

ACCION DE TUTELA-Procedencia para reconocimiento de derechos pensionales

ASIGNACION MENSUAL DE RETIRO PARA LOS MIEMBROS DE LA FUERZA PUBLICA COMO DERECHO DE NATURALEZA PENSIONAL/ACCION DE TUTELA CONTRA CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICIA NACIONAL CASUR-Vulneración de derechos fundamentales al mínimo vital, seguridad social y dignidad humana por no reconocer asignación mensual de retiro a compañera permanente

ACCION DE TUTELA-Inexistencia de temeridad en solicitud de sustitución pensional

La jurisprudencia constitucional ha considerado que la temeridad tiene lugar cuando se presenta identidad de partes, de hechos, de objeto y ausencia de justificación suficiente para interponer la nueva acción tutelar, es decir, mala fe o abuso del derecho de acceso a la administración de justicia. Sin embargo, en materia de tutela se hace necesario que el juez efectúe una valoración racional de la controversia puesta a consideración, para lo cual deberá efectuar un juicio de temeridad flexible, con el fin de que sea garantizada la efectividad de los derechos contenidos en la Carta Fundamental. En el asunto objeto de revisión, no hay lugar a calificar como temeraria la actuación de la demandante, teniendo en cuenta que la acción de tutela promovida en el año 1999 que no accedió al reconocimiento de la misma prestación que ahora reclama, por no encontrarse satisfecho el requisito de subsidiariedad, contaba con la peculiaridad de que la entidad demandada no se había pronunciado definitivamente respecto del reconocimiento del derecho prestacional reclamado en reiteradas oportunidades (folios 70 a 72 del cuaderno de revisión) circunstancia que no se presenta en esta oportunidad, en la medida en que CASUR mediante resolución N° 04539 del 25 de agosto de 2004, luego de una dilación injustificada en el trámite administrativo, denegó la sustitución de la asignación mensual de retiro forzoso y extinguió definitivamente la prestación, decisión administrativa que no ha sido objeto de reproche constitucional ulteriormente. A lo anterior, debe agregarse la condición de persona de la tercera edad (75 años) y el estado de salud de la accionante que se ha visto afectado como consecuencia de la disminución visual puesta de presente a lo largo del trámite tutelar, lo cual es constitutivo de hechos nuevos que de ninguna manera permitirían circunscribir la actuación de la tutelante dentro de los márgenes de la temeridad

DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA-Caso en que la demandante es de

la tercera edad, tiene limitación visual y precaria condición económica

La Sala encuentra que la acción de tutela es el mecanismo idóneo con el que cuenta la actora para dirimir lo relativo a la titularidad de la sustitución de la asignación mensual de retiro, teniendo en cuenta que se trata de una persona de la tercera edad (75 años), que ha venido teniendo una sensible disminución del sentido de la visión, lo cual indudablemente no le permite contar con la misma autonomía y autodeterminación, a lo que debe agregarse la precaria condición económica alegada, lo cual no le permite acceder a los bienes y servicios básicos que hagan posible su procura existencial. A lo anterior, se agrega que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho promovida en el año 2008, fue rechazada por falta de diligencia del profesional del derecho que en ese momento estaba representando sus intereses, al no haber subsanado oportunamente la demanda dentro del término concedido, lo cual constituye un principio de razón suficiente para no declarar per se la improcedencia de la amparo solicitado, reivindicándose así el acceso efectivo a la administración de justicia. Así las cosas, más allá de que la actora cuente con otro mecanismo de defensa judicial para controvertir la decisión administrativa dictada por CASUR, que negó la sustitución del aludido derecho pensional, la Corte encuentra que por razones de eficacia, la solicitud de tutela formulada se constituye en el medio de defensa idóneo para la demandante, pues debe tenerse en cuenta que por su avanzada edad y el cúmulo de asuntos que a diario debe resolver la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, se corre el riesgo de que en vida no conozca el sentido del fallo, tornándose inane la protección de los derechos fundamentales. Por último, las especiales condiciones de vulnerabilidad y debilidad manifiesta en las que se encuentra la actora, permiten dar por superado el requisito de inmediatez, con independencia de que la última actuación emprendida hubiera sido la aludida acción judicial.

ACCION DE TUTELA CONTRA CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICIA NACIONAL-Caso en que su actuación es discriminatoria y vulnera derechos fundamentales de la demandante/UNION MARITAL DE HECHO/COMPAÑERA PERMANENTE-Derechos/DERECHO A LA IGUALDAD-Identidad de trato para situaciones iguales/DERECHO A LA SUSTITUCION PENSIONAL

Más allá de que hipotéticamente el segundo matrimonio sea nulo y en consecuencia no surta efecto jurídico alguno en los términos del artículo 140-12 del Código Civi, lo cual

probablemente hubiera hecho incurrir al señor Leiva Rodríguez en los delitos de bigamia y matrimonio ilegal, que se encontraban tipificados para ese momento en el Código Penal (Decreto-Ley 100 de 1980, Arts. 260 y 261), lo único cierto es que la convivencia ininterrumpida de la actora con él durante 35 años, se constituye en una razón de sobra para sostener que existió un trato discriminatorio en la decisión administrativa dictada por CASUR que no accedió al reconocimiento de la sustitución de la asignación de retiro. Así las cosas, el argumento expuesto por la entidad administrativa demandada, en virtud del cual “la accionante debía iniciar el respectivo proceso ante la justicia ordinaria, con el fin de establecer a que (sic) persona corresponde la prestación en calidad de cónyuge”, no es de recibo desde la perspectiva constitucional, pues deja de lado que la familia como institución básica de la sociedad (Art. 5 C.P), respecto de la cual se garantiza su protección integral, puede constituirse tanto por vínculos jurídicos como naturales (Art. 42 C.P), lo cual significa que no solamente los matrimonios encuentran amparo en la Carta Fundamental, sino también las llamadas uniones de hecho en igualdad de condiciones. Llama la atención de la Sala que el análisis efectuado por la entidad administrativa demandada, tan sólo se hubiera circunscrito a constatar la anulación de uno de los vínculos matrimoniales contraídos por el señor Leiva Rodríguez, para determinar la titularidad de la prestación, desconociendo claros dictados constitucionales que garantizan la igualdad de derechos entre cónyuges y compañeros permanentes.

VIA DE HECHO POR DEFECTO SUSTANTIVO EN CASO DE SUSTITUCION PENSIONAL-
Normatividad aplicada se encontraba derogada y planteaba problemas de
inconstitucionalidad sobreviviente/IGUALDAD DE DERECHOS DE FAMILIAS CONFORMADAS
POR VINCULOS NATURALES

A lo anterior, se agrega que el Decreto 2063 de 1984 en el que se apoyó la decisión era inaplicable, en tanto el marco normativo vigente al momento de dictar la decisión administrativa, estaba contenido en el Decreto 1213 de 1990, que en lo que hace referencia con el orden de beneficiarios para acceder a las prestaciones sociales por causa de muerte de un agente de la Policía Nacional en servicio activo o en goce de asignación de retiro o pensión, consagraba únicamente al cónyuge sobreviviente (Art. 132). Sin embargo, con posterioridad el Decreto 1029 de 1994, definió la familia como aquella que está constituida por el cónyuge o compañero permanente (Art. 110), precisando que a partir de su vigencia (Art. 111), los derechos consagrados en el citado Decreto 1213, “se reconocerán y pagarán a

la familia, de conformidad con la definición contenida en el artículo 110 de este Decreto". En ese orden de consideraciones, se configuró una vía de hecho por defecto sustantivo, al haber sido aplicada una normatividad que se encontraba derogada y, que adicionalmente, planteaba problemas de inconstitucionalidad sobreviniente, derivados del desconocimiento del principio de igualdad prodigado por el ordenamiento constitucional para las familias constituidas por vínculos naturales. Ahora bien, con independencia del deceso de la primera esposa en el año 1999, quien en todo caso no convivía con el causante, habiéndose declarado la separación definitiva de bienes y la liquidación de la sociedad conyugal, el reconocimiento del derecho ha debido efectuarse a favor de la demandante desde el momento en el que entró en vigencia la Constitución Política, esto es, el 7 de julio de 1991, momento a partir del cual la igualdad de derechos se extendió a las familias conformadas por vínculos naturales. Lo anterior, teniendo en cuenta la convivencia ininterrumpida de la actora con el causante durante aproximadamente 35 años, lo cual indudablemente demuestra que existió un vínculo afectivo y moral con todos los deberes y obligaciones derivados del mismo, a tal punto que procrearon 11 hijos. De igual manera, la circunstancia de que el Decreto 1213 de 1990 no hiciera referencia expresa a un período de convivencia mínimo para acceder a la sustitución de la asignación de retiro, lo cual no ocurre actualmente, no se constituye en un argumento importante para denegar la prestación reclamada, resultando suficiente la configuración de la unión marital de hecho por un lapso no inferior a dos años, en los términos de la Ley 54 de 1990 (Art. 2°, literal b), lo cual hace presumir la existencia de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes

DERECHOS DE PERSONAS DE LA TERCERA EDAD-Protección especial

No sobra recordar, que el Estado, la sociedad y la familia concurrirán para la protección y la asistencia de las personas de la tercera edad y promoverán su integración a la vida activa y comunitaria. En ese orden de ideas, por tratarse de sujetos de especial protección constitucional que gozan de una tutela reforzada, es que le corresponde al juez de tutela disponer lo necesario con el fin de que sean implementadas medidas afirmativas que permitan garantizar la efectividad de los derechos de esta población especialmente vulnerable. Del mismo modo, la jurisprudencia constitucional ha dispuesto en términos generales que la vulneración o amenaza del derecho al mínimo vital, requiere constatar que "(i) el salario o mesada sea el ingreso exclusivo del trabajador o pensionado o existiendo ingresos adicionales sean insuficientes para la cobertura de sus necesidades básicas y que

(ii) la falta de pago de la prestación genere para el afectado una situación crítica tanto a nivel económico como psicológico, derivada de un hecho injustificado, inminente y grave”, exigencias que deben ser valoradas con un criterio de razonabilidad más amplio cuando se trata de personas de la tercera edad

DERECHO AL MINIMO VITAL Y A LA DIGNIDAD HUMANA-Afectación por no reconocimiento de la sustitución pensional/ACCION DE TUTELA EN MATERIA PENSIONAL-Asignación mensual de retiro como derecho pensional irrenunciable, puede ser reconocida en cualquier tiempo por sede administrativa o judicial

La circunstancia de que la demandante no perciba ningún tipo de ingreso económico mensual, que exista imposibilidad real para que acceda a un empleo en tanto cuenta con 75 años de edad y que tenga que vivir de la caridad de la gente y de sus hijos, a lo que debe agregarse que es titular legítima de la sustitución del derecho pensional reclamado, son razones constitucionalmente suficientes para considerar que el mínimo vital y la dignidad humana se encuentran seriamente afectados, por lo cual es necesario acceder al amparo deprecado como mecanismo definitivo y de manera retroactiva. Por las razones expuestas, la Corte revocará la sentencia emanada del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “D” el 17 de junio de 2010, que declaró la improcedencia del amparo deprecado por la accionante y, en su lugar, tutelaré los derechos fundamentales al debido proceso, seguridad social, mínimo vital, igualdad y vida en condiciones dignas. En consecuencia, ordenará a CASUR que dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación de esta providencia, dicte un acto administrativo en el que reconozca y pague la sustitución de la asignación mensual de retiro a la que tiene derecho la demandante, incluyendo aquellas mesadas que no se encuentran prescritas

Referencia: expediente T-2755260.

