

SECUESTRADO O DESAPARECIDO-Protección por la jurisprudencia constitucional

SECUESTRADO O DESAPARECIDO-Derecho de los beneficiarios a recibir el pago de salarios y prestaciones

SECUESTRADO O DESAPARECIDO-Condiciones para que se de la continuidad en el pago de salarios

Existe el derecho a la continuidad en el pago de salarios u honorarios a quien actúe como curador del servidor público o trabajador particular secuestrado o desaparecido, hasta tanto se produzca su libertad. El Estado o el empleador particular, según el caso, tienen la obligación de continuar pagando los salarios, sin perjuicio de que se pueda acudir a mecanismos de garantía como el seguro colectivo. En principio, el derecho a la continuidad en el pago de salarios u honorarios procede hasta tanto se produzca la libertad del secuestrado o desaparecido. Sin embargo, no se trata de una obligación a perpetuidad e irredimible, pues ella procede hasta tanto se cumpla una condición resolutoria; sea cual fuere el tiempo de privación de la libertad, la propia ley impone como límite la obtención de la libertad.

SECUESTRADO O DESAPARECIDO-Pago de salarios debe ordenarse por autoridad judicial

El pago de salarios a los familiares de trabajadores que han sido víctima de secuestro o desaparición forzada debe ser ordenado por la autoridad judicial encargada de conocer o dirigir el proceso por el respectivo delito, en tanto fue ese el mecanismo diseñado por el Legislador para el caso de los servidores públicos, y ampliado por la Corte en tratándose también de trabajadores particulares.

ACCION DE TUTELA EN CASO DE SECUESTRADO-Procedencia excepcional pago de salarios

SECUESTRADO O DESAPARECIDO-Pago de salarios procede si se prueba secuestro o desaparición

Finalmente como criterio adicional también recordó la jurisprudencia contenida en la sentencia T-788 de 2003, que para la procedencia del pago de salarios debe acreditarse

plenamente el hecho del secuestro o de la desaparición forzada. Sólo cuando existe certeza sobre la ocurrencia del ilícito es posible invocar esta especial protección, como ha sido la posición constante y reiterada de esta Corporación.

Reiteración de Jurisprudencia

Acción de tutela instaurada por Sugely Alejandra Hernández Lemus contra la Nación, el Ministerio de Defensa Nacional y las Fuerzas Militares.

Magistrado Ponente:

Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Bogotá, D.C., trece (13) de diciembre de dos mil cuatro (2004).

La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241, numeral 9º de la Constitución Política y en el Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

dentro del proceso de revisión del fallo proferido por la Sala Civil Familia del Tribunal Superior de Tunja, en el trámite de la acción de tutela instaurada por Sugely Alejandra Hernández Lemus contra la Nación, Ministerio de Defensa Nacional y las Fuerzas Militares.

I. ANTECEDENTES.

Sugely Alejandra Hernández Lemus instauró acción de tutela contra la Nación, el Ministerio de Defensa Nacional y las Fuerzas Militares, por considerar vulnerados los derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social suyos y de sus tres hijos menores, en razón a que a pesar de que su esposo se encuentra desaparecido, le fueron suspendidos el pago de salarios y demás prestaciones así como la prestación de servicios médicos.

Sustentó sus pretensiones en los siguientes hechos:

Contrajo matrimonio con el señor Jhon Jairo Bernal Ramírez, quien se desempeñaba como suboficial del Ejército Nacional, y con quien tuvo tres hijos quienes al momento de

interposición de la acción de tutela contaban con ocho, seis y tres años de edad. Afirma que para diciembre 10 de 2002 el Suboficial Bernal Ramírez se encontraba laborando en el Batallón Bolívar de la ciudad de Tunja, fecha en la que tuvo el último contacto telefónico con él, agrega que en esa llamada le informó que había solicitado la baja, pero que debía esperar 45 días para que le fuera aceptada. Indicó que las razones para que su cónyuge solicitara su salida del ejército y que a su juicio también lo fueron para su desaparición fueron las siguientes:

“- Investigación adelantada por el Juzgado 40 de Instrucción Penal Militar, a raíz de las denuncias formuladas por el suboficial JHON JAIRO BERNAL RAMIREZ, sobre las presuntas irregularidades presentadas por los mandos en el desarrollo de la operación denominada “Venus” adelantada entre los días 04 y 05 de marzo de 2002 en la Vereda El Amparo jurisdicción del Municipio de Puerto Berrío (Antioquia).

