

Cartagena de Indias D.T. y C., veintisiete (27) de julio de dos mil veintidós (2022).

I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, PARTES E INTERVINIENTES

Medio de control	ACCIÓN DE TUTELA – IMPUGNACIÓN
Radicado	13001-33-33-010-2022-00163-01
Demandante /Accionante	LUZ ELENA QUINTERO
Demandado / Accionado	CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL - CASUR.
Asunto	DERECHO AL MINIMO VITAL Y A LA VIDA DIGNA
Magistrado Ponente	LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ

II. PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala a resolver la impugnación presentada por la parte accionante; LUZ ELENA QUINTERO contra la sentencia de fecha veintiuno (21) de junio de dos mil veintidós (2022) proferida por el Juzgado Décimo Administrativo del Circuito de Cartagena, a través de la cual se declaró improcedente la presente acción constitucional.

III.- ANTECEDENTES

1. Hechos relevantes planteados por la parte accionante.

-Señala que el señor MARCO FIDEL TUTALCHA QUINTERO (Q.E.P.D.) fue Suboficial de la POLICIA NACIONAL DE COLOMBIA, y gozaba de una asignación de retiro.

-Indica que MARCO FIDEL TUTALCHA QUINTERO (Q.E.P.D.), padecía una patología, DIABETES MELLITUS GRADO II y posteriormente esta desencadenó múltiples patologías, llevándolo al punto de sufrir DEMENCIA SENIL.



-Posteriormente, en el mes de febrero del año 2016 el señor MARCO FIDEL TUTALCHA QUINTERO (Q.E.P.D.), debido a su condición de salud decide de manera voluntaria trasladarse desde el municipio de Palmira Valle a la ciudad de Cartagena Bolívar.

-Se indica, que, El día 02 de marzo de 2016 empieza a recibir atención médica por parte de la DIRECCION NACIONAL DE SANIDAD DE LA POLICIA NACIONAL en la ciudad de Cartagena, con la finalidad de continuar con el tratamiento que venía recibiendo desde hace aproximadamente 10 años en la ciudad de Palmira.

-Indica que, Debido al estado de salud del señor MARCO FIDEL TUTALCHA QUINTERO (Q.E.P.D.) y teniendo en cuenta que él nunca tuvo esposa y además vivía solo, su hermana se dedicó a su cuidado personal.

-Indica la señora LUZ ELENA QUINTERO, que, debido a su condición de adulto mayor y su incapacidad económica, ella siempre dependió exclusivamente del apoyo económico que le brindaba su hermano, incluso desde antes de convivir juntos.

Advierte que, por esta razón, la actora dedicó seis (6) años de su vida a todo el cuidado que él requería: sus alimentos, (darle la comida), su aseo personal, lavarle la ropa, organizarle su cuarto y hasta bañarlo, debido a su incapacidad.

-Señala que, el día 04 de enero del año 2022, desafortunadamente se produce el deceso de su hermano MARCO FIDEL TUTALCHA QUINTERO (Q.E.P.D.), como consecuencia de las múltiples patologías padecidas.

-Por último, señala que es importante manifestar que después de fallecido el señor MARCO FIDEL TUTALCHA QUINTERO (Q.E.P.D.), la señora LUZ ELENA QUINTERO seguía percibiendo su asignación de retiro hasta el mes de marzo del año 2022, sin embargo, ya para el mes de abril del año 2022 le fueron suspendidos esos recursos, es por esa razón que se ve obligada a deprecar



el Derecho que le asiste como adulto mayor a un MINIMO VITAL en virtud del principio de DIGNIDAD HUMANA.

2. Pretensiones

De conformidad con lo expuesto, la señora Luz Elena Quintero solicita la intervención del juez constitucional para que se sirva:

***PRIMERO:** Se ordene a LA CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICIA NACIONAL CASUR, me sea asignada de manera provisional la asignación de retiro de la cual era titular mi hermano MARCO FIDEL TUTALCHA QUINTERO (Q.E.P.D.). Esta solicitud la hago a usted en virtud del principio de inmediatez.*

3. Actuación procesal

3.1. Admisión y notificación.

La acción de tutela de la referencia, se presentó el día siete (07) de junio de dos mil veintidós (2022), correspondiéndole su reparto al Juzgado Décimo Administrativo del Circuito de Cartagena para su conocimiento. Mediante auto de fecha ocho (08) de junio de dos mil veintidós (2022), se procedió a admitir la solicitud de amparo y a ordenar la notificación a las partes accionadas por el medio más expedito.

4. De la contestación de acción de tutela.

CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL – CASUR

A pesar de que, el día 8 de junio de 2022 se surtió mediante mensaje enviado al buzón de notificaciones judiciales de la entidad, esta no rindió informe sobre los hechos y pretensiones de la presente acción constitucional.