Acción de tutela promovida por la señora Abigail Hernández de Leiva, quien actúa por intermedio de apoderado judicial, contra la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional - en adelante CASUR-.

Magistrado Ponente:

JUAN CARLOS HENAO PEREZ

Colaboró: Fernando Alberto Rey Cruz.

Bogotá, D. C., diez (10) de diciembre de dos mil diez (2010).

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO, JORGE IVÁN PALACIO PALACIO y JUAN CARLOS HENAO PÉREZ, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente

SENTENCIA

En el trámite de revisión de las sentencias dictadas por el Juzgado 31 Administrativo del Circuito de Bogotá el 13 de mayo de 2010 y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “D” el 17 de junio de 2010, en el asunto de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos

1.1. Indica que la demandada mediante Resolución N° 024 del 13 de octubre de 1972, reconoció asignación mensual de retiro forzoso al señor Enrique Leiva Rodríguez, con quien convivió desde el 12 de diciembre de 1951 hasta que ocurrió su deceso el 6 de abril de 1986. Agrega que dependía económicamente de él y que procrearon once (11) hijos de los cuales dos (2) han perecido.

1.2. Pone de presente la peticionaria que su compañero permanente había contraído nupcias con la señora Evangelina Mendoza de Leiva el 26 de mayo de 1933, con quien no procreó ningún hijo. Precisó que en sentencia del 21 de marzo de 1985, el Juzgado Civil del Circuito de Melgar declaró la separación definitiva de bienes y la liquidación de la sociedad conyugal, por encontrar cumplida la causal prevista en el numeral 1° del artículo 154 del Código Civil, es decir, “grave e injustificado incumplimiento de los deberes de esposa”².

1.3. Sostiene que para el momento del deceso del señor Leiva Rodríguez, se encontraba acreditada junto con sus hijos como beneficiarios ante la Policía Nacional y CASUR, para la prestación de los servicios de sanidad, bienestar social y subsidio familiar.

1.4. Señala que el 24 de abril de 1986, solicitó por primera vez a la entidad demandada la sustitución de la asignación mensual de retiro, argumentando su calidad de cónyuge, entidad que mediante Resolución N° 1010 del 27 de marzo de 1987 dispuso suspender el reconocimiento y pago del restante 50% de la prestación económica “a que puedan tener derecho la sustitución de la asignación mensual de retiro la señora EVANGELINA MENDOZA DE LEIVA o la señora ABIGAIL HERNÁNDEZ DE LEIVA, hasta tanto se decida judicialmente a qué persona corresponde la cuota.”³

1.5. Indica que el 30 de marzo de 1998, solicitó nuevamente la sustitución de la asignación mensual de retiro la cual fue decidida mediante oficio N° 008899 del 24 de mayo de 1999, en el sentido de que no era posible resolver de fondo lo peticionado hasta tanto no fuera decidido en sede judicial lo relativo a los dos matrimonios vigentes. De igual forma, aludió a la imposibilidad de acceder a la prestación reclamada, teniendo en consideración que para la fecha del fallecimiento, no se encontraba incluida la compañera permanente dentro del orden de beneficiarios, previsto en el Decreto 2063 de 1984.

1.6. Asevera que el 18 de febrero de 2002, reclamó por tercera vez el reconocimiento del mentado derecho aludiendo la calidad de única cónyuge supérstite, petición que tras ser reiterada el 6 de agosto de la misma anualidad, fue resuelta en oficio N° 14002 en los mismos términos. Como argumento adicional, la demandada sostuvo “que esta igualdad entre la familia constituidos (sic) por vínculos jurídicos o naturales, es decir por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla, se estableció el 7-07-91, fecha de vigencia de la constitución nacional artículo 42.”⁴

1.7. Sostiene que la entidad demandada en Resolución N° 04539 del 25 de agosto de 2004, negó por primera vez y en forma definitiva la sustitución de la asignación mensual de retiro forzoso.

1.8. Hizo hincapié en que actualmente cuenta con 75 años de edad, por lo que es una persona de la tercera edad. Añadió que no cuenta con medios económicos para cubrir sus necesidades básicas, las cuales son satisfechas “gracias a la caridad de terceras personas”⁵ y que padece “glucoma (sic) neovascular en tratamiento con timonol c/12 (ojo derecho ojo único que ha mostrado deterioro.”⁶

1.9. Manifiesta que de manera reiterativa ha reclamado ante CASUR la sustitución de la asignación mensual de retiro, de lo cual dan cuenta las solicitudes escritas que reposan en el expediente administrativo presentadas el 22 de enero de 1987, 29 de agosto de 1989, 20 de marzo de 1992, 17 de enero de 1996, 14 de febrero de 1996, 12 de agosto de 1997, 17 de septiembre de 1997, 30 de marzo de 1998, febrero (sic) de 1999 y 26 de abril de 1999, entre otras.

1.10. Para terminar, señala que el 5 de marzo de 20087 elevó derecho de petición ante la entidad demandada con idéntica pretensión, apoyada adicionalmente en jurisprudencia del Consejo de Estado que ha considerado que los actos que deniegan derechos de naturaleza pensional, no son proclives al término de caducidad previsto en el artículo 136 del C.C.A.

2. Pretensiones

2.1. La accionante plantea como pretensión principal que el juez de tutela ordene el reconocimiento y pago de “todas las mesadas causadas y dejadas de pagar, desde el momento que entró en vigencia la constitución de 1991 (7-07-91), hasta la fecha en que se realice de manera efectiva el pago de dichas mesadas, debidamente indexadas”⁸, dejando en consecuencia sin efecto la Resolución N° 04539 del 25 de agosto de 2004.

2.2. De manera subsidiaria, solicita el amparo deprecado como mecanismo transitorio para conjurar un perjuicio irremediable, mientras la jurisdicción de lo contencioso administrativo decide el asunto de fondo, teniendo en cuenta que es una persona de la tercera edad, con un delicado estado de salud y precaria condición económica que no le permitiría “someterse a la espera de un largo proceso ordinario de carácter laboral.”⁹

3. Respuesta de la entidad demandada

3.1. Mediante escrito del 7 de mayo de 2010, el Subdirector de Prestaciones Sociales de CASUR solicitó la declaratoria de improsperidad del amparo constitucional, por las siguientes razones:

3.2. Indicó que la defunción de la primera cónyuge de Enrique Leiva Rodríguez, lo cual “no dirime la controversia suscitada”¹⁰, permitió dictar la Resolución N° 04539 del 25 de agosto de 2004 que negó el reconocimiento y pago de la sustitución de la asignación mensual de

retiro solicitada por la actora, extinguiendo de manera definitiva la prestación.

3.3. De igual manera, calificó la actuación de la demandante como temeraria, teniendo en cuenta que con anterioridad había sido decidida una acción de tutela con idéntica pretensión, en la que los jueces constitucionales declararon improcedente el amparo solicitado, en consideración a que la titularidad de la prestación económica reclamada le correspondía definirla a la respectiva jurisdicción.

3.4. Para concluir, hizo referencia a la imposibilidad de dirimir controversias de carácter patrimonial que no tienen el rango de derecho fundamental, por vía de tutela, haciendo alusión al deber de salvaguardar los bienes del Estado, correspondiéndole a la actora adelantar la actuación ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo “para que se dirima lo pertinente en torno a la titularidad del derecho prestacional que se reclama.”¹¹

4. Decisiones judiciales objeto de revisión

4.1. Sentencia de primera instancia

4.1.1. El 13 de mayo de 2010, el Juzgado 31 Administrativo del Circuito de Bogotá, Sección Tercera, accedió a la tutela del derecho de petición, razón por la cual ordenó a la demandada resolver de fondo la solicitud presentada el 5 de agosto de 2008 (sic), referida al reconocimiento y pago de la sustitución de la asignación mensual de retiro forzoso que en vida devengaba el señor Enrique Leiva Rodríguez.

4.1.2. Respecto de los derechos a la igualdad y a la vida digna, advirtió que no han sido vulnerados por CASUR, en tanto es deber de la señora Hernández de Leiva “cumplir con las cargas judiciales que se le han impuesto, pues sólo el juez ordinario, a través del procedimiento establecido será el llamado a dirimir en cabeza de quien (sic) le pertenece o no el derecho a pensión solicitado.”¹²

4.2. Impugnación

4.2.1. El 21 de mayo de 2010, el apoderado de la demandante solicitó la revocatoria de la sentencia de primera instancia, reiterando los argumentos expuestos en la solicitud de tutela respecto de la presunta vulneración de los derechos a la vida en condiciones dignas, igualdad y mínimo vital y móvil. De igual manera, insistió en que la avanzada edad de su poderdante y

las dolencias que aquejan su salud -glaucoma en el ojo derecho-, justifican la procedencia de la acción de tutela.

4.2.2. Por último, advirtió la falta de congruencia de la sentencia de tutela, en tanto protegió el derecho fundamental de petición que “no hacía parte de los alegados como vulnerados por la Entidad accionada.”¹³

4.3. Sentencia de segunda instancia

4.3.1. El 17 de junio de 2010, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “D” confirmó la decisión impugnada, por considerar que no se encuentran satisfechos los requisitos de subsidiariedad e inmediatez de la acción de tutela. En igual sentido, desestimó la posibilidad de conceder el amparo solicitado como mecanismo transitorio, luego de que no encontró demostrada la existencia de un perjuicio irremediable.

4.3.2. En tal contexto, estimó que la actora cuenta con otro mecanismo de defensa judicial ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, cual es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, precisando que “la acción de tutela no tiene la facultad legal ni constitucional de desestimar de forma válida la acción judicial ordinaria respectiva establecida principalmente para estudiar la legalidad de dicha determinación”¹⁴. De igual manera, advirtió la inexistencia de un perjuicio irremediable que justifique la procedencia del amparo como mecanismo transitorio, a pesar de que la demandante es una persona de la tercera edad.

