 hasta agosto de 2008, pero por alguna razón los pagos realizados entre esas fechas no se hicieron de manera correcta, pero el fondo pensional aceptó los pagos allanándose a la mora, pero a la fecha, a pesar del tiempo transcurrido, no ha sido posible que Colpensiones valide los mismos y actualice su historia laboral, toda vez que todavía indica que se encuentra en proceso de verificación de la información a pesar del tiempo transcurrido.

Afirma el señor Luis Fernando, que dada la situación de su esposa y que él también es un adulto mayor sin empleo alguno, debieron afiliarse al sistema subsidiado en salud, pero como los medicamentos que su esposa necesita para el tratamiento de su patología se encuentran por fuera del pos es difícil que le hagan entrega de los mismos, situación que ha deteriorado cada día más su estado de salud y su calidad de vida.

Con todo lo anterior, considera el agente oficioso de la señora López que la entidad accionada está vulnerando sus derechos fundamentales a la vida digna, mínimo vital, debido proceso, entre otros. Por ello solicita que sean protegidos los mismos, y en atención a ello, se le ordene a Colpensiones reconocer y responder dentro de los términos constitucionales el reconocimiento pensional.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Penal del Circuito Especializado de esta ciudad avocó el conocimiento de la actuación el 21 de julio de 2015, admitió la petición de amparo interpuesta, ordenó la notificación a la parte accionada en la forma indicada en la ley y al efectuar el estudio de la situación fáctica planteada, decidió negar el amparo solicitado por considerar que en el presente caso la acción no resulta procedente por falta de inmediatez, pues desde el momento en que los actos administrativos que negaron la petición de pensión quedaron en firme no se avizora que la parte accionante haya realizado algún tipo de actuación tendiente a resolver la situación que considera vulnera sus derechos, circunstancia que conspira en su contra puesto que da a entender que la inmediatez en el presente asunto no se cumple y por ende no se avizora la ocurrencia de un perjuicio irremediable; adicionalmente, tampoco se satisface el requisito de la subsidiariedad de la acción constitucional, por cuanto la señora Sonia puede acudir a la justicia ordinaria para solicitar el reconocimiento de la pensión que hoy reclama. Por otra parte, el derecho de petición no se ve afectado ya que no se observa dentro del escrito de tutela, que hayan presentado una nueva solicitud bien sea de reconocimiento pensional o de corrección de la historia laboral que obligue a la entidad a pronunciarse respecto de algo.

FUNDAMENTO DE LA IMPUGNACIÓN

Una vez conoció la decisión adoptada por la primera instancia, el agente oficioso de la señora López procedió a impugnarla argumentando para ello que el tiempo transcurrido sin realizar ningún tipo de actuación se debió a su desconocimiento en materias legales, indica que su reclamación se funda en términos de derecho y no de plazo, además porque es una reclamación pensional y no laboral como lo indica el Juez A-quo al decir que pueden acudir a esa jurisdicción.

Por otra parte, considera que el no tener en cuenta la situación de su representada se convierte en un desconocimiento del contenido total del artículo 86 constitucional, pues es evidente el perjuicio irremediable que se le está causando a la señora López por el no reconocimiento pensional, circunstancia que se ve reflejada en que no cuenta con un ingreso económico que le permita proveerse lo necesario para subsistir, además de que por su condición médica debe ser tratada con medicamentos que se encuentran por fuera del pos; situaciones que a su juicio, deben tenerse en cuenta para considerar viable la protección constitucional de manera transitoria.

En cuanto al debido proceso, dice no comprender como para el Juez de primer nivel no existe vulneración del mismo, a sabiendas de que la entidad accionada recibió los pagos atrasados con el allanamiento en mora, pero a la fecha, después de tantos años, aún no ingresa los mismos a la historia laboral de la trabajadora.

Finalmente dice el impugante que el Juez A-quo desconoció en su fallo los precedentes constitucionales por él citados en su libelo petitorio, los cuales permiten ver que la protección reclamada sí es procedente y que se debe

Con base en todo lo anterior, solicita se le revoque el fallo de instancia y en consecuencia se tutelen los derechos invocados, efectuando un cotejo entre la prevalencia de un derecho fundamental sobre un principio procesal.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Colegiatura 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 1 del Decreto 1382 de 2000.

Le corresponde determinar a esta Corporación, si la entidad accionada ha vulnerado en forma alguna los derechos fundamentales señalados por el agente oficioso de la actora, de manera que deba revocarse o modificarse el fallo de instancia o si por el contrario, se encuentra ajustado a derecho y por ello merece la ratificación.

De acuerdo con la Carta Política, Colombia es un Estado social y democrático de derecho, lo que se traduce en la concepción humanista del Estado que procura la promoción y mantenimiento de unas condiciones mínimas de existencia de los asociados, acordes con la dignidad de la persona, por ello, el reconocimiento de la primacía de los derechos y las garantías inalienables del ser humano y el establecimiento de mecanismos efectivos para la protección y aplicación de los mismos.