“- La gravedad de las anteriores denuncias derivaron en plurales investigaciones tanto en la jurisdicción penal militar, como en la Fiscalía General de la Nación, arrojando como resultados parciales la detención de varios de los mandos involucrados por las quejas del sargento JHON JAIRO BERNAL RAMIREZ.

“- Como consecuencia de estas actuaciones e investigaciones generadas por las denuncias del suboficial BERNAL RAMIREZ, este se vio constantemente amenazado como se desprende de sus declaraciones ante el juzgado 40 de instrucción penal militar.”

El 17 de febrero de 2003 denunció ante la Fiscalía General de la Nación la desaparición de su esposo desde el 10 de diciembre del 2003, sin que hasta la fecha las investigaciones realizadas muestren algún resultado.

Aunado a lo anterior, las Fuerzas Militares decidieron cesar el pago de los salarios y demás prestaciones económicas argumentando que el suboficial no ha laborado desde el 10 de diciembre de 2002 dejando a la demandante y a sus hijos en total desprotección, pues del salario de su cónyuge derivaban su sustento, posteriormente, en el mes de junio de 2003 les fue retirado el servicio médico que les era prestado por esa institución, agravando su situación y la de sus hijos. Solicita en consecuencia se ordene a las entidades demandadas que de manera transitoria restituyan el pago de salarios, prestaciones sociales y la prestación de servicios médicos para la demandante y para sus tres menores hijos, esto

mientras operan los mecanismos de la justicia ordinaria.

II. INTERVENCIÓN DE LAS FUERZAS MILITARES DE COLOMBIA.

El Coronel Germán Saavedra Prado, Subdirector de Personal del Ejército Nacional, en oficio dirigido a la Sala Civil Familia del Tribunal Superior de Tunja, solicitó desestimar las pretensiones del demandante. Informó que “El señor JHON JAIRO BERNAL RAMIREZ se desempeñaba en el Ejército como Sargento Segundo, mediante Resolución No. 585 del 24 de junio de 2003 fue retirado del servicio activo por inasistencia al servicio por más de 10 días con novedad fiscal del 21 de diciembre de 2002.

“Es cierto que el señor Sargento Segundo JHON JAIRO BERNAL RAMIREZ solicitó su retiro del servicio el 10 de diciembre de 2002, pero también es cierto que el Comando de la Fuerza no aceptó su retiro y le solicitó reconsiderara su baja, durante este trámite el Señor suboficial inasistió al servicio, no esperó que le fuera elaborado el acto administrativo de retiro y notificado. Como servidor público debe aguardar la expedición del acto administrativo y su comunicación o notificación, y así evitar la inasistencia al servicio, que para el caso en cita ocurrió.

“Por lo anterior no entendemos porque la señora dice que le estamos violando algún derecho si la fuerza obró de acuerdo a la normatividad castrense. Sin embargo resulta imperioso y ante una presunta desaparición que la accionante adelante los trámites pertinentes para que se inicie el proceso por presunción de muerte por desaparecimiento y una vez se culmine se anexe copia de los fallos para estudiar la posibilidad de modificar la causal de retiro si hubiere lugar a ello.

“En cuanto a las prestaciones sociales me permito informar que la Dirección de Prestaciones Sociales ya elaboró la Resolución reconociendo las prestaciones sociales por tanto deben anexar los documentos a fin de reclamarlas.”