4.3.3. En lo atinente a la ausencia de inmediatez, precisó que la actora desde el fallecimiento del señor Leiva Rodríguez -abril de 1986-, ha podido tener una congrua subsistencia y atención en el cuidado de su salud “como se observa del extracto de su historia clínica en la que figura como afiliada a la E.P.S. Compensar en calidad de beneficiaria.”¹⁵

5. Pruebas relevantes que reposan en el expediente

- Sentencia dictada por el Juzgado Civil del Circuito de Melgar el 21 de marzo de 1985, que declara la separación definitiva de bienes y liquidación de la sociedad conyugal formada por Enrique Leiva Rodríguez y Evangelina Mendoza de Leiva (folios 17 a 19 del cuaderno principal).

- Memorial del 24 de abril de 1986 suscrito por la demandante, mediante el cual solicita a CASUR la sustitución de la asignación mensual de retiro forzoso (folio 20 *ibídem*).
- Resolución N° 1010 del 27 de marzo de 1987, en la que la demandada suspende el reconocimiento y pago del 50% de la citada prestación económica a que puedan tener derecho Evangelina Mendoza de Leiva o Abigail Hernández de Leiva, “hasta tanto se decida judicialmente a que (sic) persona corresponde la cuota de sustitución de asignación mensual de retiro, como consecuencia de los matrimonios celebrados el 26 de Mayo de 1933 el primero y el 26 de diciembre de 1951 el segundo.” (folios 22 a 26 *ibíd.*).
- Solicitud de reconocimiento y pago de la asignación mensual de retiro forzoso efectuada por la peticionaria el 30 de marzo de 1998 (folios 29 a 31 *ibíd.*).
- Registro civil de defunción N° 04011826 de Evangelina Mendoza Londoño, en el que consta que la muerte se produjo el 3 de febrero de 1999 (folio 32 *ibíd.*).
- Respuestas dadas por CASUR a la accionante el 24 de mayo de 1999 y 22 de octubre de 2002, que ponen de presente la suspensión del 50% de la prestación económica, mientras es decidida la controversia en sede judicial (folios 33, 35 y 36 *ibíd.*).
- Resolución N° 04539 del 25 de agosto de 2004, en la que CASUR niega el reconocimiento y pago de la sustitución de la asignación mensual de retiro a la demandante (folios 53 a 58 *ibíd.*).
- Solicitud de reconocimiento y pago de la sustitución de asignación mensual de retiro, efectuada por la peticionaria el 5 de marzo de 2008 (folios 59 a 64 *ibíd.*).
- Historia clínica de oftalmología y optometría de la accionante (folios 65 a 86 *ibíd.* y 20 a 27 del cuaderno de revisión).
- Autos proferidos por el Juzgado 16 Administrativo del Circuito de Bogotá el 23 de julio y 20 de agosto de 2008, que inadmitieron y rechazaron la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho iniciada por la señora Abigail Hernández de Leiva contra CASUR (folios 49 y 51 *ibídem*).
- Solicitud de audiencia de conciliación prejudicial efectuada por la actora ante la

Procuraduría General de la Nación el 14 de septiembre de 2010 (folios 28 a 39 del cuaderno de revisión).

6. Trámite surtido ante la Corte Constitucional

El expediente de tutela fue seleccionado para revisión en auto del 25 de agosto de 2010 y repartido a este despacho para la sustanciación.

El 23 de septiembre de la misma anualidad, el magistrado ponente, con el fin de allegar elementos de juicio adicionales para adoptar la decisión de mérito, dispuso oficiar a CASUR con el fin de que remitiera copias de las actuaciones administrativas adelantadas por esa entidad, relativas a la sustitución de la asignación mensual de retiro forzoso a la que dice tener derecho la demandante. Del mismo modo, solicitó a la peticionaria responder el cuestionario formulado, bajo la gravedad del juramento.

6.1. Respuesta de CASUR

6.1.1. Mediante oficio N° 1484-GST-SDP del 27 de septiembre de 2010, el Subdirector de Prestaciones Sociales de CASUR, remitió copias del expediente administrativo del fallecido agente de la Policía Nacional Enrique Leiva Rodríguez.

6.1.2. Así mismo, reiteró que la demandante con antelación al asunto objeto de revisión promovió acción de tutela por los mismos hechos y pretensiones, la cual fue denegada por no configurarse el requisito de inmediatez, “por cuanto la interesada debió presentar la acción de tutela tan pronto sucedieron los hechos, pues esta circunstancia marca el punto de partida para analizar si la acción ha sido interpuesta oportunamente, como en el caso que nos ocupa, que el titular de la prestación, falleció, como ya se dijo, el 06-04-1986, y solo hasta el mes de mayo de 2010, presentó la tercera tutela con el fin de obtener la prestación.”¹⁶

6.2. Respuesta de la señora Abigail Hernández de Leiva

6.2.1. En escrito del 29 de septiembre de 2010, la accionante indicó que (i) no tiene ingresos económicos ya que por su edad (75 años) es imposible acceder a un empleo, razón por la cual “me toca vivir de la caridad de la gente”¹⁷; (ii) no tiene obligaciones bancarias y los servicios públicos ascienden al mes aproximadamente a \$ 41.000”, “los cuales cubro con lo

que me dan mis hijos.”¹⁸; (iii) la casa de habitación en la que convivió con Enrique Leiva Rodríguez, es propia; (iv) no tiene personas a cargo; (v) sufre de pérdida total de visión del ojo izquierdo por desprendimiento total de retina, por lo que debió someterse a dos cirugías, “y cada día se desmejora mi visión del ojo derecho, ya que me dictaminaron glaucoma no especificado”¹⁹; (vi) el 21 de junio de 1999, incoó acción de tutela ante el Tribunal Superior de Bogotá, solicitando el reconocimiento y pago de la sustitución de la asignación mensual de retiro forzoso, la cual fue denegada en ambas instancias; (vii) el 25 de agosto de 2004, CASUR dictó la Resolución N° 04539, negando el reconocimiento y pago de la sustitución de la asignación mensual de retiro, solicitada por la demandante; (viii) la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho presentada contra el mencionado acto administrativo, fue inadmitida el 23 de julio de 2008 por el Juzgado 16 Administrativo del Circuito de Bogotá argumentando vicios de forma y, posteriormente, rechazada el 20 de agosto de la misma anualidad por el mismo funcionario judicial, luego de que no fue subsanada; (ix) el 14 de septiembre de 2010, solicitó ante la Procuraduría General de la Nación audiencia de conciliación prejudicial, correspondiéndole por reparto al Procurador 125 Judicial II en Asuntos Administrativos de Bogotá.

6.2.2. Para terminar, señaló que su avanzada edad, delicado estado de salud, igualdad de derechos para la familia con independencia de su forma de constitución y la probable imposibilidad de ser beneficiaria en vida de una decisión de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, “me hizo (...) interponer la presente acción de tutela en calidad de compañera permanente del señor Enrique Leiva Rodríguez (q.e.p.d).”²⁰ Agregó, que desde el fallecimiento de la señora Evangelina Mendoza de Leiva el 3 de febrero de 1999, “nadie me está disputando el derecho constitucional y legal que tengo a dicha pensión.”²¹

1. Competencia

Esta Corte es competente para conocer de la revisión de los fallos materia de tutela, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y demás disposiciones pertinentes, así como por la escogencia del caso por la Sala de Selección.

2. Problema jurídico

2.1. Le corresponde determinar a la Corte en esta oportunidad, si la acción de tutela

promovida por la señora Abigail Hernández de Leiva, quien actúa por intermedio de apoderado judicial, es procedente para ordenar el reconocimiento y pago de la sustitución de la asignación mensual de retiro forzoso que fue negada por CASUR mediante Resolución N° 04539 del 25 de agosto de 2004, prestación económica que en vida percibía el señor Enrique Leiva Rodríguez, como agente retirado de la Policía Nacional, con quien al parecer contrajo matrimonio católico encontrándose vigente un vínculo anterior de idéntica naturaleza²².

2.2. Con el fin de resolver el citado problema jurídico, la Sala hará referencia (i) a la procedencia excepcional de la acción de tutela cuando están en disputa derechos de naturaleza prestacional; (ii) a la naturaleza jurídica de la asignación mensual de retiro forzoso; (iii) finalmente estudiará y decidirá el asunto objeto de revisión.

3. Reiteración de jurisprudencia en relación con la procedencia de la acción de tutela para garantizar el reconocimiento de derechos pensionales

3.1. Esta Corporación en innumerables pronunciamientos, ha considerado que la acción de tutela no es, en principio, el mecanismo judicial idóneo para resolver las controversias relacionadas con el reconocimiento de derechos de contenido prestacional, pues la discusión allí planteada versa sobre aspectos de naturaleza legal o derechos litigiosos, los cuales a partir de los parámetros previstos en el ordenamiento jurídico, deben ser dirimidos ante la jurisdicción ordinaria o de lo contencioso administrativa, según el caso²³.

Dicho parámetro general, obedece a la naturaleza residual y subsidiaria de la acción de amparo constitucional, la cual a partir de lo previsto en el Art. 86 de la Constitución Política, solamente procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, lo cual tiene justificación en la imposibilidad de que se convierta en un mecanismo alternativo o supletorio de los mecanismos ordinarios previstos por el legislador.

Sobre el particular, esta Corporación en sentencia T-083 de 2004²⁴, sostuvo:

“Aceptar que el juez de tutela tiene competencia privativa o cobertura absoluta para resolver los conflictos relacionados con derechos previsionales, es entonces desconocer el carácter extraordinario que identifica al mecanismo de amparo constitucional, e incluso, contrariar su propio marco de operación, ya que, de manera general, el propósito de la tutela se orienta a prevenir y repeler los ataques que se promuevan contra los derechos fundamentales ciertos

e indiscutibles, y no respecto de aquellos que aun no han sido reconocidos o cuya definición no se encuentra del todo consolidada por ser objeto de disputa jurídica.”

3.2. Sin embargo, esta orientación jurisprudencial no debe ser entendida de manera absoluta, en tanto resulta plausible el reconocimiento de derechos prestacionales por vía de amparo constitucional, no solo cuando se ejerce como mecanismo transitorio, caso en el cual es necesario demostrar la existencia de un perjuicio irremediable a partir de los lineamientos definidos por este Tribunal, sino también cuando el medio judicial preferente es ineficaz o no es lo suficientemente expedito para brindar una protección inmediata, circunstancia que deberá ser apreciada en concreto por el juez constitucional, en cada caso²⁵.