La tutela es un instrumento confiado por la Carta Política en su artículo 86 a los Jueces cuya justificación se contrae a brindar a quien la reclama la posibilidad de acudir, sin mayores requerimientos, a la protección directa e inmediata de los derechos fundamentales que estima han sido transgredidos por la acción u omisión de una autoridad pública o de los particulares, de manera excepcional, lográndose así que se cumpla uno de los fines del Estado, cual es garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución Política colombiana.

El asunto que ocupa la atención de esta Corporación, se concentra en el cuestionamiento que se hace al fallo de primer nivel que negó el amparo a los derechos denunciados, al precisar que en el caso de la accionante, ella cuenta con otro mecanismo judicial para reclamar sus derechos, además de que en el asunto bajo estudio existe una latente falta de inmediatez.

Sobre la procedibilidad de la tutela:

El artículo 86 constitucional indica que la acción de tutela solo procederá cuando *"el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.".* En consonancia con ello el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991 indica que son causales de improcedencia de la acción de tutela, las siguientes:

> *"ARTICULO 6o. CAUSALES DE IMPROCEDENCIA DE LA TUTELA. La acción de tutela no procederá:*
>
> *1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante.*
>
> *2. Cuando para proteger el derecho se pueda invocar el recurso de habeas corpus.*
>
> *3. Cuando se pretenda proteger derechos colectivos, tales como la paz y los demás mencionados en el artículo 88 de la Constitución Política. Lo anterior no obsta, para que el titular solicite la tutela de sus derechos amenazados o violados en situaciones que comprometan intereses o derechos colectivos siempre que se trate de impedir un perjuicio irremediable.*
>
> *4. Cuando sea evidente que la violación del derecho originó un daño consumado, salvo cuando continúe la acción u omisión violatoria del derecho.*
>
> *5. Cuando se trate de actos de carácter general, impersonal y abstracto."*

Así las cosas, se puede apreciar que una de las causales de improcedencia es la verificación de que al accionante le asiste otro medio de defensa judicial, pues ello materializa el carácter subsidiario y residual de esta acción, ya que no en todos los casos es el Juez de tutela el llamado a proteger o pronunciarse sobre la presunta vulneración de unos derechos fundamentales, toda vez que el legislador estableció que este tipo de asuntos pueden y deben ser ventilados ante la justicia ordinaria donde por especialidades están en la capacidad de resolver con más precisión

el conflicto propuesto, especialmente en aquellos casos donde se requiere de un análisis probatorio concienzudo para determinar cuál es la norma a aplicar o inaplicar en cada caso concreto; por tanto a la tutela se debe acudir como último recurso o como el primero pero de manera transitoria y cuando a simple vista se puede establecer que de no darse la protección de los derechos de manera inmediata, quien la invoca se vería frente a un perjuicio irremediable.

Frente al tema ha dicho la Corte Constitucional:

> *"Entendida de otra manera, la acción de tutela se convertiría en un escenario de debate y decisión de litigios, y no de protección de los derechos fundamentales. Al respecto, en la sentencia T-406 de 2005, la Corte indicó:*
>
> *"Según esta exigencia, entonces, si existen otros medios de defensa judicial, se debe recurrir a ellos pues de lo contrario la acción de tutela dejaría de ser un mecanismo de defensa de los derechos fundamentales y se convertiría en un recurso expedito para vaciar la competencia ordinaria de los jueces y tribunales. De igual manera, de perderse de vista el carácter subsidiario de la tutela, el juez constitucional, en este ámbito, no circunscribiría su obrar a la protección de los derechos fundamentales sino que se convertiría en una instancia de decisión de conflictos legales. Nótese cómo de desconocerse el carácter subsidiario de la acción de tutela se distorsionaría la índole que le asignó el constituyente y se deslegitimaría la función del juez de amparo."*
>
> *Puntualizando, se puede indicar que, de acuerdo con el principio de subsidiariedad de la acción de tutela, ésta resulta improcedente cuando es utilizada como mecanismo alternativo de los medios judiciales ordinarios de defensa previstos por la ley. Sin embargo, en los casos en que existan medios judiciales de protección ordinarios al alcance del actor, la acción de tutela será procedente si el juez constitucional logra determinar que:* ***(i)*** *los mecanismos y recursos ordinarios de defensa no son suficientemente idóneos y eficaces para garantizar la protección de los derechos presuntamente vulnerados o amenazados;* ***(ii)*** *se requiere el amparo constitucional como mecanismo transitorio, pues, de lo contrario, el actor se vería frente a la ocurrencia inminente de un perjuicio irremediable frente a sus derechos fundamentales; y,* ***(iii)*** *el titular de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados es sujeto de especial protección constitucional.*

> *La jurisprudencia constitucional, al respecto, ha indicado que el perjuicio ha de ser inminente, esto es, que amenaza o está por suceder prontamente; las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser urgentes; no basta cualquier perjuicio, se requiere que este sea grave, lo que equivale a una gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona; la urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad."*[1]

Sobre la inmediatez:

El Decreto 2591 de 1991 señala que el mecanismo constitucional puede ser interpuesto en cualquier tiempo, especialmente si se pretende dar protección inmediata ante la vulneración o amenaza de los derechos.