III. DECISIÓN JUDICIAL OBJETO DE REVISIÓN.

Conoció del presente caso la Sala Civil Familia del Tribunal Superior de Tunja, quien en sentencia de 30 de marzo de 2004 negó la tutela solicitada por la señora Hernández Lemus. El fallo hizo el siguiente análisis:

“Afirmándose por la demandante que la privación del pago de salarios y prestaciones tuvo origen en la desaparición forzada de que fue objeto el servidor público y no en el abandono del cargo como pretende hacerlo valer el Estado, para lo cual no se estriba la parte actora en la denuncia que presentó la cónyuge ante la Fiscalía General de la Nación el día 17 de febrero de 2003, según copia que aparece a folio 6, consideramos que tratándose de una situación jurídica surgida a partir de la desaparición forzada del trabajador, lo que procede es la aplicación de la Ley 589 de 2000, la que a través de su artículo 10 dispone que en tales eventos, el juez natural que tiene la competencia para ordenar que se continúe con el pago de los salarios es el funcionario que viene conociendo de la correspondiente investigación, quien por ser el que tiene inmediatez con los hechos y circunstancias particulares del delito, es el que goza de una mayor ilustración y por tanto el que ponderadamente puede con mayor acierto adoptar la decisión adecuada.”

IV. PRUEBAS RELEVANTES QUE CONSTAN EN EL EXPEDIENTE.

En el expediente obran las siguientes pruebas:

* A folio 1 del cuaderno de instancia, copia de la cédula de ciudadanía y del carné que lo acredita como miembro de las Fuerzas Militares del señor Jhon Jairo Bernal Ramírez.

* A folio 2 del cuaderno de instancia, copia del Registro Civil del matrimonio de la demandante con el señor Bernal Ramírez.

* A folios 3 al 5 del cuaderno de instancia, copia de los Registros de Nacimiento de los tres hijos de la demandante con el señor Bernal Ramírez.

* A folios 6 al 9 del cuaderno de instancia, copia de la denuncia presentada por la señora Hernández Lemus el 17 de febrero de 2003 ante el Cuerpo Técnico de Investigación de la

Fiscalía General de la Nación por la desaparición de su esposo.

* A folios 10 al 25 del cuaderno de instancia, copia de las declaraciones rendidas por el Sargento Segundo Jhon Jairo Bernal Ramírez ante el Juzgado 40 de Instrucción Penal Militar por unas presuntas irregularidades en una operación militar.

* A folios 26 y 27 del cuaderno de instancia, respuesta a un derecho de petición elevado por la señora Hernández Lemus ante las Fuerzas Militares en el que se lee entre otras cosas: “En vista que el Suboficial en mención NO REGRESO y por ende no esta laborando desde el 10 de Diciembre fecha en que solicitó el retiro se le han estado deduciendo los sueldos de Diciembre de 2002 a la fecha y este dinero es reembolsado a Comando Ejército”, de la misma manera dice que: “Mientras no se demuestre la muerte, o muerte presunta por el desaparecimiento en el que transcurra un lapso no inferior a dos años y aún no se haya decretado o aceptado el retiro del servicio activo , se tiene que la cónyuge e hijos poseen el derecho a la salud, derecho intransferibles e inalienables según lo presupuestado en el Artículo 149 del Decreto 2111 de 1990”

* A folios 40 y 41 del cuaderno de instancia, copia del oficio No. 237375 de enero 8 de 2003, suscrito por el Coronel Jesús María Vivas Mosquera, Director de Personal del Ejército en el que insta al suboficial Jhon Jairo Bernal Ramírez a reconsiderar su retiro del Ejército Nacional.

V. PRUEBAS SOLICITADAS POR LA CORTE CONSTITUCIONAL.

Para mejor proveer en el asunto de la referencia, la Sala Séptima de Revisión ordenó, mediante auto de agosto 31 de 2004, oficiar a través de la Secretaría General de esta Corporación al Comandante General del Ejército, para que informara al despacho y allegada copias de las actuaciones tanto disciplinarias como penales que están en curso como consecuencia de la desaparición o abandono del cargo del suboficial del Ejército Nacional Jhon Jairo Bernal Ramírez. De la misma manera le fue solicitado informar si al grupo familiar

del mencionado suboficial le había sido retirada la cobertura de seguridad social en salud.