5. Sentencia impugnada

A través de sentencia de fecha veintiuno (21) de junio de dos mil veintidós (2022) el A quo decidió:



“PRIMERO: DECLARAR IMPROCEDENTE la acción de tutela promovida por la señora Luz Elena Quintero contra la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional - CASUR, por las razones expuestas en este proveído.”

El juez de primera instancia, estableció que, en el presente medio constitucional, no se evidenció ningún elemento de prueba que permita tener por acreditado que la accionante haya al menos solicitado el reconocimiento y pago de la sustitución de la asignación de retiro ante la entidad accionada. Es decir, no demostró haber agotado la actuación administrativa requerida para el estudio y eventual reconocimiento de la asignación de retiro que pretende. Sumado a ello, señaló que, en el evento que dicha solicitud fuere negada mediante la expedición de un acto administrativo particular y concreto, podrá interponer los recursos a que haya lugar e incluso acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo mediante el medio de control denominado acción de nulidad y restablecimiento del derecho para controvertir la decisión correspondiente.

Advierte El A quo que, la accionante no acreditó el parentesco que tenía con el causante, no acreditó la dependencia económica, teniendo en cuenta que en las distintas declaraciones juramentadas solo se menciona que existió una relación de afecto y apoyo mutuo, así como tampoco se puso de presente la gravedad del estado económico que dice la accionante estar padeciendo después del fallecimiento de su hermano; adicionalmente, no se allegaron pruebas que determinen que la señora Luz Elena Quintero se encuentra en estado de invalidez, y que a su vez permitan constatar alguna incapacidad para trabajar de manera preexistente al fallecimiento de su hermano.

6. Impugnación

Mediante apoderado judicial, la accionante presentó escrito de impugnación el día 28 de junio de 2022 contra la sentencia de primera instancia proferida el 21 de junio de 2022, mediante la cual se declaró improcedente la acción de tutela. En el informe la actora alega lo siguiente:

“Frente al elemento de prueba que permita tener por acreditado que la accionante haya al menos solicitado el reconocimiento y pago de la sustitución de la asignación de retiro ante la entidad accionada. Me permito indicar que la accionante no acude a la vía administrativa para el reconocimiento y pago de la asignación de



retiro puesto que debido al fallecimiento inesperado de su hermano que en vida sufragaba las necesidades básicas primarias (MINIMO VITAL), este derecho fundamental se vio y se está viendo plenamente fracturado, razón por la cual es plenamente suficiente para que la señora LUZ ELENA QUINTERO acuda de manera directa y en virtud del principio de inmediatez a la vía constitucional, solicitando que se le proteja su dignidad, además, el Juez Constitucional tiene por principio natural proteger derechos fundamentales de todos los ciudadanos y más aún en el caso subjudice.

La carga impuesta por el Juez Constitucional a la ciudadana que entre otras cosas es un adulto mayor y que sin lugar a dudas merece un trato preferente de recurrir a la vía ADMINISTRATIVA, desconoce desde todo punto de vista constitucional el derecho incólume a la protección a la vida digna y a todos los demás derechos que como consecuencia de tal decisión siguen al día de hoy plenamente conculcados, sometiendo a la tutelante a un desamparo total por parte de un Estado Social de Derecho donde en reiteradas ocasiones la guardiana de la constitución (Corte Constitucional) ha esbozado que la piedra angular donde descansa el Estado Social de Derecho, es la DIGNIDAD HUMANA.

Ahora bien, conminar a la tutelante a la vía administrativa con la finalidad de agotar dicho procedimiento sin lugar a dudas es improcedente y lo que acarrea es un aumento y una dilación injustificada a que se materialice por parte del operador judicial constitucional la garantía de los derechos solicitados y si se observa detenidamente desde el plano legal no es procedente que la tutelante recurra a la este mecanismo porque a todas luces en esa jurisdicción ella no tiene legitimación en la causa para realizar dicha solicitud, establece la ley 100 de 1993 en el artículo 47, las personas del grupo familiar que tienen derecho a la pensión sustitutiva:

- *Cónyuge o compañero (a) permanente.*
- *Los hijos menores de 18 años.*
- *Los hijos entre 18 y 25 años que estudien dependientes económicamente del fallecido.*
- *Los hijos de cualquier edad inválidos o discapacitados dependientes económicamente del fallecido.*
- *Los padres del fallecido a falta de los anteriores beneficiarios, que dependieran económicamente de este.*
- *Los hermanos inválidos a falta de todos los anteriores beneficiarios, que dependieran económicamente del fallecido.*

Al realizar un análisis al citado artículo se puede observar que la tutelante no posee ninguna de las calidades que la norma exige para tal reconocimiento, empero, lo anterior no es óbice para que por vía constitucional se le haga el reconocimiento a esa labor humanística que vino ejerciendo con su hermano durante toda su convalecencia, además, se deben tener en cuenta las circunstancias de tiempo, modo y lugar, así mismo la condición actual de la tutelante, que si bien es cierto esta



petición no la hace por capricho alguno, sino todo lo contrario, conllevada por el estado de necesidad y desamparo al que ha sido sumida como consecuencia del fallecimiento inesperado de la única persona de la cual ella dependía económicamente. Es por estas razones que la tutelante no recurrió a la vía administrativa. Frente a que la accionante NO acreditó circunstancias fácticas que configuren un posible perjuicio irremediable, que hiciera procedente la acción de tutela como mecanismo transitorio. Me permito indicar que el operador judicial Constitucional desconoce flagrantemente la importancia de los derechos fundamentales que la tutelante está invocando, no es menos cierto que al ella no poseer la forma de como sufragar las necesidades básicas primarias se está de cara a soportar un perjuicio irremediable que sin lugar a dudas desencadena la vulneración de todos y cada uno de los derechos invocados por la tutelante.