Sin embargo, la jurisprudencia ha precisado que cuando el mecanismo constitucional no se presenta de manera concomitante con la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales debe ser interpuesta en un tiempo razonable, contado desde que acaecieron los hechos causantes de la trasgresión o desde que la persona sienta amenazados sus derechos. Sobre este asunto ha definido la Corte Constitucional que "la inexistencia de un término de caducidad no puede significar que la acción de tutela no deba interponerse dentro de un plazo razonable. La razonabilidad de este plazo está determinada por la finalidad misma de la tutela, que debe ser ponderada en cada caso concreto. De acuerdo con los hechos, entonces, el juez está encargado de establecer si la tutela se interpuso dentro de un tiempo prudencial y adecuado".

De acuerdo a lo anterior, es concluyente que el requisito de la inmediatez se torna esencial para interponer la acción, es decir, que sin éste el mecanismo constitucional no está llamado a prosperar, salvo eventos en los que este requisito no puede ser aplicado en forma tan rigurosa, encontrándose una justificación válida de la

[1] Corte Constitucional, sentencia T-177 de 2011, M.P. Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

tardanza como es, la ocurrencia de un hecho nuevo, ante ello puede ser viable el estudio de fondo del derecho solicitado en protección.

Al respecto debe citarse lo expuesto en la doctrina de la Corte Constitucional así:

> *" Cuando el enunciado de la norma jurídica consagra situaciones genéricas y comprende un conjunto indefinido de sujetos, a ella sometidos, por un precepto de mandato o prohibición, que son determinables mediante la aplicación de predicados que la misma fórmula en términos de características abstractas , se dice que se trata de un acto regla o general. Por su propia naturaleza, el acto de este linaje, no crea situaciones jurídicas subjetivas y concretas y por lo mismo, tampoco puede lesionar por si sola derechos de ésta índole que lo que la Constitución y la ley requieren para que la acción de tutela sea viable…"* [2]

En la sentencia T- 730 de 2003 puntualizó:

> *"…el constituyente asume que la acción de tutela configura un mecanismo urgente de protección y lo regula como tal. De allí que choque con esa índole establecida por el constituyente, el proceder de quien sólo acude a la acción de tutela varios meses, y aún años, después de acaecida la conducta a la que imputa la vulneración de sus derechos. Quien así procede, no puede pretender ampararse en un instrumento normativo de trámite sumario y hacerlo con miras a la protección inmediata de una injerencia a sus derechos fundamentales que data de varios años".*

Deberes probatorios y carga de la prueba en sede de tutela:

El Decreto 2591 de 1991, nada indica específicamente en cuanto a la formalidad probatoria en la acción de tutela, sin embargo en varios de sus apartes sí indica la necesidad de que se aporten para llevar al Juez al convencimiento de la realidad procesal, por ello es que tanto el accionante como el accionado están en el deber de allegar al proceso todo aquello que consideren pertinente y conducente para demostrar sus dichos, es por ello que el mencionado decreto establece que si la autoridad o persona contra quien se dirige la

[2] Corte Constitucional. Sentencia T- 225 a T-400 junio 17 de 1992

tutela no presenta las pruebas que se le solicitan, ni controvierte las allegadas por la contraparte, el Juez tendrá por cierto lo dicho por el actor y como únicas pruebas las aportadas por este, y con base en ellas emitirá su decisión.

En cuanto al tema dijo la Corte Constitucional:

> *"2.2 La carga de la prueba en materia de tutela. Reiteración de jurisprudencia.*
>
> *El artículo 3º del Decreto 2591 de 1991 establece como uno de los principios rectores de la acción de tutela "(…) la prevalencia del derecho sustancial (…)". Por este motivo, una de las características de esta acción es su informalidad.*
>
> *Así, en materia probatoria, es posible demostrar los hechos aludidos por ambas partes mediante cualquier medio que logre convencer a la autoridad judicial, ya que no existe tarifa legal. Esta informalidad probatoria llega hasta el punto de que la autoridad judicial, al momento de analizar los medios probatorios aportados al proceso, pueda - cuando llegue al convencimiento de la verdad procesal - dejar de practicar algunas de las pruebas solicitadas, tal como se dispone en el artículo 22 del Decreto 2591 de 1991.*
>
> *De esta forma, la libertad probatoria en sede de tutela es amplia, pero esto no significa que no exista una carga mínima de la prueba en cabeza de quien alega la vulneración de algún derecho fundamental, ya que las reglas probatorias generales aplican también para la acción de tutela. Es decir, si bien es cierto que basta al juez tener la convicción de la vulneración del derecho constitucional fundamental para ampararlo, también lo es que debe acreditarse en el expediente la transgresión, para que dicha protección constitucional se pueda obtener. Para ello el juez dispone, además, de amplios poderes oficiosos, los cuales a su turno también se encuentran limitados por la idoneidad en su utilización.* ***Así, en principio, quien alude un hecho tiene el deber de aportar los medios para convencer a la autoridad judicial de que en efecto ha sucedido o de aportar los elementos necesarios que sugieran razonablemente al juez la utilización idónea de sus poderes oficiosos en la prueba****."*[3] *(Negrillas de la Sala)*

En conclusión, aunque en materia de tutela la carga de la prueba no sea tan rigurosa como en otras materias, ello no implica que el Juez

[3] Corte Constitucional Sentencia T-187 de 2009, M.P. Dr. Juan Carlos Henao Pérez

pueda entrar a tutelar derechos sin que la afectación se demuestre mínimamente.

El caso concreto:

Considera el impugnante que a pesar del tiempo transcurrido entre el momento de la negación de la pensión y la interposición de la tutela, en este asunto sí procede la protección constitucional, por cuanto con lo obrante en el expediente es viable colegir la situación de urgencia por la cual está atravesando la señora Sonia, tanto por sus condiciones de salud como por su contexto socioeconómico, lo cual la hace encontrarse en una circunstancias de debilidad manifiesta.

Partiendo de las anteriores premisas, y una vez revisado el expediente y lo allí consignado, encuentra la Sala que si bien efectivamente se demuestra que la señora López Flórez padece de esquizofrenia paranoide y debe tomar un medicamento no Pos (fls. 16 a 18), ello no demuestra en momento alguno la gravedad de su patología y mucho menos que el medicamento que requiere para el control de la misma no le esté siendo suministrado por la EPSS a la cual se encuentra afiliada; tampoco hay documento alguno que dé cuenta de sus condiciones de vida, y muchos menos de las acciones realizadas con posterioridad a la negativa por parte del ISS del reconocimiento pensional, para lograr la inclusión en la historia laboral de las semanas cotizadas por el último empleador de manera tardía, es más, es notorio que desde entonces tampoco se ha hecho ningún nuevo intento para lograr el reconocimiento pensional.

En ese orden de cosas, no hay nada que lleve al juez constitucional a una certeza de que es necesaria la protección, aunque sea de manera transitoria, como lo reclama el impugnante, de los derechos de la señora Sonia, bien sea porque ella se encuentra frente a un perjuicio irremediable porque su vida o su integridad física estén amenazadas por las decisiones adoptadas por el ISS en su momento y por las

omisiones en la actualidad de Colpensiones; aunado a todo ello, como ya se indicó, no hay nada que indique que sus patologías sean de tal gravedad, que someterla a pasar por un proceso laboral, que además con la entrada en vigencia de la oralidad ya no es tan dilatada su decisión, la perjudique al punto de que cuando salga la decisión no pueda ya disfrutar de la pensión que hoy reclama. Adicionalmente, no se puede perder de vista que la atención en salud la tiene asegurada en el régimen subsidiado, por ende, no hay duda de que cualquier contingencia en ese sentido le será atendida oportunamente, como ha sido hasta el momento.

Por todo lo dicho, es evidente que la decisión de este Juez Colegiado es confirmar la providencia adoptada por el Juez de primer grado en cuanto a negar la protección de los derechos fundamentales invocados por el libelista en nombre y representación de la señora Sonia López Flórez, de acuerdo a lo dicho en precedencia; sin embargo, se quiere instar a la parte accionante, para que realice la solicitud de actualización o corrección de historia laboral para con base en ello solicitar nuevamente la pensión reclamada.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR en su totalidad el fallo de tutela proferido el 3 de agosto de 2015 por el Juzgado Penal del Circuito Especializado local, por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: INSTAR a la señora Sonia López Flórez y a su agente oficioso para que realicen ante Colpensiones solicitud de actualización

o corrección de historia laboral para con base en ello solicitar nuevamente la pensión reclamada.

TERCERO: NOTIFICAR esta providencia a las partes por el medio más expedito posible y remitir la actuación a la Honorable Corte Constitucional, para su eventual revisión.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

MANUEL YARZAGARAY BANDERA
Magistrado

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE
Magistrado

JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ
Magistrado

MARÍA ELENA RÍOS VÁSQUEZ
Secretaria