3.3. Con todo, la acción tuitiva procede de manera excepcional 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, 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 ésta se promueve como mecanismo transitorio, siempre y cuando el demandante demuestre 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. Dicho perjuicio, a partir de los lineamientos de la jurisprudencia de este Tribunal, debe reunir los siguientes elementos: ser inminente, es decir, que se trate de una amenaza que está por suceder prontamente; ser grave, esto es, que el daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona sea de gran intensidad; ser urgente, es decir que exija la adopción de medidas prontas o inmediatas para conjurar la amenaza; ser impostergable, es decir, acreditar la necesidad de recurrir al amparo como mecanismo expedito y necesario para la protección de los derechos fundamentales²⁶.

4. Reiteración de jurisprudencia en relación con la asignación mensual de retiro para los miembros de la fuerza pública, como derecho de naturaleza pensional

4.1. Siguiendo los lineamientos de la Constitución Política (Art. 48), la seguridad social es un servicio público y un derecho de carácter irrenunciable, el cual debe ser prestado por el

Estado con fundamento en los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación. Así mismo, cabe recordar que el Sistema General de Seguridad Social Integral está conformado por los regímenes generales para pensiones, salud, riesgos profesionales y los servicios sociales complementarios definidos en la Ley 100 de 1993.

4.2. En cuanto al sistema de pensiones, existe una amplia gama de prestaciones económicas dentro de las cuales están las pensiones de vejez, invalidez, sobrevivientes, así como también, la sustitución pensional y la indemnización sustitutiva, entre otras. Del mismo modo, la citada Ley 100 establece un régimen de excepción en cabeza de los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, salvo aquellos que se vinculen a partir de su vigencia, lo cual implica, en el primer supuesto, que no es aplicable el marco normativo que rige el Sistema Integral de Seguridad Social (Art. 279).

4.3. En ese orden de ideas, una de las prestaciones asistenciales prevista específicamente para la fuerza pública, es la asignación mensual de retiro forzoso, la cual ha sido entendida por este Tribunal como “una modalidad de prestación social que se asimila a la pensión de vejez y que goza de un cierto grado de especialidad (en requisitos), atendiendo la naturaleza especial del servicio y las funciones que cumplen los servidores públicos a quienes se les reconoce. Se trata, (...) de una pensión de vejez o de jubilación (...), en la medida que el resto del ordenamiento especial de dichos servidores públicos, se limita a regular las pensiones de invalidez y sobrevivientes.” Al respecto, la Corte sostuvo:

“Un análisis histórico permite demostrar su naturaleza prestacional. Así, el artículo 112 del Decreto 501 de 1955, es inequívoco en establecer a la asignación mensual de retiro dentro del catálogo de prestaciones sociales a que tiene derecho los oficiales o suboficiales de la fuerza pública. En idéntico sentido, se reitera la naturaleza prestacional de dicha asignación, en los artículos 101 y subsiguientes del Decreto 3071 de 1968.”

Ese carácter de prestación social o, más específicamente, de derecho pensional, implica entonces que se trata de un derecho cierto, indiscutible e irrenunciable (Art. 48 de la Constitución), es decir, que respecto de su reconocimiento no opera el fenómeno de la caducidad ya sea en sede administrativa o judicial, razón por la cual su reclamación puede efectuarse en cualquier tiempo, teniendo en cuenta que se trata de una prestación periódica,

resultando únicamente aplicable la prescripción de las mesadas pensionales no recibidas, en los términos previstos en el ordenamiento jurídico²⁷. Se trata entonces de un parámetro constitucional que antes de subvertir el principio de seguridad jurídica, enarbola el catálogo de valores, principios y derechos fundamentales “para mantener unas condiciones de vida digna, así como el derecho irrenunciable a la seguridad social (C.P., arts. 1, 46 y 48), determinando a su vez una realización efectiva del valor fundante que impone la vigencia de un orden económico y social justo, dentro de un Estado Social de Derecho.”²⁸

4.4. Ahora bien, en el pasado reciente el artículo 104 del Decreto 1213 de 1990 “[p]or el cual se reforma el estatuto del personal de agentes de la Policía Nacional”, hacía referencia a la citada asignación en los siguientes términos:

“ASIGNACIÓN DE RETIRO. Durante la vigencia del presente Estatuto, los Agentes de la Policía Nacional que sean retirados del servicio activo después de quince (15) años, por disposición de la Dirección General, o por sobrepasar la edad máxima correspondiente a su categoría, o por mala conducta comprobada, o por disminución de la capacidad sicofísica, o por inasistencia al servicio y los que se retiren a solicitud propia después de los veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional se les pague una asignación mensual de retiro equivalente a un cincuenta por ciento (50%) del monto de las partidas de que trata el artículo 100 de este Estatuto, por los quince (15) primeros años de servicio y un cuatro (4%) más por cada año que exceda de los quince (15) sin que el total sobrepase del ochenta y cinco por ciento (85%) de los haberes de la actividad.

PARÁGRAFO 1º. La asignación de retiro de los Agentes que durante la vigencia de este Estatuto se retiren con treinta (30) o más años de servicio, será equivalente al noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas fijadas en el artículo 100, liquidadas en la forma prevista en este mismo Decreto.

PARAGRAFO 2º. Los Agentes retirados antes del 17 de diciembre de 1968 con treinta (30) o más años de servicio, continuarán percibiendo la asignación de retiro reajustada al noventa y cinco por ciento (95%) de la partidas que se incluyeron en cada caso para la respectiva asignación.”

Del mismo modo, el artículo 130 de la misma normativa establecía la posibilidad de que

dicha asignación fuera sustituida en caso de que se presentara el deceso del agente de la Policía Nacional, al señalar:

“MUERTE EN GOCE DE ASIGNACIÓN DE RETIRO O PENSIÓN. A la muerte de un Agente de la Policía Nacional en goce de asignación de retiro o pensión, sus beneficiarios en el orden y promoción establecidos en el presente Estatuto, tendrán derecho a una pensión mensual pagadera por el Tesoro Público o por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional equivalente en todo caso a la totalidad de la prestación que venía gozando el causante. // Así mismo, el cónyuge y los hijos hasta la edad de veintiún (21) años tendrán derecho a que el Gobierno les suministre asistencia médica, quirúrgica, odontológica, servicios hospitalarios y farmacéuticos mientras disfruten de la pensión decretada con base en los servicios del Agente fallecido (...)”.

A su turno, el artículo 132 del mencionado Decreto estableció en el primer orden de destinatarios para acceder a la citada prestación en caso de muerte del titular, al cónyuge sobreviviente y a los hijos del causante en partes iguales. Al respecto, esta Corporación en sentencia C-127 de 1996, con ocasión de la demanda de inconstitucionalidad promovida contra la expresión “cónyuge sobreviviente”, contenida en el literal a) del citado artículo 132, concluyó que dicha disposición no se encontraba produciendo efectos jurídicos por cuanto había sido derogada expresamente por el Decreto 1029 de 1994. Sobre el particular, este órgano colegiado expresó:

“Así pues, mientras que el artículo 132 del Decreto 1213 de 1990 establece como beneficiarios de las prestaciones sociales por causa de muerte de un agente de la Policía Nacional al cónyuge sobreviviente en concurrencia con los hijos del causante, el artículo 111 del Decreto 1029 de 1994 extiende tal reconocimiento al compañero permanente del agente fallecido, al ampliar el pago de las prestaciones sociales adeudadas a la familia, dentro de la cual se incluye a quienes han tenido dicha condición en relación con los miembros de la Policía Nacional.

4.5. Posteriormente, el Presidente de la República haciendo uso de las facultades extraordinarias conferidas por el numeral 3° del artículo 17 de la Ley 797 de 2003, dictó el Decreto-Ley 2070 de 2003 “por medio del cual se reforma el régimen pensional propio de las

Fuerzas Militares y de la Policía Nacional”, marco normativo que fue declarado inexecutable mediante sentencia C-432 de 2004²⁹, bajo la consideración de que el régimen prestacional de los miembros de la fuerza pública, es un tema de reserva de ley marco o cuadro, razón por la cual el único órgano facultado constitucionalmente para establecer los objetivos y criterios generales a los cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional, es el Congreso en ejercicio de la función legislativa. En aquél entonces, esta Corporación indicó:

“Por consiguiente, las obligaciones que surgen del régimen prestacional de los miembros de la fuerza pública, son susceptibles de regulación exclusivamente mediante ley marco y no admiten, en su desarrollo, otra modalidad normativa, principalmente, a través del ejercicio de facultades extraordinarias por expresa prohibición constitucional (C.P. art. 150, num. 10). En efecto, el otorgamiento de facultades al Presidente de la República para regular de manera general y abstracta un asunto sometido a reserva de ley marco, desconocería el ejercicio de la competencia concurrente que para la regulación de dichas materias ha establecido el Constituyente: Entre el Congreso de la República y el Gobierno Nacional.

Es evidente para la Corte que las normas acusadas previstas en el Decreto-Ley 2070 de 2003, al regular el régimen prestacional de los miembros de la fuerza pública y, en especial, la asignación de retiro, a través del otorgamiento de facultades extraordinarias, desconocen lo previsto en el artículo 150, numerales 10 y 19, literal e), de la Constitución Política, en cuanto el régimen prestacional allí establecido, debe regularse por el Congreso de la República mediante normas que tengan un carácter general, conocidas en nuestro sistema como leyes marco y no, por intermedio de una habilitación legal, valiéndose para el efecto de facultades extraordinarias.”

De esta manera la Corte restauró ipso jure las disposiciones derogadas que hacían alusión al régimen de asignación de retiro y de otras prestaciones a favor de los miembros de la fuerza pública³⁰, “en la medida en que su vigencia permite salvaguardar los derechos fundamentales a la vida digna, mínimo vital y trabajo de los citados funcionarios, como emanación de la supremacía de la parte orgánica del Texto Fundamental.”³¹

4.6. Empero, pocos meses después el Congreso de la República acogiendo los parámetros de la citada providencia, aprobó la Ley 923 de 2004 “[m]ediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen

pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública”³², preceptos normativos que se constituyen en el marco para que el Gobierno Nacional fije el régimen de asignación de retiro, la pensión de invalidez y sus sustituciones, la pensión de sobrevivientes y los reajustes de éstas a los miembros de la Fuerza Pública (Art. 1°).