Frente al hecho que ni siquiera se encuentra acreditado el parentesco de la accionante con el causante, puesto que, si bien se allegó el registro civil de nacimiento de ella, no aportó el registro civil de nacimiento del señor Marco Fidel Tatalcha Quintero. Con respecto a lo alegado por el Juez constitucional como óbice principal para declarar la improcedencia de la herramienta constitucional la cual consistió en que la tutelante debido a un lapsus no aportó el documento físico digitalizado (registro civil de nacimiento de MARCO FIDEL TUTALCHA QUINTERO Q.E.P.D.), si hizo mención del documento en el acápite de pruebas, situación a la cual el operador de justicia debió requerir a la tutelante a subsanar dicha falencia y no declarar la improcedencia como tal, puesto que con ese actuar lo que se hizo fue terminar de manera flagrante de cercenar las expectativas de consumación del derecho a la vida digna solicitado por la tutelante. Además, con la declaración de improcedencia de la tutela por esta razón se quebranta el principio de confianza que los ciudadanos tienen sobre la jurisdicción constitucional cuando su único fin es la protección de los derechos consignados en la carta magna. Debido al lapsus de la tutelante y aprovechando esta oportunidad procesal aportaré la copia digitalizada del registro civil de nacimiento del señor MARCO FIDEL TUTALCHA QUINTERO Q.E.P.D.), con la finalidad de que sea el Honorable Tribunal quien constate el parentesco entre las partes.

Respecto a que no se acreditó la dependencia económica, teniendo en cuenta que en las distintas declaraciones juramentadas solo se menciona que existió una relación de afecto y apoyo mutuo y que no se puso de presente la gravedad del estado económico que dice la accionante estar padeciendo después del fallecimiento de su hermano. Las solicitudes del Juez de acreditar tanto la dependencia económica como la gravedad del estado económico de la tutelante que si bien es cierto derivan en lo mismo, es también un desconocimiento supra a los principios rectores de nuestra carta magna, enarbolando el principio de buena fé que les asiste a todos los ciudadanos es menester traer a colación la siguiente definición del alto tribunal constitucional:



La jurisprudencia constitucional ha definido el principio de buena fe como aquel que exige a los particulares y a las autoridades públicas ajustar sus comportamientos a una conducta honesta, leal y conforme con las actuaciones que podrían esperarse de una "persona correcta (vir bonus)". Así la buena fe presupone la existencia de relaciones recíprocas con trascendencia jurídica, y se refiere a la "confianza, seguridad y credibilidad que otorga la palabra dada" La Corte ha señalado que la buena fe es un principio que de conformidad con el artículo 83 de la Carta Política se presume y conforme con este (i) las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deben estar gobernadas por el principio de buena fe y; (ii) ella se presume en las actuaciones que los particulares adelanten ante las autoridades públicas, es decir en las relaciones jurídico administrativas, pero dicha presunción solamente se desvirtúa con los mecanismos consagrados por el ordenamiento jurídico vigente, luego es simplemente legal y por tanto admite prueba en contrario.

En lo que respecta al Finalmente al hecho que adicionalmente, en la demanda no se aportó prueba(s) que determinen que la señora Luz Elena Quintero se encuentra en estado de invalidez, y que a su vez permitan constatar alguna incapacidad para trabajar de manera preexistente al fallecimiento de su hermano. Sobre este requerimiento donde el Juez Constitucional sustenta la improcedencia de la acción de tutela, es relevante hacer mención a lo siguiente: En ningún momento la tutelante invocó la invalidez como elemento necesario para alcanzar el reconocimiento de los derechos solicitados, es de anotar que en todo momento su petición se ha sustentado en su condición de adulto mayor con especial protección Constitucional, además, lo que ha solicitado es el reconocimiento al cuidado, al afecto y al cariño mutuo que se tenían como hermanos y como consecuencia de lo anterior se le reconozca desde el plano patrimonial como poder seguir sufragando sus necesidades básicas. Por estas razones el Juez Constitucional entra en un yerro jurídico al determinar que la tutelante debió aportar pruebas que constataran dicha invalidez, a todas luces es un error garrafal hacer exigencias plenamente incumplibles y además tenerlas en cuenta para declarar la improcedencia de una acción constitucional plenamente reconocida por el ordenamiento jurídico colombiano.