En respuesta al anterior requerimiento, el Mayor Alexis Iván Cantillo Barraza Jefe del Centro Nacional de Afiliación CENAF DE LA Dirección General de Sanidad Militar informó que: "...me permito informarle que verificada la Base de Datos de nuestros afiliados y beneficiarios, así como el archivo físico de documentación, se obtuvo que el Señor Sargento Segundo, se encuentra ACTIVO en el Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares, junto con su grupo familiar, motivo por el cual sus beneficiarios registrados, tienen carné de servicios médicos vigentes...".

Acerca de los procesos penales o disciplinarios que hoy cursan por la desaparición o abandono del cargo del suboficial Bernal Ramírez, el Comandante General del Ejército no allegó respuesta alguna.

Posteriormente, mediante auto de primero de diciembre de 2004, el Magistrado Ponente ordenó oficiar a la Fiscal Sexta Seccional de Tunja para que informara acerca del estado en que se encontraba el proceso iniciado por la denuncia instaurada por la señora Sughey Alejandra Hernández Lemus con ocasión de la desaparición de su esposo el señor Jhon Jairo Bernal Ramírez.

El anterior requerimiento fue contestado por el Fiscal Séptimo Delegado ante los Jueces Penales del Circuito de Tunja, mediante oficio de fecha diciembre 2 de 2004, quien en su comunicación informó lo siguiente:

"...me permito indicarle que este despacho adelantó la Investigación Previa radicada bajo el número 47353, en la que es denunciante SUGHEY ALEXANDRA HERNANDEZ LEMUS, por el presunto hecho de que el señor JHON JAIRO BERNAL RAMIREZ desapareció, en diciembre de dos mil dos (2002), y en la actualidad se encuentra archivada, en razón a que la Resolución calendada en agosto diecinueve del año dos mil tres (2003), éste despacho profirió Resolución calendada de julio veintidós (22) del año que avanza por medio de la cual la Fiscalía Séptima delegada ante los Jueces Penales del Circuito se abstuvo de revocar la Resolución Inhibitoria incoada a través de un derecho de petición por el abogado RODRIGO BOCANEGRA MARTÍNEZ, donde se le indicaba que no aportaba pruebas nuevas tendientes para aclarar el hecho y establecer la identificación e individualización de los autores del hecho, pese a que el referido profesional nunca se constituyó en Parte Civil dentro de la

investigación previa.

“Es importante aclarar que el doctor BOCANEGRA MARTINEZ ha pretendido hacer ver que el señor JHON JAIRO BERNAL RAMIREZ, ha sido víctima de desaparición forzada, pero este despacho no lo puede catalogar así, porque los verbos rectores que estructuran el hecho no se configuran, simplemente la denunciante habla de que su esposo desapareció y esa figura no aparece como tipificada en el Código Penal, que cuando se expresa que el hecho existió, nos estamos refiriendo a que el señor desapareció, porque hasta este instante no ha sido encontrado por ninguna autoridad, porque así lo reportan los informes del C.T.I., pese a que después de haberse proferido la Resolución Inhibitoria se envió misión de trabajo, para que siguieran haciendo pesquisas y averiguaciones tendientes a la ubicación de BERNAL RAMIREZ”

VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

Esta Corte es competente para conocer del fallo materia de revisión, 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 y por la escogencia del caso por la Sala de Selección.

2. Lo que se debate.

Corresponde determinar en este fallo si los derechos fundamentales al mínimo vital a la seguridad social de la esposa y los hijos de un suboficial activo del Ejército que se encuentra desaparecido son vulnerados por el ente accionado que se niega a continuar con el pago del salario del desaparecido.

3. Derechos de la familia de la persona que ha sido sometida a desaparición forzada. Pago de salarios y prestación de servicios de salud. Reiteración de jurisprudencia.