Como criterios generales a los cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional, el legislador señaló (i) los principios de eficiencia, universalidad, igualdad, equidad, responsabilidad financiera, intangibilidad y solidaridad; (ii) el respeto de los derechos adquiridos; (iii) la sujeción al marco general de la política macroeconómica y fiscal; (iv) los riesgos inherentes a la actividad especial de los miembros de la fuerza pública aplicando el principio de redistribución de acuerdo con la antigüedad, grados, cuerpo, arma y/o especialidad, la naturaleza de las funciones y sus responsabilidades; (v) el mantenimiento del poder adquisitivo de las asignaciones de retiro y de las pensiones legalmente reconocidas; (vi) los recursos que se recauden por aportes que se hagan para la asignación de retiro en la fuerza pública y sus rendimientos se destinarán en forma exclusiva al pago de asignaciones de retiro y sustituciones pensionales; (vii) el manejo, inversión y control de los aportes estarán sometidos a las disposiciones que rigen para las entidades administradoras del régimen de prima media con prestación definida y a la inspección y vigilancia del Estado; (viii) no podrá discriminarse por razón de categoría, jerarquía o cualquier otra condición a los miembros de la fuerza pública para efectos de adelantar el trámite administrativo del reconocimiento de una asignación de retiro o pensión o sustitución; (ix) no podrá en ningún caso desconocerse el reconocimiento y pago de la asignación de retiro al miembro de la fuerza pública que hubiere adquirido el derecho a su disfrute por llamamiento a calificar servicios, por retiro por solicitud propia o por haber sido retirado del servicio por cualquier causal.

De otra parte, definió los elementos mínimos para que el Gobierno Nacional fije el régimen de asignación de retiro, pensión de invalidez y sus sustituciones, pensión de sobrevivientes y sus correspondientes reajustes (Art. 3°)³³. Así mismo, estableció teniendo en cuenta los miembros del grupo familiar y el parentesco con el titular, el orden de beneficiarios de la sustitución de la asignación de retiro para los miembros de la fuerza pública, en los siguientes términos:

“3.7. El orden de beneficiarios (...) de la sustitución de la asignación de retiro (...) será establecido teniendo en cuenta los miembros del grupo familiar y el parentesco con el titular.

// En todo caso tendrán la calidad de beneficiarios, para la sustitución de la asignación de retiro (...):

3.7.1. En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite. En caso de que la sustitución de la asignación de retiro (...) se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos inmediatamente anteriores a su muerte.

3.7.2. En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con este. La sustitución de la asignación de retiro (...) se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha sustitución. Si tiene hijos con el causante aplicará el numeral 3.7.1.

Si respecto de un titular de asignación de retiro (...) hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los numerales 3.7.1 y 3.7.2. del presente numeral, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco (5) años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la sustitución de la asignación de retiro o de la pensión de invalidez o de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al numeral 3.7.1 en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco (5) años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente.

3.8. Las asignaciones de retiro (...) y su sustitución, (...) en ningún caso serán inferiores al salario mínimo legal mensual vigente. La sustitución de la pensión será igual a lo que venía disfrutando el titular, con excepción de los porcentajes adicionales para quienes se

pensionen a partir de la vigencia de la presente Ley. En todo caso, la asignación mensual de retiro de los soldados profesionales no podrá ser inferior a uno punto dos (1.2) salarios mínimos legales mensuales vigentes.”

El citado orden de beneficiarios fue reiterado en el párrafo 2° del artículo 11 del Decreto Ejecutivo 4433 de 2004, dictado por el Presidente de la República al amparo de la citada ley marco o cuadro, en el que fijó el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la fuerza pública, quienes en la proporción establecida, “tendrán derecho a una pensión mensual que será pagada por la entidad correspondiente, equivalente a la totalidad de la asignación o pensión que venía disfrutando el causante.”³⁴

4.7. Con todo, la asignación de retiro forzoso se constituye en una modalidad de derecho pensional a la que pueden acceder los integrantes de la fuerza pública, previo el cumplimiento de los requisitos establecidos en la Ley 923 de 2004 y el Decreto 4433 de 2004. De igual manera, se trata de una prestación que en términos de igualdad y con el fin de que no existan tratamientos discriminatorios, los cuales resultan inadmisibles en un Estado Social de Derecho, puede ser sustituida a la compañera o compañero permanente, donde tienen cabida las parejas del mismo sexo, siempre que sean satisfechos los presupuestos establecidos en la normatividad.

5. Solución del caso concreto

5.1. Inexistencia de temeridad

5.1.1. Teniendo en cuenta que uno de los reparos planteados por la entidad demandada, es el supuesto ejercicio temerario de la acción de tutela por parte de la actora, la Sala entra a constatar la veracidad del argumento con fundamento en el material probatorio que reposa en el expediente.

5.1.2. Como un deber de colaboración para el buen funcionamiento de la administración de justicia (Art. 95-7 de la C.P.) y de no abuso de los derechos propios (Art. 95-1 de la C.P.), el artículo 38 del Decreto 2591 de 1991, establece que será considerada actuación temeraria, aquella en virtud de la cual “sin motivo expresamente justificado, la misma acción de tutela sea presentada por la misma persona o su representante ante varios jueces o tribunales”, lo cual conlleva al rechazo o la decisión desfavorable de todas las solicitudes.

Se trata entonces de una previsión normativa que, en primer término, busca preservar el principio de cosa juzgada y, por consecuencia, que no se ponga en riesgo la seguridad jurídica o la certidumbre de las controversias jurídicas que han sido decididas en uno u otro sentido. No de otra manera puede garantizarse plenitud, consistencia y coherencia de un ordenamiento jurídico.

Dentro de este contexto, la jurisprudencia constitucional ha considerado que la temeridad tiene lugar cuando se presenta identidad de partes, de hechos, de objeto y ausencia de justificación suficiente para interponer la nueva acción tutelar, es decir, mala fe o abuso del derecho de acceso a la administración de justicia. Sin embargo, en materia de tutela se hace necesario que el juez efectúe una valoración racional de la controversia puesta a consideración, para lo cual deberá efectuar un juicio de temeridad flexible, con el fin de que sea garantizada la efectividad de los derechos contenidos en la Carta Fundamental.

5.1.3. En el asunto objeto de revisión, no hay lugar a calificar como temeraria la actuación de la demandante, teniendo en cuenta que la acción de tutela promovida en el año 1999 que no accedió al reconocimiento de la misma prestación que ahora reclama, por no encontrarse satisfecho el requisito de subsidiariedad, contaba con la peculiaridad de que la entidad demandada no se había pronunciado definitivamente respecto del reconocimiento del derecho prestacional reclamado en reiteradas oportunidades (folios 70 a 72 del cuaderno de revisión)³⁵, circunstancia que no se presenta en esta oportunidad, en la medida en que CASUR mediante resolución N° 04539 del 25 de agosto de 2004, luego de una dilación injustificada en el trámite administrativo, denegó la sustitución de la asignación mensual de retiro forzoso y extinguió definitivamente la prestación, decisión administrativa que no ha sido objeto de reproche constitucional ulteriormente.

A lo anterior, debe agregarse la condición de persona de la tercera edad (75 años) y el estado de salud de la señora Hernández de Leiva que se ha visto afectado como consecuencia de la disminución visual puesta de presente a lo largo del trámite tutelar, lo cual es constitutivo de hechos nuevos que de ninguna manera permitirían circunscribir la actuación de la tutelante dentro de los márgenes de la temeridad.

5.2. Procedencia de la acción de tutela promovida por la señora Abigail Hernández de Leiva

5.2.1. Otra cuestión que debe ser verificada antes de efectuar el estudio de fondo del asunto puesto a consideración del juez de tutela, es la relativa a la procedencia de la acción tutelar, teniendo en cuenta que la demandante cuenta con la acción de nulidad y restablecimiento del derecho para impugnar la resolución N° 04539 del 25 de agosto de 2004, decisión administrativa respecto de la cual no opera el fenómeno de la caducidad de la acción por tratarse de una prestación periódica, postura que ha venido acogiendo el Consejo de Estado³⁶ y que esta Corporación ha considerado conforme a la Constitución³⁷, en tanto reivindica el principio constitucional de la dignidad humana.

5.2.2. Al respecto, no sobra recordar que la acción de tutela tiene por objeto la protección efectiva e inmediata de los derechos fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de autoridades públicas o de particulares. Uno de los principios que habilita la posibilidad de hacer uso de ella, es el de subsidiariedad o residualidad, lo cual supone que solamente es viable su ejercicio cuando el afectado no dispone de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable³⁸.

Ese carácter residual obedece concretamente a la necesidad de preservar el reparto de competencias atribuido por la Carta Fundamental a las diferentes autoridades judiciales a partir de los procedimientos ordinarios o especiales, lo cual tiene apoyo en los principios constitucionales de independencia y autonomía de la actividad judicial, escenarios en los que tiene cabida igualmente la protección de derechos de naturaleza constitucional, inclusive los denominados fundamentales, teniendo en cuenta que uno de los fines esenciales del Estado es “garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución” (Art. 2° C.P.). Así las cosas, sostener que la única vía procesal instituida para garantizar la efectividad de los derechos fundamentales es la acción de tutela, es tanto como desconocer que el valor normativo de la Constitución trasciende a todo el poder público.

Por tal razón, la acción de amparo constitucional no puede convertirse en un mecanismo alternativo, sustitutivo, paralelo o complementario de los diversos procedimientos judiciales, exigencia que puede morigerarse cuando el juez constitucional encuentre que se configura un perjuicio irremediable, en virtud del cual la tutela de los derechos debe ser concedida como mecanismo transitorio, mientras la autoridad judicial competente decide de fondo la acción correspondiente³⁹.

5.2.3. Así mismo, este Tribunal ha dispuesto que la constatación de los presupuestos de procedencia de la acción de tutela cuando se trata de niños o niñas, hombres o mujeres cabeza de familia, discapacitados, ancianos, miembros de grupos minoritarios o personas en situación de pobreza extrema, población desplazada, etc, debe partir de un criterio de valoración flexible, dadas las circunstancias de debilidad manifiesta en que se encuentran, lo cual armoniza con el principio de dignidad humana y la necesidad de que en un Estado Social de Derecho existan condiciones de igualdad real y efectiva⁴⁰. Sobre el particular, la Corte en sentencia T-515A de 2006⁴¹, dijo:

“Ahora bien, es pertinente acotar que en materia de procedibilidad de la acción de tutela, la Corte ha manifestado que, no obstante la rigurosidad con que el juez debe evaluar los requisitos exigidos para dar curso al mecanismo de amparo, existen situaciones especiales en las que el análisis de procedencia de la acción debe desatarse de manera más amplia y permisiva, en atención a la especial naturaleza de las personas que solicitan la protección de sus derechos constitucionales fundamentales.