La invalidez como tal es uno de los requisitos que establece el artículo 47 inciso 7 de la ley 100 de 1993 para acceder a la sustitución pensional, el cual establece que: "Los hermanos inválidos a falta de todos los anteriores beneficiarios, que dependieran económicamente del fallecido" 2, con esto podemos denotar de manera respetuosa la clara confusión en la que se encuentra el Juez Constitucional al momento de imponer esta exigencia a la tutelante para hacer efectivos los derechos solicitados. En virtud del principio rector de confianza hacia la justicia la tutelante de manera coherente acude a la Jurisdicción Constitucional para que se le reconozcan los derechos fundamentales conculcados y no a la vía Administrativa porque para ella que es una persona con escaso grado de escolaridad le es claro que allí no tiene legitimación en la causa, sin embargo, el operador judicial



confunde su función natural en la protección de los derechos fundamentales que la ley y la constitución le encomendó.

Otra de las exigencias del operador judicial es que la tutelante demuestre la incapacidad para laborar, con respecto a este presupuesto, se debe tener en cuenta lo siguiente: No es para nadie un secreto las altas tasas de desempleo por las que atraviesa el país el día de hoy, aunado a esto la edad de la señora tutelante la cual se puede probar con su registro civil de nacimiento, donde nos encontramos que es un adulto mayor y que por esta condición le es imposible conseguir un empleo en condiciones dignas que le garanticen la subsistencia de su mínimo vital, es por esta razón que la tutelante acude a la jurisdicción constitucional para que sea esta la que garantice sus derechos y más si se tiene en cuenta que esa condición de adulto mayor recibe un trato especial por el Estado Colombiano.

Así las cosas y temiendo como referentes facticos lo anteriormente esbozado es también incumplible esta exigencia que hace el operador judicial a la tutelante y en la que él se basa sin fundamento para declarar la improcedencia de la acción constitucional."

7. Trámite

Mediante acta de reparto, le correspondió la presente acción constitucional al Juzgado Décimo Administrativo del Circuito de Cartagena el día 6 de junio de 2022. Posteriormente, mediante auto interlocutorio de fecha ocho (08) de junio de dos mil veintidós (2022) se decidió admitir la demanda y resolver la solicitud de medida provisional propuesta por el extremo accionante. Seguidamente, el día ocho (08) de junio de dos mil veintidós (2022), se les notifica las partes del proceso mediante envío de mensaje de datos al buzón de correo electrónico suministrado por la parte actora, como también el que tiene dispuesto la entidad demandada para notificaciones judiciales.

Correspondiéndole el turno para controvertir los hechos y pretensiones, La entidad accionada, CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL – CASUR, no rindió contestación relacionada con la presente acción constitucional que se encuentra en su contra. Posteriormente, el día veintiuno (21) de junio de dos mil veintidós (2022) el Juzgado Décimo Administrativo del Circuito de Cartagena profirió sentencia de primera instancia, el fallo se notificó el veintidós (22) de junio de dos mil veintidós (2022). En consecuencia, el día veintiocho (28) de junio de dos mil veintidós



(2022) el extremo accionante presentó escrito de impugnación, manifestando su infirmitad con lo dispuesto en primera instancia. Mediante auto interlocutorio de fecha veintinueve (29) de junio de dos mil veintidós (2022) el juzgado Décimo Administrativo del Circuito de Cartagena, concedió y posteriormente envió al superior jerárquico, la impugnación presentada por la actora.

IV.- CONSIDERACIONES

1. Competencia

Con fundamento en el artículo 32 del Decreto 2591 1991, es competente esta Corporación para conocer en segunda instancia de la presente acción de tutela.

2. Problema Jurídico

En el sub júdice la Corporación debe resolver el siguiente problema jurídico:

¿Determinar si en el sub judice se cumple con el requisito de subsidiariedad y por tanto es procedente la acción incoada?

Si la respuesta es negativa, se confirmará el fallo impugnado, en caso contrario, se revocará y se deberá resolver el siguiente problema jurídico:

¿Si en el sub examine existe violación de los derechos deprecados?

3. Tesis

La Sala de Decisión confirmará el fallo impugnado, al considerar que en el sub examine no se cumple con el requisito de la subsidiariedad; debido a que la accionante no formuló reclamación ante la accionada sobre el reconocimiento de su pretendido derecho, incumpliendo de esa forma con el requisito del privilegio de la decisión previa, que tiene la administración.

La anterior tesis se soporta en los argumentos que se exponen a continuación.

4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

4.1. LA ACCIÓN DE TUTELA -SU NATURALEZA JURÍDICA.

Con la expedición de la Constitución de 1991 se instituyó en nuestro ordenamiento la Acción de Tutela como herramienta idónea que faculta a toda persona para reclamar ante los jueces, la protección inmediata de los Derechos Constitucionales Fundamentales., si estos resultan vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública, o inclusive respecto de particulares encargados que en la prestación de un servicio.