En reiterada jurisprudencia¹, la Corte Constitucional ha reconocido el derecho de la familia del secuestrado o desaparecido forzosamente a continuar percibiendo la remuneración salarial de la persona víctima de este execrable delito. De la misma manera, el legislador, mediante la Ley 589 de 2000 conoce tal derecho, facultando al juez de conocimiento para autorizar al cónyuge, compañero o compañera permanente, a alguno de los padres o de los

hijos del desaparecido para que provisionalmente asuman la disposición y administración de todos o parte de sus bienes, en cuanto fueren de su manejo exclusivo. Dispuso la citada ley:

“Artículo 10. Administración de los bienes de las personas víctimas del delito de desaparición forzada. La autoridad judicial que conoce o dirige el proceso por el delito de desaparición forzada, podrá autorizar al cónyuge, compañero o compañera permanente, a alguno de los padres o de los hijos del desaparecido para que provisionalmente asuman la disposición y administración de todos o parte de sus bienes, en cuanto fueren de su manejo exclusivo. Quien sea autorizado, actuará como curador de conformidad con las leyes civiles sobre la materia.

“El funcionario judicial remitirá estas diligencias a la autoridad competente, quien adoptará en forma definitiva las decisiones que considere pertinentes.

“Parágrafo 1°. La misma autoridad judicial podrá autorizar a quien actúe como curador para que continúe percibiendo el salario u honorarios a que tenga derecho el desaparecido, hasta por el término de dos (2) años, si este fuera un servidor público.

“Parágrafo 2°. Igual tratamiento tendrá, hasta tanto se produzca su libertad. El servidor público que sea sujeto pasivo del delito de secuestro.”

Las expresiones subrayadas fueron declaradas inexecutable mediante sentencia C-400 de 2003, M.P. Jaime Córdoba Triviño. En aquella oportunidad la Corte consideró que no era constitucionalmente válida la diferencia de trato prevista entre los trabajadores públicos y privados, ni la diferencia en cuanto al término de duración del derecho al pago de salarios según se tratara de un secuestro o de una desaparición forzada, planteando entonces las siguientes reglas:

a) Existe el derecho a la continuidad en el pago de salarios u honorarios a quien actúe como curador del servidor público o trabajador particular secuestrado o desaparecido, hasta tanto se produzca su libertad.

b) El Estado o el empleador particular, según el caso, tienen la obligación de continuar pagando los salarios, sin perjuicio de que se pueda acudir a mecanismos de garantía como el seguro colectivo.

c) En principio, el derecho a la continuidad en el pago de salarios u honorarios procede hasta tanto se produzca la libertad del secuestrado o desaparecido. Sin embargo, no se trata de una obligación a perpetuidad e irredimible, pues ella procede hasta tanto se cumpla una condición resolutoria; sea cual fuere el tiempo de privación de la libertad, la propia ley impone como límite la obtención de la libertad.

En torno al tema que se debate, en un caso de similares supuestos, la sentencia T-788 de 2003 M.P. Clara Inés Vargas Hernández, hizo las siguientes precisiones, válidas también para las circunstancias que exhibe esta causa:

1. En primer lugar, el pago de salarios a los familiares de trabajadores que han sido víctima de secuestro o desaparición forzada debe ser ordenado por la autoridad judicial encargada de conocer o dirigir el proceso por el respectivo delito, en tanto fue ese el mecanismo diseñado por el Legislador para el caso de los servidores públicos, y ampliado por la Corte en tratándose también de trabajadores particulares.

2. En la mencionada Sentencia C-400 de 2003, M.P. Jaime Córdoba Triviño, la Corte sostuvo que por mandato de la Ley 589 de 2000 es en el proceso penal donde debe definirse la procedencia o no de la continuidad en el pago de salarios para familiares de trabajadores secuestrados o desaparecidos forzosamente. “Dicha previsión adquiere sentido si se tiene en cuenta que es allí donde reposan las diligencias y pueden analizarse en toda su dimensión los elementos probatorios para determinar si en realidad se está en presencia de un delito de tal naturaleza, o si por el contrario se trata de la mera ausencia de una persona.” En consecuencia, dispuso la Corte para aquella oportunidad, debido a los criterios de subsidiaridad y residualidad que inspiran la acción de tutela, la misma se refleja, en principio, como improcedente para dirimir controversias de esta naturaleza, salvo la inminencia de un perjuicio irremediable que haga urgente la necesidad de evitar daños irreparables para la familia del secuestrado o desaparecido.