Así, en aras de hacer efectiva la especial protección que el constituyente ha dispuesto para sujetos tales como los niños, las mujeres cabeza de familia, los ancianos, los miembros de minorías o personas en condiciones de extrema pobreza, el juez constitucional debe estudiar las características del perjuicio irremediable con un criterio de razonabilidad más comprensivo, de tal suerte que, en relación con estas personas, dadas sus condiciones de vulnerabilidad, debilidad o marginalidad, se permita ampliamente su acceso al mecanismo de protección de derechos fundamentales.” ⁴²

5.2.4. En ese orden de ideas, la Sala encuentra que la acción de tutela es el mecanismo idóneo con el que cuenta la actora para dirimir lo relativo a la titularidad de la sustitución de la asignación mensual de retiro, teniendo en cuenta que se trata de una persona de la tercera edad (75 años), que ha venido teniendo una sensible disminución del sentido de la visión, lo cual indudablemente no le permite contar con la misma autonomía y autodeterminación, a lo que debe agregarse la precaria condición económica alegada, lo cual no le permite acceder a los bienes y servicios básicos que hagan posible su procura existencial.

A lo anterior, se agrega que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho promovida

en el año 2008, fue rechazada por falta de diligencia del profesional del derecho que en ese momento estaba representando sus intereses, al no haber subsanado oportunamente la demanda dentro del término concedido, lo cual constituye un principio de razón suficiente para no declarar per se la improcedencia del amparo solicitado, reivindicándose así el acceso efectivo a la administración de justicia.

Así las cosas, más allá de que la actora cuente con otro mecanismo de defensa judicial para controvertir la decisión administrativa dictada por CASUR43, que negó la sustitución del aludido derecho pensional, la Corte encuentra que por razones de eficacia, la solicitud de tutela formulada se constituye en el medio de defensa idóneo para la demandante, pues debe tenerse en cuenta que por su avanzada edad y el cúmulo de asuntos que a diario debe resolver la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, se corre el riesgo de que en vida no conozca el sentido del fallo, tornándose inane la protección de los derechos fundamentales.

5.2.5. Por último, las especiales condiciones de vulnerabilidad y debilidad manifiesta en las que se encuentra la actora, permiten dar por superado el requisito de inmediatez, con independencia de que la última actuación emprendida hubiera sido la aludida acción judicial.

5.3. La actuación de CASUR es discriminatoria y vulnera los derechos fundamentales de la señora Abigail Hernández de Leiva

5.3.1. El trámite administrativo que dio lugar a la controversia que debe resolver el juez constitucional, se remonta al año 1986 luego del deceso del señor Enrique Leiva Rodríguez el 6 de abril del mismo año, con ocasión de la solicitud de sustitución de la asignación mensual de retiro formulada por la demandante, invocando la condición de cónyuge legítima y representante legal de dos hijos que, para ese entonces, eran menores de edad (folio 20 del cuaderno principal). Pocos días después, la señora Evangelina Mendoza de Leiva, también como cónyuge supérstite, solicitó el mismo reconocimiento (folio 22 del cuaderno anexo). Dichas peticiones tenían como punto de apoyo para que fuera declarado el derecho en calidad de beneficiarias, la circunstancia de haber contraído matrimonio católico con el señor Leiva Rodríguez⁴⁴, lo cual llevó a que la demandada dictara la resolución N° 1010 del 27 de marzo de 1987⁴⁵, que en lo pertinente expresó:

“(…) Que la señora EVANGELINA MENDOZA DE LEYVA, mediante apoderado solicita el

reconocimiento y pago de sustitución de asignación mensual de retiro a que cree tener derecho como cónyuge supérstite del extinto Agente (r) LEYVA RODRIGUEZ ENRIQUE, cuyo matrimonio se celebró el 26 de mayo de 1933.

Que a pesar del vínculo preexistente antes mencionado y según registro civil de matrimonio visible al folio 7 del expediente, el causante nuevamente figura ser casado con la señora ABIGAIL HERNANDEZ DE LEYVA de cuya unión nacieron los siguientes hijos: JORGE ENRIQUE, MARTA LUCIA, GUILLERMO LEON, GLORIA INES, NUBIA ISABEL, FLOR AMPARO, MARIA CRISTINA, NANCY YANNET y ANA MILENA LEYVA HERNANDEZ.

(...)

Que de acuerdo con el Artículo 157 del Decreto 2063 del 24 de agosto de 1984 se debe dejar pendiente por reconocer y pagar el restante 50% de la prestación que le pueda corresponder a la señora EVANGELINA MENDOZA DE LEYVA ó (sic) a la señora ABIGAIL HERNANDEZ DE LEYVA, hasta tanto se decida judicialmente a que (sic) persona corresponde la cuota de sustitución de asignación mensual de retiro, como consecuencia de los matrimonios celebrados el 26 de Mayo de 1933 el primer y el 26 de diciembre de 1951 el segundo.

(...)

RESUELVE:

(...)

ARTICULO 5º. Dejar pendiente por reconocer y pagar el restante 50% de la prestación a que puedan tener derecho la señora EVANGELINA MENDOZA DE LEYVA ó la señora ABIGAIL HERNÁNDEZ DE LEIVA, hasta tanto se decida judicialmente a que (sic) persona le corresponde la citada cuota.”

Dicha suspensión solamente cesó, luego de haber sido dictada la resolución N° 04539 del 25 de agosto de 200446, que decidió con fundamento en el Decreto 2063 de 1984 y demás normas concordantes, negar el reconocimiento y pago de la asignación de retiro, bajo la consideración de que la actora omitió iniciar el trámite judicial respectivo para establecer la titularidad de la prestación, para lo cual enfatizó en que el fallecimiento de la señora Evangelina Mendoza de Leiva, no resultaba suficiente para dirimir la controversia suscitada.

Del mismo modo, declaró extinguido el derecho a partir del 1° de junio de 1996, luego de constatar que no existían más beneficiarios.

5.3.2. Lo primero que debe indicar la Sala, es que la validez o invalidez de los matrimonios católicos contraídos por el señor Enrique Leiva Rodríguez con las señoras Evangelina Mendoza de Leiva y Abigail Hernández de Leiva, es una discusión estrictamente legal que exige un importante debate probatorio, lo cual escapa de la órbita de competencia del juez de tutela. Así las cosas, se trata de actuaciones que gozan de presunción de legalidad, por cuanto fueron celebrados ante la correspondiente autoridad eclesiástica y no han sido enervadas por quienes están legitimados para tal efecto.

Sin embargo, más allá de que hipotéticamente el segundo matrimonio sea nulo y en consecuencia no surta efecto jurídico alguno en los términos del artículo 140-12 del Código Civil⁴⁷, lo cual probablemente hubiera hecho incurrir al señor Leiva Rodríguez en los delitos de bigamia y matrimonio ilegal, que se encontraban tipificados para ese momento en el Código Penal (Decreto-Ley 100 de 1980, Arts. 260 y 261)⁴⁸, lo único cierto es que la convivencia ininterrumpida de la actora con él durante 35 años, se constituye en una razón de sobra para sostener que existió un trato discriminatorio en la decisión administrativa dictada por CASUR que no accedió al reconocimiento de la sustitución de la asignación de retiro.

Así las cosas, el argumento expuesto por la entidad administrativa demandada, en virtud del cual “la accionante debía iniciar el respectivo proceso ante la justicia ordinaria, con el fin de establecer a que (sic) persona corresponde la prestación en calidad de cónyuge”, no es de recibo desde la perspectiva constitucional, pues deja de lado que la familia como institución básica de la sociedad (Art. 5 C.P), respecto de la cual se garantiza su protección integral, puede constituirse tanto por vínculos jurídicos como naturales (Art. 42 C.P), lo cual significa que no solamente los matrimonios encuentran amparo en la Carta Fundamental, sino también las llamadas uniones de hecho en igualdad de condiciones. Al respecto, la Corte en sentencia T-553 de 1994⁴⁹, expresó:

“El esposo o esposa en el caso del matrimonio y el compañero o compañera permanente, si se trata de unión de hecho, gozan de la misma importancia y de iguales derechos, por lo cual están excluidos los privilegios y las discriminaciones que se originen en el tipo de vínculo

contractual. Todas las prerrogativas, ventajas o prestaciones y también las cargas y responsabilidades que el sistema jurídico establezca a favor de las personas unidas en matrimonio son aplicables, en pie de igualdad, a las que conviven sin necesidad de dicho vínculo formal. De lo contrario, al generar distinciones que la preceptiva constitucional no justifica, se desconoce la norma que equipara las dos formas de unión y se quebranta el principio de igualdad ante la ley que prescribe el mismo trato a situaciones idénticas”.

Del mismo modo, en sentencia C-105 de 199450, precisó:

“a) La Constitución pone en un plano de igualdad a la familia constituida ‘por vínculos naturales o jurídicos’, es decir, a la que surge de la ‘voluntad responsable de conformarla’ y a la que tiene su origen en el matrimonio.

b) ‘El Estado y la Sociedad garantizan la protección integral de la familia’, independientemente de su constitución por vínculos jurídicos o naturales, lo cual es consecuencia lógica de la igualdad de trato.

c) Por lo mismo, ‘la honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables’, sin tener en cuenta el origen de la misma familia.

d) Pero la igualdad está referida a los derechos y obligaciones, y no implica identidad. Prueba de ello es que el mismo artículo 42 reconoce la existencia del matrimonio.

En conclusión: según la Constitución, son igualmente dignas de respeto y protección las familias originadas en el matrimonio o constituidas al margen de éste.”

Por ello, llama la atención de la Sala que el análisis efectuado por la entidad administrativa demandada, tan sólo se hubiera circunscrito a constatar la anulación de uno de los vínculos matrimoniales contraídos por el señor Leiva Rodríguez, para determinar la titularidad de la

prestación, desconociendo claros dictados constitucionales que garantizan la igualdad de derechos entre cónyuges y compañeros permanentes.