4.2. -Requisitos de procedencia.

De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Política, la jurisprudencia constitucional, y los artículos concordantes del Decreto 2591 de 1991 por el cual se regula el trámite de la acción de tutela, esta requiere para su procedencia el cumplimiento de ciertos presupuestos, los que son analizados ulteriormente.

La Subsidiariedad o Residualidad:

Se refiere a que la Acción de tutela procede únicamente cuando no existe otro medio de defensa judicial para hacer valer los derechos fundamentales que se estimen vulnerados o amenazados, es decir, que los asociados debemos agotar las herramientas judiciales que el legislador haya establecido, para poder acudir ante el Juez Constitucional.

Sin perjuicio de lo anterior, no se aplicará la subsidiariedad cuando el Actor pretenda, con la Acción de Tutela, evitar un perjuicio irremediable con ocasión a la vulneración del derecho esbozado, o cuando los mecanismos ordinarios se tornen ineficaces, teniendo en cuenta las condiciones de debilidad manifiesta en que se pueda encontrar la persona a causa de factores físicos, económicos o sociales, ajustándose así al criterio esgrimido por la Corte Constitucional, como se cita a continuación:

“De acuerdo con el artículo 86 superior, la acción de tutela procede, como mecanismo de protección de los derechos fundamentales, cuando el afectado no



dispone de otro medio de defensa judicial pues se trata de un mecanismo subsidiario de protección y no de uno susceptible de remplazar los medios judiciales ordinarios. Con todo, el mismo precepto superior consagra un supuesto en el que la acción de tutela procede a pesar de la existencia de tales medios judiciales: Hay lugar al amparo constitucional de los derechos cuando se interpone como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, perjuicio que, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación, solo concurre cuando es inminente, grave y de urgente atención”¹.

Al respecto el inciso 3º del artículo 86 superior dice:

“Esta acción 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.”

La inmediatez:

Si bien es cierto que la acción de tutela no está sometida a un término de caducidad, sí tiene que ser interpuesta en un plazo razonable y proporcionado a partir del hecho generador de la vulneración; por lo que el juez no podrá declarar procedente la acción de tutela, cuando la solicitud se haga de manera tardía. De cualquier modo, deberán ser observadas las circunstancias en cada caso concreto para determinar si la acción fue o no interpuesta en un término prudencial.

La razón de ser de la inmediatez es la prevalencia misma del derecho fundamental conculcado, en el entendido de que no tendría objeto amparar un derecho en el que la violación se haya consumado sin que se pueda restablecer éste a su estado natural.

La especialidad:

La razón de ser o el objeto de la Acción de Tutela es la protección de los Derechos Constitucionales Fundamentales especiales, es decir, procede únicamente para proteger esta clase de derechos y no para otros, ahí la especialidad de la Acción.

¹ Corte Constitucional. Sentencia SU- 901 de 2005. Expediente N° T-905903. Magistrado Ponente Jaime Córdoba Triviño.



Sin embargo, es posible que la Acción de Tutela proceda para proteger derechos de otra categoría (v.gr. los Derechos Colectivos) cuando estos tengan conexidad directa con los Derechos Constitucionales Fundamentales.

4.3. La legitimación para interponer la Acción de Tutela.

El sujeto legitimado en la causa para proponer la Acción de Tutela es el titular del Derecho vulnerado o amenazado, tal como lo dispone el inciso 1º del artículo 86 cuando ordena que *toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces... por sí misma o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales (...).*

La interposición de la Acción de Tutela no requiere de la intervención de Abogado, sin embargo, cuando el Actor a bien lo tenga podrá hacer uso de los profesionales del derecho. Aquellas personas que no puedan comparecer por sí mismas, por discapacidad o por falta de capacidad procesal, podrán hacerlo por conducto de representante.

4.3.1 ACTIVA

La legitimación en la causa por activa es aquel nexo sustancial que debe coexistir entre las partes de un proceso y el interés sustancial del litigio, es decir es la persona habilitada por la ley para actuar procesalmente.

En materia de acción de tutela, sobre la legitimación en la causa por activa el Decreto 2591 de 1991 en su artículo 10 establece:

“Legitimidad e interés. La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos.

También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud.”

Sobre este tema la jurisprudencia de la Corte Constitucional² ha manifestado:

² Sentencia t- 406 de 2017 MP: Iván Humberto Escruería Mayolo



"El legislador de 1991 instituyó en el artículo 86 la acción de tutela como un mecanismo especial para que todos los ciudadanos pudieran reclamar ante los jueces, por sí mismos o por quien actué a su nombre, la protección de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando resulten vulnerados o amenazados por las autoridades públicas o particulares encargados de la prestación de un servicio público.