3. Finalmente como criterio adicional también recordó la jurisprudencia contenida en la sentencia T-788 de 2003 M.P. Clara Inés Vargas Hernández, que para la procedencia del pago de salarios debe acreditarse plenamente el hecho del secuestro o de la desaparición forzada. Sólo cuando existe certeza sobre la ocurrencia del ilícito es posible invocar esta especial protección, como ha sido la posición constante y reiterada de esta Corporación. Así, en la

sentencia T-158/96 la Corte sostuvo al respecto:

“Ciertamente, los motivos por los cuales puede desaparecer una persona son múltiples y, por lo tanto, la sola desaparición, huérfana de otros medios de prueba, no puede arbitrariamente tomarse como indicio de uno solo de ellos, verbi gratia el secuestro. Y, en el caso que nos ocupa, fuera del endeble sustento probatorio que acompaña la pretensión de la parte demandante, es notable, por vía ejemplo, la falta de las exigencias económicas o los comunicados a los que usualmente acuden los delincuentes que se dedican al secuestro y la extorsión, manifestaciones estas que razonablemente habrían podido sugerir el secuestro del desaparecido. En otras palabras, la acción de tutela no releva de la prueba del secuestro, delito que no se presume o infiere de la simple desaparición de una persona”² (Subrayado fuera de texto)

Queda claro entonces que la sola ausencia del trabajador no configura el derecho de sus familiares, por cuanto “los motivos por los cuales puede desaparecer una persona son múltiples, ya que tal eventualidad puede ocurrir por diversas circunstancias, tales como la propia decisión de la persona, la ocurrencia de un accidente etc., y por lo tanto, la sola desaparición, desprovista de otros medios de prueba que demuestren la comisión del delito del secuestro, no puede arbitrariamente tomarse como indicio del mismo.”³

En anterior a la anterior jurisprudencia, no en todos los casos posteriores a la existencia de la Ley 589 de 2000 se ha concedido la protección a quienes pretendían recibir el salario o la pensión que devengaba quien fue retenido o sometido a desaparición, puesto que en cada caso se estudió si las circunstancias específicas del mismo ameritaban, conforme a los dictados de la jurisprudencia, un amparo por vía de tutela. Un recorrido por algunas de las sentencias que ilustran el tema es el siguiente:

(i) En la sentencia T-788 de 2003, la Corte confirmó las decisiones de los jueces de instancia en un caso en el que la esposa de un trabajador de la empresa “Cereales El Líder y Cia”, solicitaba el pago de los salarios de su esposo, presuntamente secuestrado. El fallo concluyó negando el amparo porque: i) “ si en ese proceso penal no existe certeza sobre si en realidad se configuró el delito de secuestro o desaparición forzada, sería errado que en sede de tutela el juez constitucional definiera ese punto”, y ii) debido al “amplio margen de tiempo transcurrido entre la suspensión en el pago del salario -octubre de 2001- y la fecha de

presentación de la solicitud de tutela -febrero 24 de 2003”.

(ii) En la sentencia T-785 de 2003, M.P. Alvaro Tafur Galvis, se confirmó la decisión de instancia, en cuanto la acción de tutela no puede ser utilizada “para suplantar a los jueces ordinarios en la definición de asuntos que deben ser resueltos por éstos, en cuanto la situación de los afectados no amerita una solución inmediata”. En esta tutela se pretendía la continuidad en el pago de salarios de la esposa de un diputado a la Asamblea del Valle del Cauca, que había sido secuestrado. Un argumento adicional para negar el amparo consistió en que en el plenario no se había demostrado el perjuicio irremediable, toda vez que la accionante, esposa del secuestrado, no dependía de manera plena de los emolumentos que éste percibía ya que no se probó que se encontrara en una situación económica difícil o apremiante que comprometiera sus derechos fundamentales. Se encontró entonces que la peticionaria contaba con el mecanismo ordinario del artículo 10 de la Ley 589 de 2000.