5.3.3. A lo anterior, se agrega que el Decreto 2063 de 1984 en el que se apoyó la decisión era inaplicable, en tanto el marco normativo vigente al momento de dictar la decisión administrativa, estaba contenido en el Decreto 1213 de 1990, que en lo que hace referencia con el orden de beneficiarios para acceder a las prestaciones sociales por causa de muerte de un agente de la Policía Nacional en servicio activo o en goce de asignación de retiro o pensión, consagraba únicamente al cónyuge sobreviviente (Art. 132). Sin embargo, con posterioridad el Decreto 1029 de 1994, definió la familia como aquella que está constituida por el cónyuge o compañero permanente (Art. 110), precisando que a partir de su vigencia (Art. 111), los derechos consagrados en el citado Decreto 1213, “se reconocerán y pagarán a la familia, de conformidad con la definición contenida en el artículo 110 de este Decreto.”⁵¹

En ese orden de consideraciones, se configuró una vía de hecho por defecto sustantivo, al haber sido aplicada una normatividad que se encontraba derogada y, que adicionalmente, planteaba problemas de inconstitucionalidad sobreviniente, derivados del desconocimiento del principio de igualdad prodigado por el ordenamiento constitucional para las familias constituidas por vínculos naturales.

5.3.4. Ahora bien, con independencia del deceso de la señora Evangelina Mendoza de Leiva en el año 1999, quien en todo caso no convivía con el señor Enrique Leiva Rodríguez⁵², habiéndose declarado la separación definitiva de bienes y la liquidación de la sociedad conyugal⁵³, el reconocimiento del derecho ha debido efectuarse a favor de la demandante desde el momento en el que entró en vigencia la Constitución Política, esto es, el 7 de julio de 1991⁵⁴, momento a partir del cual la igualdad de derechos se extendió a las familias conformadas por vínculos naturales. Lo anterior, teniendo en cuenta la convivencia ininterrumpida de la actora con el señor Leiva Rodríguez durante aproximadamente 35 años, lo cual indudablemente demuestra que existió un vínculo afectivo y moral con todos los deberes y obligaciones derivados del mismo, a tal punto que procrearon 11 hijos.

De igual manera, la circunstancia de que el Decreto 1213 de 1990 no hiciera referencia expresa a un período de convivencia mínimo para acceder a la sustitución de la asignación de retiro, lo cual no ocurre actualmente⁵⁵, no se constituye en un argumento importante

para denegar la prestación reclamada, resultando suficiente la configuración de la unión marital de hecho por un lapso no inferior a dos años, en los términos de la Ley 54 de 1990 (Art. 2°, literal b)⁵⁶, lo cual hace presumir la existencia de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes.

5.3.5. No sobra recordar, que el Estado, la sociedad y la familia concurrirán para la protección y la asistencia de las personas de la tercera edad y promoverán su integración a la vida activa y comunitaria. En ese orden de ideas, por tratarse de sujetos de especial protección constitucional que gozan de una tutela reforzada, es que le corresponde al juez de tutela disponer lo necesario con el fin de que sean implementadas medidas afirmativas que permitan garantizar la efectividad de los derechos de esta población especialmente vulnerable.

5.3.6. Del mismo modo, la jurisprudencia constitucional ha dispuesto en términos generales que la vulneración o amenaza del derecho al mínimo vital, requiere constatar que “(i) el salario o mesada sea el ingreso exclusivo del trabajador o pensionado o existiendo ingresos adicionales sean insuficientes para la cobertura de sus necesidades básicas y que (ii) la falta de pago de la prestación genere para el afectado una situación crítica tanto a nivel económico como psicológico, derivada de un hecho injustificado, inminente y grave”⁵⁷, exigencias que deben ser valoradas con un criterio de razonabilidad más amplio cuando se trata de personas de la tercera edad.

En consecuencia, no toda actuación que comprometa el mínimo vital de este tipo de sujetos, debe ser automáticamente puesta a consideración de la Jurisdicción Constitucional, pues téngase en cuenta que en virtud del efecto de irradiación o impregnación de la Constitución, en un estado constitucional de derecho todos los ámbitos administrativos y judiciales tienen la virtualidad de protegerlo. Piénsese por ejemplo, en una persona que ha venido devengando una pensión de vejez de \$ 5'000.000”, pero que con ocasión de una revisión administrativa oficiosa, con sujeción al debido proceso, la correspondiente autoridad encuentra que algunos factores salariales fueron incluidos erradamente, concluyendo que el monto de la prestación no puede ascender de \$ 1'500.000. Nótese que la disminución económica es sensible y seguramente afecta el mínimo vital.

Sin embargo, para que la discusión trascienda al escenario constitucional, debe estar

probado que se trata del mínimo vital de subsistencia, que ha sido entendido por este órgano colegiado como el “conjunto de condiciones materiales necesarias para asegurar la congrua subsistencia de cada persona en particular.”⁵⁸ Por tal razón, la valoración del juez de tutela debe ser efectuada en concreto, para lo cual tendrá en cuenta todos y cada uno de los factores que permitan garantizar la calidad de vida de la persona “que, no obstante su modestia, corresponda a las exigencias más elementales del ser humano.”⁵⁹

Dentro de tal contexto, la circunstancia de que la señora Abigail Hernández de Leiva no perciba ningún tipo de ingreso económico mensual, que exista imposibilidad real para que acceda a un empleo en tanto cuenta con 75 años de edad y que tenga que vivir de la caridad de la gente y de sus hijos, a lo que debe agregarse que es titular legítima de la sustitución del derecho pensional reclamado, son razones constitucionalmente suficientes para considerar que el mínimo vital y la dignidad humana se encuentran seriamente afectados, por lo cual es necesario acceder al amparo deprecado como mecanismo definitivo y de manera retroactiva⁶⁰.

5.3.7. Por las razones expuestas, la Corte revocará la sentencia emanada del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “D” el 17 de junio de 2010, que declaró la improcedencia del amparo deprecado por la señora Abigail Hernández de Leiva y, en su lugar, tutelaré los derechos fundamentales al debido proceso, seguridad social, mínimo vital, igualdad y vida en condiciones dignas. En consecuencia, ordenaré a CASUR que dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación de esta providencia, dicte un acto administrativo en el que reconozca y pague la sustitución de la asignación mensual de retiro a la que tiene derecho la demandante, incluyendo aquellas mesadas que no se encuentran prescritas.

5.4. El derecho de petición no fue vulnerado por la demandada

5.4.1. Para terminar, verificado el expediente administrativo remitido por CASUR, no encuentra la Corte afectación alguna al derecho de petición, por cuanto la solicitud de reconocimiento y pago de la sustitución de la asignación mensual de retiro forzoso efectuada el 5 de marzo de 2008⁶¹, fue respondida el 14 del mismo mes y año, en los siguientes términos:

“Le informo que revisado el expediente administrativo del señor Agente (f) LEYVA

RODRIGUEZ ENRIQUE y como es de su conocimiento, en cumplimiento al fallo de tutela proferido por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Resolución No. 4539 del 25-08-2004, providencia que se encuentra debidamente notificada, ejecutoriada y goza de presunción de legalidad, entre otros pronunciamientos, se negó el reconocimiento de la cuota de sustitución de asignación mensual de retiro a su poderdante señora ABIGAIL HERNANDEZ, asimismo, en el citado acto administrativo se extinguió definitivamente la sustitución de asignación mensual de retiro, resolvió de fondo la solicitud de la mencionada señora, razón por la cual no es procedente atender favorablemente su pretensión.”62

5.4.2. En consecuencia, esta corporación, contrario a lo sostenido por el Juzgado 31 Administrativo del Circuito de Bogotá, colige que el derecho fundamental de petición no fue transgredido por la entidad demandada.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución

RESUELVE

Primero.- REVOCAR la sentencia emanada del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “D” el 17 de junio de 2010, que declaró la improcedencia del amparo deprecado por la señora Abigail Hernández de Leiva y, en su lugar, TUTELAR definitivamente los derechos fundamentales al debido proceso, seguridad social, mínimo vital, igualdad y vida en condiciones dignas.

Segundo.- ORDENAR a la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional -CASUR-, que dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación de esta providencia, dicte un acto administrativo en el que reconozca y pague la sustitución de la asignación mensual de retiro a la que tiene derecho la demandante, incluyendo aquellas mesadas que no se encuentran prescritas.

Tercero.- LÍBRESE por Secretaría la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

JUAN CARLOS HENAO PEREZ

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

Con aclaración de voto

JORGE IVAN PALACIO PALACIO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

ACLARACION DE VOTO A LA SENTENCIA T-1022/10 DEL

MAGISTRADO GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

PRESCRIPCION DE MESADA PENSIONAL-Interrupción

Referencia: expediente T-2755260

Magistrado Ponente:

JUAN CARLOS HENAO PEREZ

Mi aclaración de voto en éste asunto va encaminado a hacer claridad respecto de las consecuencias que podrían derivarse de la declaratoria de prescripción de las mesadas que habrán de reconocerse a la demandante como consecuencia de la decisión adoptada.

Frente al fenómeno de la prescripción de mesadas pensionales (que no del derecho a la pensión en sí) la jurisprudencia ha expresado que el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral y el artículo 41 de la Ley 3135 de 1968, reglamentado este último por el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 referidos a la prescripción de la acción laboral dan cuenta de que escritos como los presentados por el interesado ciertamente interrumpen la prescripción pero “no para siempre” hacia futuro sino “por una sola vez” y “por un lapso igual”, es decir, que

los efectos de la interrupción de la prescripción en virtud de los aludidos artículos solo duran tres años y si el escrito sirve de vía gubernativa para iniciar un proceso que efectivamente se promueve o inicia, los efectos de la prescripción “por una sola vez” perdurarían hasta que el proceso termina.

Las expresiones normativas mencionadas al enfatizar lo concerniente a que la suspensión de la prescripción se da por una sola vez y, a lo sumo, por un término igual (tres años) descartan la idea de que, sucesivos o reiterados reclamos sobre un mismo derecho determinen la interrupción de la prescripción a perpetuidad. Tales enunciados incorporan una noción clara que estimo no se puede soslayar.

Todo lo anterior indica que interrumpida la prescripción mediante un escrito presentado en ejercicio del derecho de petición reclamando un derecho específico ello generaría la suspensión de la prescripción solo por una sola vez. Luego, vencido el término de suspensión la prescripción continuaría sin que, por vía de escritos presentados, en ejercicio del derecho de petición, quepa alegar nuevamente la suspensión del aludido fenómeno extintivo.

Así las cosas la interrupción que cabría admitir en este caso, una vez más, de manera excepcional, atendiendo la estirpe constitucional del medio judicial de que aquí se trata, sería solo como consecuencia de su presentación. Esta última tuvo lugar el 30 de abril de 2010, luego atendiendo la mecánica aplicada para los casos de prescripción de mesadas, las causadas antes del 30 de abril de 2007 estarían afectadas por el aludido fenómeno.

Fecha ut supra.