En ese mismo sentido, el artículo 10 del Decreto Estatutario 2591 de 1991, el cual reglamentó la acción de tutela, establece que ésta puede ser ejercida por "cualquier persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales". Así entonces, el amparo debe demandarse por el titular de los derechos presuntamente vulnerados, quien puede hacerlo por sí mismo o a través de representante. Igualmente, se permite la agencia de derechos ajenos, cuando el facultado legalmente para hacerlo "no esté en condiciones de promover su propia defensa"; por intermedio de la Defensoría del Pueblo o los personeros municipales.

De acuerdo con la normatividad, existen cuatro conductos a través de los cuales se puede interponer la acción de tutela por parte de la persona presuntamente vulnerada en sus derechos:

(i) Por sí misma. En este caso no se precisa de profesional del derecho.

(ii) Cuando se trata de personas jurídicas, incapaces absolutos o menores de edad, el facultado para presentar la demanda es el representante legal.

(iii) A través de abogado, caso en el cual se requiere de un poder que expresamente otorgue la facultad para interponer la acción tuitiva.

(iv) Por intermedio de un agente oficioso, o sea, una persona indeterminada, la cual no requiere de poder, pero debe especificar que lo hace en esa calidad y siempre que el titular del derecho "no esté en condiciones" de promoverla directamente."

Por lo anterior, en el sub judice existe legitimación por activa; debido a que LUZ ELENA QUINTERO, es titular de los derechos reclamados.

4.3.2 PASIVA.

En relación con la legitimación por pasiva en el trámite de la acción de tutela el artículo 13 del Decreto 2591 de 1991 dispone:

"Artículo 13. La acción se dirigirá contra la autoridad pública o el representante del órgano que presuntamente violó o amenazó el derecho fundamental. Si uno u otro hubieren actuado en cumplimiento de órdenes o instrucciones impartidas por un superior, o con su autorización o aprobación, la acción se entenderá dirigida contra ambos, sin perjuicio de lo que se decida en el fallo. De ignorarse la identidad de la autoridad pública, la acción se tendrá por ejercida contra el superior". (Negritas fuera de texto)



La entidad CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL – CASUR, está legitimada en la causa por pasiva frente a la presunta vulneración o amenaza de los derechos fundamentales invocados por la accionante, por cuanto tiene competencia para su protección.

4.4. LA SUBSIDIARIEDAD O RESIDUALIDAD EN LA ACCIÓN DE TUTELA.

Como se describió en las características esenciales de la Acción de Tutela, la subsidiariedad se refiere a que la acción procede únicamente cuando no existe otro medio de defensa judicial para hacer valer los derechos fundamentales que se estimen vulnerados o amenazados, o que, de existirlos, se tornen ineficaces, por tanto, la subsidiariedad de la Acción es vital para su procedencia.

De conformidad con el artículo 86 Constitucional, se puede dilucidar en qué consiste la Subsidiariedad o Residualidad de la Acción de Tutela.

“Artículo 86. Acción de Tutela. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, este lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Está acción 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 ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.

La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o con respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.” (Subrayado fuera del texto original).

De la lectura del artículo en cita, se entiende que la subsidiariedad de la Acción de Tutela se refiere a que ella procede únicamente cuando el titular del derecho amenazado o vulnerado no cuenta con otra herramienta



judicial para la defensa de sus Derechos Constitucionales Fundamentales. Es dable anotar que existen excepciones a la subsidiariedad en la Acción de Tutela, esto es cuando: **i-**. El interesado no cuenta con otro mecanismo de defensa judicial; **ii-**. Teniendo otro medio judicial éste no resulte eficaz para la protección de los derechos; y, **iii-**. En los eventos en los que, luego de verificar los elementos de inminencia, urgencia, gravedad e impostergabilidad de la acción, se evidencia la existencia de un perjuicio irremediable el cual se pretende evitar a través de la acción de tutela.

Cuando el Accionante se encuentra en cualquiera de las situaciones arriba descritas puede acudir, sin ningún reparo, ante el Juez de Tutela, sin importar la existencia de la vía ordinaria, debido a que en estos casos prevalece la protección, restablecimiento y materialización del derecho conculcado sobre el carácter subsidiario de la Acción de Tutela.

4.5. Improcedencia de la acción de tutela para garantizar el reconocimiento y pago de acreencias pensionales.

La Corte Constitucional ha señalado que, con fundamento en el principio de subsidiariedad, la acción de tutela resulta improcedente para resolver controversias de tipo laboral o pensional, bajo el entendido de que los mencionados asuntos deben ser conocidos por la jurisdicción ordinaria laboral, mediante el ejercicio del medio judicial respectivo, pues se trata de hechos originados en un contrato de trabajo.

Sin embargo, como se advirtió previamente, ese Tribunal ha admitido la procedencia excepcional de la acción de tutela cuando se trata de la protección de derechos de contenido prestacional, como son las acreencias pensionales, bien sea como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, o como medio principal cuando las vías de defensa judicial ordinarias no resultan idóneas ni eficaces para la protección de los derechos fundamentales trasgredidos.

