El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso.

El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la Secretaría de esta Sala.

Providencia: Sentencia – 2ª instancia – 23 de octubre de 2017

Proceso:     Acción de Tutela – Confirma improcedencia

Radicación Nro. : 660013109003-2017-00078-01

Accionante: LUIS ANÍBAL MORENO CASTAÑO

Accionado: COLPENSIONES

Magistrado Ponente:  MANUEL YARZAGARAY BANDERA

**Temas: RECONOCIMIENTO PENSIONAL / CARÁCTER RESIDUAL DE LA ACCIÓN DE TUTELA / EXISTE OTRO MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL / IMPROCEDENCIA.** [P]ara el subexamine se incumple con el de la subsidiariedad, toda vez que como se dijo en párrafos anteriores, la acción de tutela no es la vía para que las personas obtengan el reconocimiento y pago de derechos prestacionales, ni acudir a ésta suplantando o evadiendo los medios judiciales existentes y ordinarios establecidos por el legislador, máxime cuando en el presente caso no existe prueba de esa urgencia y necesidad de que el juez constitucional se inmiscuya en asuntos que deben ser debatidos ante la justicia ordinaria dada la complejidad de los mismos. En el presente caso es claro que el libelista accionó primeramente en sede constitucional antes que recurrir a las vías ordinarias, sin embargo, no se evidencia una situación de riesgo que demuestre la afectación al mínimo vital de su prohijado, por lo que no encuentra la Colegiatura razón para que omita acudir ante el juez natural. De acuerdo a lo dicho en precedencia, la decisión evaluada se habrá de confirmar en su totalidad.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

****

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

**M.P. MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

**SENTENCIA DE TUTELA SEGUNDA INSTANCIA**

Aprobado por Acta No. 1126 del 23 de octubre de 2017. H: 3:10 p.m.

|  |  |
| --- | --- |
| **Radicación:** | 660013109003-2017-00078-01 |
| **Accionante:** | Luis Aníbal Moreno Castaño |
| **Accionado:** | Colpensiones |
| **Procedencia:** | Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pereira |
| **Decisión:** | Confirma |

**ASUNTO:**

Se pronuncia la Sala en torno a la impugnación interpuesta por el señor **LUIS ANÍBAL MORENO CASTAÑO**, accionante dentro del presente asunto, en contra del fallo proferido por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pereira el 10 de agosto de 2017, mediante el cual se declaró improcedente la acción de tutela propuesta por el recurrente en contra de **COLPENSIONES.**

**ANTECEDENTES:**

Manifestó el accionante que en repetidas oportunidades le ha solicitado a Colpensiones el reconocimiento de una pensión de jubilación, las cuales han sido resueltas de forma negativa.

Refiere que en algunos actos administrativos se le ha negado el derecho a una pensión de vejez, cuando en realidad lo que busca es una pensión por jubilación, de acuerdo a la Ley 100 de 1993 en su escrito original.

Manifestó además que cumple con todos los requerimientos de la norma en cita, toda vez que antes del 1º de abril de 1994 cumplió 41 años de edad, además cumplió con el tiempo de trabajo que allí se exige.

**PRETENSIONES:**

Si bien el actor no es muy claro en su petición, la Sala infiere que lo que pretende obtener por medio de esta acción es el reconocimiento de una pensión de jubilación.

**TRÁMITE Y SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:**

El Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pereira avocó el conocimiento de la actuación el día 28 de julio de 2017, y ordenó correr traslado del escrito de tutela y sus anexos a Colpensiones para que ejerciera su derecho de defensa.

Posteriormente, al efectuar el estudio de la situación fáctica planteada, resolvió mediante sentencia del 10 de agosto de 2017 declarar improcedente la solicitud de amparo invocada, al considerar que no se cumple con el requisito de subsidiariedad, puesto que la acción de tutela no está destinada a dirimir asuntos de contenido económico, además no se han agotado los mecanismos correspondientes ante la jurisdicción ordinaria, sin que se hubiera demostrado la existencia de alguna circunstancia que le impida hacerlo, sumado a lo cual, no se evidenció ningún perjuicio irremediable.

**IMPUGNACIÓN:**

Una vez notificado de la decisión de instancia, el señor Luis Aníbal Moreno Castaño presentó un memorial mediante el cual la impugnó, señaló que con el reconocimiento de la pensión de jubilación, puede subsistir junto a su familia.

Además, refirió que la pensión de jubilación existe en el ordenamiento conforme a lo establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que se aplica para todos los servidores públicos que hubieran prestado 15 años de servicios prestados o de semanas cotizadas, y en su caso concreto, el prestó su servicio durante 20 años en la Defensa Civil Colombiana, sin que en ese interregno se hubiera cotizado para pensión, ni salud, no obstante, cumple con los requisitos para el reconocimiento de la aludida prestación.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

1. **Competencia:**

Esta Sala de decisión 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.

1. **Problema jurídico:**

En el presente asunto le corresponde a la Sala determinar si como afirma el accionante, Colpensiones ha desconocido sus derechos fundamentales, de manera que deba revocarse la decisión de primer grado, o si contrariamente dicha sentencia resulta acertada conforme a las pruebas arrimadas al expediente.

1. **Solución:**

Conforme con lo previsto por el artículo 86 de la Carta Constitucional, toda persona tiene derecho a recurrir a la acción de tutela para invocar ante los jueces en cualquier momento y lugar, 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 autoridad pública, o con la conducta de algunos particulares en los casos expresamente previstos en la ley.