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

1 Aunque la demandante refiere en principio la condición de compañera permanente de Enrique Leiva Rodríguez, en el expediente administrativo obra acta de matrimonio católico celebrado en la parroquia de Nuestra Señora del Rosario el 17 de agosto de 1981 (Folio 35 del cuaderno anexo). Así mismo, el notario Gustavo Rodríguez R., dio fe pública el 23 de enero de 1959, de que “al folio trescientos veintisiete (327) del tomo quince (15) de Registro

Civil de Matrimonios, aparece una partida que dice: (...) [el] día veintiséis (26) del mes de Diciembre de mil novecientos cincuenta y uno (1951) contrajeron matrimonio católico en la Iglesia de Cunday, el señor ENRIQUE LEYVA de 35 años de edad, natural de Cunday, República de Colombia, vecino de Bogotá, de estado civil anterior soltero (sic) de profesión empleado y la señorita ABIGAIL HERNÁNDEZ de 17 años de edad, natural de Benadillo (sic) (Tolima), República de Colombia, de estado civil anterior soltera de profesión hogar.” (Folio 84 del cuaderno anexo).

2 Folio 3 del cuaderno principal.

3 Folio 4 ibídem.

4 Ibídem.

5 Folio 3 ibíd.

6 Folio 5 ibíd.

7 Aunque en el escrito de tutela la demandante afirmó que la petición fue presentada el 5 de agosto de 2008, verificado el expediente administrativo pudo constatarse que realmente fue elevada el 5 de marzo de la misma anualidad.

8 Folio 12 ibíd.

9 Folio 12 ibíd.

10 Folio 91 ibíd.

11 Ibídem.

12 Folio 104 reverso.

13 Folio 117 del cuaderno principal.

14 Folio 140 ibíd.

15 Folio 138 ibíd.

16 Folio 14 del cuaderno de revisión.

17 Folio 16 ibídem.

18 Ibídem.

20 Folio 19 ibíd.

21 Ibídem.

22 Recuérdese que el expediente administrativo da cuenta de que el señor Enrique Leiva Rodríguez contrajo matrimonio católico en dos oportunidades. El primero, con la señora Evangelina Mendoza de Leiva el 26 de mayo de 1933 (folio 27 del cuaderno anexo), mientras que el segundo con la señora Abigail Hernández de Leiva, tiene como probables fechas de celebración el 26 de diciembre de 1951 y el 17 de agosto de 1981 (folios 84 y 35, respectivamente, del cuaderno anexo).

23 Cfr. T-620 de 2002 y T-1049 de 2006, M. P. Álvaro Tafur Galvis, T-406 de 2001, M. P. Rodrigo Escobar Gil, T-668 de 2009, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y T-165 de 2010, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

24 M. P. Rodrigo Escobar Gil.

25 T-083 de 2004, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

26 Sobre el alcance del perjuicio irremediable pueden consultarse las sentencias T-225 de 1993, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa, T-161 de 2005, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-1034 de 2006, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, T-598 de 2009, M. P. Juan Carlos Henao Pérez.

27 Al respecto, el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004, dispone: “PRESCRIPCIÓN. Las mesadas de la asignación de retiro y de las pensiones previstas en el presente decreto prescriben en tres (3) años contados a partir de la fecha en que se hicieron exigibles. // El reclamo escrito recibido por la autoridad competente sobre un derecho, interrumpe la prescripción, por un lapso igual. // Los reclamos dejados de pagar como consecuencia de la prescripción de que trata el presente artículo, permanecerán en la correspondiente entidad

pagadora y se destinarán específicamente al pago de asignaciones de retiro en las Cajas o de pensiones en el Ministerio de Defensa Nacional o en la Dirección General de la Policía Nacional, según el caso.

28 La Corte arribó a la misma conclusión en la sentencia T-546 de 2008, M. P. Clara Inés Vargas Hernández, en un caso en el que el Seguro Social negó el reconocimiento de la indemnización sustitutiva a la que tenía derecho la demandante, argumentando que había prescrito.

29 La Corte luego de constatar la existencia de unidad normativa, también expulsó del ordenamiento jurídico el precepto de la Ley 797 de 2003, que confería facultades extraordinarias al Presidente de la República.

30 El artículo 45 del Decreto 2070 de 2003, establecía: “VIGENCIA Y DEROGATORIAS. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación, deroga las demás disposiciones que le sean contrarias y, en especial, los artículos 193 del Decreto-ley 1211 de 1990, 167 del Decreto-ley 1212 de 1990, 125 del Decreto 1213 de 1990, Ley 103 de 1912, y los artículos 39 y 40 del Decreto-ley 1793 de 2000.”

31 Cfr. C-432 de 2004, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

32 Promulgada en el diario oficial N° 45777 del 30 de diciembre de 2004.

33 Mediante sentencia C-029 de 2009, M. P. Rodrigo Escobar Gil, la Corte declaró exequibles las expresiones “el compañero o la compañera permanente”, “la compañera o compañero permanente”, “la compañera permanente” “un compañero o compañera permanente” “Compañero (a) permanente” y “compañero o compañera permanente”, contenidas en el artículo 3° de la Ley 923 de 2004, en el entendido de que, en igualdad de condiciones, las mismas también se aplican en relación con los integrantes de parejas del mismo sexo.

34 Decreto 4433 de 2004, Art. 40.

35 Desde la Resolución N° 1010 de 1987, la entidad demandada decidió “[d]ejar pendiente por reconocer y pagar el restante 50% de la prestación a que puedan tener derecho la señora EVANGELINA MENDOZA DE LEYVA ó la señora ABIGAIL HERNÁNDEZ DE LEYVA, hasta tanto se decida judicialmente a que persona le corresponde la citada cuota.” Cfr. folios 58 a 62 del

cuaderno anexo.

36 En sentencia del 2 de octubre de 2008, la Sala Plena del Consejo de Estado replanteó su jurisprudencia, en el sentido de que los actos administrativos que niegan el reconocimiento de un derecho de naturaleza pensional, no son susceptibles de término de caducidad para iniciar la acción judicial ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

37 Cfr. T-618 de 2009, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.

38 Cfr. T-336 de 2009, M. P. Juan Carlos Henao Pérez, T-436 de 2009, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, T-785 de 2009, M. P. María Victoria Calle Correa, T-799 de 2009, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva, T-130 de 2010 y T-428 de 2010, M. P. Juan Carlos Henao Pérez, T-136 de 2010 y T-524 de 2010, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, T-719 de 2010 y T-774 de 2010, M. P. Nilson Pinilla Pinilla.

39 Sobre el alcance del perjuicio irremediable pueden consultarse las sentencias T-225 de 1993, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa y T-1034 de 2006, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

40 Cfr. T-719, T-789 de 2003 y T-015 de 2006, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-1109 de 2004, M. P. Jaime Córdoba Triviño, T-153 de 2006, M. P. Rodrigo Escobar Gil, T-546 de 2008, M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

41 M. P. Rodrigo Escobar Gil.

42 T-015 de 2006, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa y T-153 de 2006, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

43 Según información obtenida telefónicamente, la diligencia de audiencia de conciliación prejudicial efectuada ante la Procuraduría 125 Judicial II en Asuntos Administrativos de Bogotá el 23 de noviembre de 2010, fue declarada fallida por falta de ánimo conciliatorio (solicitud N° 223).

44 Folios 27 y 35 del cuaderno anexo.

45 La citada decisión administrativa fue objeto de recurso de reposición, siendo confirmada mediante resolución N° 1985 de 1987. Posteriormente, con ocasión de las reiteradas

solicitudes efectuadas por las señoras Abigail y Evangelina, CASUR reiteró la decisión de suspensión del 50% de la prestación reclamada, hasta tanto fuera allegada copia auténtica de la sentencia judicial que declarara la nulidad de uno de los matrimonios. Véanse, entre otros, los folios 95, 128, 136, 138, 165, 181, 246, 260 a 262, 264 a 266, 286 a 288 del cuaderno anexo que contiene el expediente administrativo.

46 Este acto administrativo que decidió negar la sustitución de la asignación de retiro, resultó de la orden impartida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá el 20 de agosto de 2004, en el trámite tutelar adelantado por la actora que protegió el derecho fundamental de petición (Cfr. Folio 298 del cuaderno anexo).

47 La disposición en cita señala: “El matrimonio es nulo y sin efecto en los siguientes casos: (...) 12. Cuando respecto del hombre o de la mujer, o de ambos estuviere subsistente el vínculo de un matrimonio anterior.”

48 La Ley 599 de 2000 “Por la cual se expide el Código Penal”, derogó estos tipos penales. Al respecto, este Tribunal en sentencia C-226 de 2002, M. P. Álvaro Tafur Galvis, concluyó que el Congreso al despenalizarlos no desconoció la Constitución.

49 M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

50 M. P. Jorge Arango Mejía.

51 En sentencia C-127 de 1996, M. P. Hernando Herrera Vergara, este Tribunal concluyó que la situación de discriminación que contenía el Decreto 1213 de 1990, había sido superada con la derogatoria expresa efectuada por el Decreto 1029 de 1994.

52 De esto da cuenta la comunicación radicada en CASUR el 12 de mayo de 1982, en la que solicita información de Enrique Leiva Rodríguez, “de quien hace el espacio de más de diez (10) años no tengo noticias”. Folio 16 del cuaderno principal.

53 Folios 17 a 19 ibídem.

54 La Corte al efectuar el estudio de disposiciones que excluían los vínculos naturales con el fin de que sean reconocidos derechos de contenido prestacional, ha declarado su constitucionalidad de manera condicionada, en el entendido de que la protección a los

compañeros permanentes debe efectuarse desde el momento en el que entró en vigencia la Constitución, esto es, el 7 de julio de 1991, aunque los efectos patrimoniales de las sentencias solamente se surten a partir de su notificación. Cfr. C-309 de 1996, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, C-464 de 2004, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, C-1126 de 2004, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa y C-121 de 2010, M. P. Juan Carlos Henao Pérez.

55 El artículo 3, numeral 3.7.1. de la Ley 923 de 2004, dispone que para efectos del reconocimiento de la sustitución de la asignación de retiro, “la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos inmediatamente anteriores a su muerte.”

57 SU-995 de 1999, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

58 T-326 de 2009, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

59 T-011 de 1998, M. P. José Gregorio Hernández Galindo. Igualmente, sobre el derecho al mínimo vital es ilustrativa la sentencia T-184 de 2009, M. P. Juan Carlos Henao Pérez.

60 Esta corporación en sentencia T-558 de 2010, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio, reconoció de manera definitiva y retroactivamente, la misma prestación económica a la demandante que contaba con 53 años de edad, luego de encontrar afectado de manera sensible el mínimo vital.

61 Erradamente la demandante indicó que la petición había sido elevada el 5 de agosto de 2008.

62 Folio 356 del cuaderno anexo.