Así las cosas, es deber del juez analizar los presupuestos fácticos del caso concreto, en aras de determinar si el instrumento de defensa judicial ordinario resulta eficaz para el amparo de las garantías fundamentales del accionante, puesto que ante la inminente ocurrencia de un perjuicio



irremediable, el conflicto planteado trasciende del nivel meramente legal al constitucional, teniendo la acción de tutela la facultad de convertirse en el mecanismo principal de trámite del asunto, desplazando a la respectiva instancia ordinaria.

Frente a ello, juegan un papel de enorme importancia los presupuestos sentados por la Corte Constitucional en la Sentencia T-063 de 2013, para determinar *i)* si los mecanismos ordinarios son eficaces para la protección de los derechos fundamentales involucrados en conflictos en que se pretenda el reconocimiento de acreencias pensionales y *ii)* si permiten evaluar la gravedad, inminencia e irreparabilidad del daño que podría generarse si no se protegen por vía tutelar. Dichos presupuestos son:

“(i) que se trate de una persona de la tercera edad, para ser considerado sujeto de especial de protección;

(ii) que la falta de pago de la prestación o su disminución, genere un alto grado de afectación de los derechos fundamentales, en particular, del derecho al mínimo vital;

(iii) que se haya desplegado cierta actividad administrativa y judicial por el interesado tendiente a obtener la protección de sus derechos; y

(iv) que se acrediten siquiera sumariamente, las razones por las cuales el medio judicial ordinario es ineficaz para lograr la protección inmediata de los derechos fundamentales presuntamente afectados. De este modo, deberá analizarse en cada caso concreto si se verifican estos requerimientos a fin de declarar la procedencia del amparo”.

Así las cosas, el mecanismo constitucional procede de manera excepcional para amparar las garantías derivadas del reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, en los siguientes casos:

i) Cuando no existe otro medio de defensa judicial o, en caso de existir, el mismo no resulta idóneo ni eficaz para garantizar la protección de los derechos fundamentales del peticionario, evento en el que la tutela procede como mecanismo principal y definitivo de defensa, ante la imposibilidad material de solicitar una protección real y cierta por otra vía, y

ii) Cuando esta se promueve como mecanismo transitorio, siempre que el demandante demuestre la existencia de un perjuicio irremediable, en cuyo caso la orden de protección tendrá efectos temporales, solo hasta el momento en que la



autoridad judicial competente decida, de manera definitiva, el conflicto planteado.

Ahora bien, la jurisprudencia de esa Corporación ha estimado que en determinadas circunstancias, resulta imperativo disponer el amparo definitivo. Tal acontece cuando "(...) se acredita que el procedimiento jurídico correspondiente no es idóneo para solicitar la prestación o resulta ineficaz para dirimir las controversias. La razón en la que se funda esta apreciación es la necesidad de proteger los derechos fundamentales. Resultaría violatorio de la Constitución y lesivo para los derechos fundamentales un amparo transitorio cuando el juez constitucional advierte que agotada la protección temporal no hay mecanismos que permitan la protección del derecho o que existiendo tales vías estas no resultan idóneas o su activación se produce cuando resulta inane para el amparo solicitado.

Con fundamento en las consideraciones anteriormente expuestas, se concluye que, en principio, la acción de tutela no procede cuando existen otros mecanismos ordinarios a través de los cuales se puede lograr la efectiva protección del derecho; salvo que dicho mecanismo no resulte idóneo o para evitar la configuración de un perjuicio irremediable.

4.6. Privilegio de la Decisión Previa en Favor de la Administración.

Sobre la necesidad de que los particulares deban acudir a la administración a formular sus reclamaciones, antes de acudir a las instancias judiciales; el Consejo de Estado³ ha manifestado:

“ Es necesario insistir en que, en observancia del principio de decisión previa, los particulares, en el marco de sus relaciones con el Estado, tienen el deber de acudir a la vía administrativa consagrada específicamente para obtener el reconocimiento de los derechos o prestaciones de los cuales se reputan titulares o beneficiarios, de modo que, si no lo hacen, la demanda que presenten ante la jurisdicción carecerá de aptitud sustantiva para ser tramitada, pues en estos casos el ordenamiento jurídico otorga a la administración el privilegio o la potestad de pronunciarse sobre el asunto

³ Consejo de Estado, Sala Plena Contenciosa, sentencia del 13 de marzo de 2018, exp. 25000232600020030020801, MP. Dr. DANILO ROJAS BETANCOURTH.

antes de ser objeto de censura en un proceso judicial. Al respecto se ha dicho:

(...) ante la ausencia de pronunciamiento de la entidad administrativa, se impone el respeto por el privilegio de la decisión previa, según el cual, por regla general, la administración pública, a diferencia de los particulares, no puede ser llevada a juicio contencioso si previamente no se le ha solicitado por el administrado un pronunciamiento sobre la pretensión que se propone someter al juez. Así, la reclamación previa, que se opone al derecho de citación directa que tienen los demandantes en los procesos civiles, constituye un privilegio por cuanto le permite a la autoridad reconsiderar la decisión que se impugna; cuestión que también puede resultar ventajosa para el administrado, ya que es posible que mediante su gestión convenza a la administración y evite así un pleito"

5. CASO CONCRETO

5.1.- Hechos Probados.