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 como integrante de la sociedad, por ello, el reconocimiento de la primacía de las garantías inalienables del ser humano y el establecimiento de mecanismos prácticos y seguros para su protección.

Previo a abordar los argumentos propuestos por el recurrente en su escrito de impugnación, deberá examinar esta Corporación si en el presente asunto se cumple con las reglas de procedencia de la acción de tutela, lo cual se constituye en un requisito *sine qua non,* para dar paso al estudio de fondo que se pretende; tales exigencias se circunscriben en dos a saber: subsidiariedad e inmediatez.

El presupuesto de la ***subsidiariedad*** tiene su base en el mismo artículo 86 Superior, que contempla primigeniamente el derecho a acudir a la acción de tutela como mecanismo para obtener la protección de los derechos fundamentales de las personas, en aquellos eventos en que los mismos son quebrantados o amenazados por las autoridades, sin embargo, señala de forma expresa que sólo 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 numeral 1º del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991 indica que la acción de tutela no procederá: “*Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.”*

Quiere decir lo anterior que no en todos los casos es el Juez de tutela el llamado a pronunciarse sobre la presunta vulneración de derechos fundamentales, toda vez que de acuerdo a la jurisprudencia*[[1]](#footnote-1)* constitucional, esta acción ha sido concebida con el fin de llenar los vacíos existentes en el ordenamiento jurídico, para lograr la protección de dichas prerrogativas.

De este modo, es claro que ante la existencia de otro mecanismo judicial al alcance del actor, el asunto puede y debe ser ventilado 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.

En ese orden de ideas, el juez de tutela debe ser inflexible al exigir el requisito de procedibilidad denominado residualidad, porque el mismo va dirigido a que exista completa armonía y división de las respectivas competencias que se han distribuido dentro de la Rama Judicial, como uno de los poderes públicos. Ha sido doctrina constitucional probable, la siguiente:

*“… cuando se configuren esas circunstancias de carácter excepcional que desplazan el mecanismo judicial ordinario y abren paso a la intervención de la jurisdicción constitucional, se requiere que: i) el asunto debatido tenga relevancia constitucional, es decir, que se trate indiscutiblemente de la protección de un derecho fundamental; ii)* ***que el problema constitucional que se plantea aparezca probado de tal manera que para la verificación de la vulneración del derecho fundamental cuyo amparo se solicita, no se requiera ningún análisis de tipo legal, reglamentario o convencional, que exija del juez constitucional un ejercicio probatorio que supere sus facultades y competencias****; y, iii) que el mecanismo judicial ordinario resulte insuficiente para proteger los derechos fundamentales violados o amenazados. …”.[[2]](#footnote-2)*

Ahora, en lo que tiene que ver con el principio de ***inmediatez*** como requisito de procedencia para la acción de tutela, debe decirse que 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 fundamentales, sin embargo, la jurisprudencia ha precisado que cuando éste no se presenta de manera concomitante con la vulneración o amenaza de los mismos, sí debe ser interpuesta en un tiempo razonable desde que acaecieron los hechos causantes de la trasgresión. Sobre este asunto ha dicho 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”[[3]](#footnote-3).*

Y más adelante, otro pronunciamiento dijo esa Alta Magistratura que:

*“… 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”.[[4]](#footnote-4)*

**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 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.”*

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

**Caso concreto:**

De acuerdo con las manifestaciones realizadas por el actor en su libelo petitorio, se tiene que su inconformidad es con la postura asumida por Colpensiones, en cuanto se ha negado a reconocerle el derecho a una pensión de jubilación, cuando él tiene el convencimiento de acreditar todos los requisitos para ello.

Sería del caso proceder a analizar si en efecto la entidad accionada incurrió en una vulneración a los derechos que invoca el recurrente, sin embargo, teniendo en cuenta los requisitos de procedibilidad que se expusieron en párrafos anteriores, es evidente que para este preciso caso es evidente que para el subexamine se incumple con el de la subsidiariedad, toda vez que como se dijo en párrafos anteriores, la acción de tutela no es la vía para que las personas obtengan el reconocimiento y pago de derechos prestacionales, ni acudir a ésta suplantando o evadiendo los medios judiciales existentes y ordinarios establecidos por el legislador, máxime cuando en el presente caso no existe prueba de esa urgencia y necesidad de que el juez constitucional se inmiscuya en asuntos que deben ser debatidos ante la justicia ordinaria dada la complejidad de los mismos.

En el presente caso es claro que el libelista accionó primeramente en sede constitucional antes que recurrir a las vías ordinarias, sin embargo, no se evidencia una situación de riesgo que demuestre la afectación al mínimo vital de su prohijado, por lo que no encuentra la Colegiatura razón para que omita acudir ante el juez natural.

De acuerdo a lo dicho en precedencia, la decisión evaluada se habrá de confirmar en su totalidad.

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

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** el fallo de tutela proferido por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pereira el 10 de agosto de 2017, de acuerdo a las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

**SEGUNDO: NOTIFICAR** 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

1. Corte Constitucional, Sentencia C-543 de 1992 [↑](#footnote-ref-1)
2. Sala Segunda de Revisión, Sentencia T-097 del 16 de febrero de 2006, MP: Alfredo Beltrán Sierra. [↑](#footnote-ref-2)
3. Sentencia SU-961 de 1999. [↑](#footnote-ref-3)
4. Sentencia T- 730 de 2003. [↑](#footnote-ref-4)