-Historial clínico del señor MARCO FIDEL TUTALCHA QUINTERO (Q.E.P.D.), emitido por la DIRECCION NACIONAL DE SANIDAD DE LA POLICIA NACIONAL.

-Copia del registro civil del señor MARCO FIDEL TUTALCHA QUINTERO (Q.E.P.D.)

-Certificado de defunción del señor MARCO FIDEL TUTALCHA QUINTERO (Q.E.P.D.)

5.2. Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico.

En el sub iudice, se solicita el amparo de los derechos fundamentales a la Vida Digna y al Mínimo Vital; los cuales a juicio de la actora, están siendo vulnerados por la CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL – CASUR, al suspender el pago de la asignación de retiro que gozaba su hermano y que al mismo tiempo ella se beneficiaba; toda vez que la señora

LUZ HELENA QUINTERO siempre ha dependido económicamente de la ayuda que su hermano le brindaba.

El A quo en primera instancia, en el fallo objeto de impugnación, declaró la improcedencia de la acción de tutela, considerando que, no se cumple con el requisito de subsidiariedad para que este medio constitucional sea procedente.

A su turno, la actora impugnó el fallo, manifestando no estar de acuerdo con la decisión del A quo, en razón a que, no se tuvo en cuenta el bajo nivel de escolaridad que tiene, así como también la condición en la que se encuentra la señora Luz Helena Quintero, toda vez, que, por ser adulta mayor y al estar desempleada, tiene especial protección constitucional. En este contexto procede la Sala a resolver el problema jurídico planteado, teniendo en cuenta el marco normativo y jurisprudencial expuesto, así como los hechos probados y el objeto de la impugnación; manifestando ab initio que confirmará el fallo impugnado, por las razones que se exponen a continuación.

En este contexto procede la Sala a resolver los problemas jurídicos planteados teniendo en cuenta el marco normativo y jurisprudencial expuesto, así como los hechos probados y el objeto de la impugnación.

Como se indicó en el marco normativo y jurisprudencial, la acción de tutela, es un mecanismo de carácter subsidiario; por lo que procede únicamente cuando no existe otro medio de defensa judicial para hacer valer los derechos fundamentales que se estimen vulnerados o amenazados, es decir, que los asociados deben agotar las herramientas judiciales que el legislador haya establecido para poder acudir ante el Juez Constitucional.

No obstante, se ha admitido la procedencia excepcional de la acción de tutela en determinados casos, como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, o como medio principal cuando las vías de defensa judicial ordinarias no resultan idóneas ni eficaces para la protección de los derechos fundamentales trasgredidos.



Es necesario precisar, que la administración pública, tiene el privilegio de la decisión previa; lo que se traduce en que no puede ser llevada ante la autoridad judicial para controvertir el reconocimiento de un derecho, si antes dicha reclamación no se ha formulado ante la misma administración y se ha obtenido de esta una decisión expresa o presunta; decisión que a la postre, es la que debe demandarse ante el juez contencioso, a través del medio de control correspondiente.

Así las cosas, se advierte que en el sub judice la actora no acreditó haber acudido en primer lugar ante la accionada a solicitar la sustitución o "asignación provisional" de la asignación de retiro que percibía el causante; por lo que no existe una decisión expresa o presunta de la administración por medio de la cual se haya resuelto de fondo lo pretendido por la solicitante.

En este orden, para la Sala, la conducta de la actora, al desconoce el principio del privilegio de la decisión previa de la administración, torna improcedente la solicitud de tutela; ya que se itera, este mecanismo es subsidiario, por lo que no puede desplazar los procedimientos y mecanismos ordinarios previstos en el ordenamiento jurídico.

Por otra parte, advierte la Sala que si bien la presente acción de tutela fue instaurada por la accionante como mecanismo transitorio, para evitar la configuración de un perjuicio irremediable; ello no está acreditado; pues la accionante cuenta con 60 años de edad, pero no supera la expectativa de vida -80 años para las mujeres-, por lo que no se encuentra en el segmento de la tercera edad; y en consecuencia dicha circunstancia por sí sola no la convierte en sujeto de especial protección constitucional.

Por las anteriores consideraciones, se confirmará el fallo impugnado.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR** administrando justicia en nombre de la República y por la autoridad de la ley,

V.- FALLA



PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia

SEGUNDO: NOTIFIQUESE la presente providencia a las partes por el medio más expedito y **COMUNIQUESE** al juzgado de origen.

TERCERO: REMITIR por Secretaría el expediente dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de la presente providencia, a la Corte Constitucional para su eventual revisión y envíese copia de la misma al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LOS MAGISTRADOS

LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ

JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL

OSCAR IVÁN CASTAÑEDA DAZA