(iii) En la sentencia T-1081 de 2003 (M. P. Manuel José Cepeda Espinosa) la Sala Tercera de Revisión confirmó la sentencia que negó la protección por improcedente, en razón de que la accionante no había presentado a la autoridad responsable, solicitud para que se procediera al pago de la mesada pensional reconocida al padre desaparecido.

(iv) La sentencia T-028 de 2004 (M.P. Alvaro Tafur Galvis) concedió la protección solicitada por una persona que reclamada el pago de la mesada pensional de su cónyuge, quien se encontraba desaparecido. En este caso, ya se hallaba en curso un proceso de declaración de ausencia en el que la demandante había sido designada para ejercer la curaduría legal de los bienes de su esposo ausente. Este fallo indicó que “ como la actora, inició el proceso en comento, y fue encontrada por el Juez Once de Familia idónea para ejercer la curaduría legal de los bienes de su esposo ausente, tiene derecho a hacer realidad sus derechos fundamentales y los de sus hijos -uno adolescente -19 años- y otra menor de edad -17-, a la alimentación, a la salud, a la educación, a tener una familia y a no ser separados de ella, así que se ordenará a la entidad accionada restablecer el pago de la asignación de retiro a que tiene derecho el Mayor John Gaviria Sierra, mientras este aparece, o se define legalmente sobre su existencia”.

(v) De la misma manera, la sentencia T-1135 de 2003, concedió la protección solicitada por la esposa del Personero de San Carlos de Guaroa (Meta), quien fue secuestrado y al momento

de interposición de la acción de tutela la Fiscalía General de la Nación ya había ordenado la apertura de la instrucción del proceso por el secuestro vinculando a tres personas. En este caso la Corte consideró que “ante la amenaza de un perjuicio irremediable, como lo sería la vulneración del derecho a la subsistencia de la familia del secuestrado, la tutela se erige como la vía expedita para obtener el amparo de los derechos a la vida digna y a la integridad de los familiares del trabajador o del servidor público víctima del delito de secuestro o desaparición forzada. Ello se explica por la necesidad de evitar daños irreparables en el evento de someter a una persona a los trámites ordinarios del proceso penal o la negativa del amparo por parte de la autoridad judicial correspondiente sin causa razonable”.

Con los supuestos de la jurisprudencia existente y los casos fallados por la Corte Constitucional en causas análogas es posible abordar el asunto sub examine:

4. Caso concreto.

Tal como se reseñó en el acápite anterior, en concordancia con lo establecido por la Ley 589 de 2000 en principio el pago de salarios a los familiares de trabajadores que han sido víctima, de secuestro o desaparición forzada debe ser ordenado por la autoridad judicial encargada de conocer o dirigir el proceso por el respectivo delito, en tanto fue ese el mecanismo diseñado por el Legislador para el caso de los servidores públicos, y ampliado por la Corte en tratándose también de trabajadores particulares. Es en el proceso penal donde reposan las diligencias y en él pueden analizarse en toda su dimensión los elementos probatorios para determinar con mediana certeza la ocurrencia de un secuestro o una desaparición forzada.

De acuerdo con las pruebas recaudadas en el presente caso, se pueden extraer varias conclusiones:

1. Que para la fecha en que el suboficial Jhon Jairo Bernal Ramírez desapareció aún se encontraba vinculado al Ejército Nacional, en el grado de Sargento Segundo adscrito a Batallón de Infantería No. 1 “General Simón Bolívar”.

3. Que a pesar de que la señora Hernández Lemus denunció la desaparición de su esposo, y que el Ejército Nacional estaba al tanto de esta situación⁴, esta institución decidió retirar del servicio al citado suboficial amparado en la ausencia del servicio por más de diez días.

4. Está probado que dentro del proceso iniciado por la denuncia presentada por la señora Sugey Alejandra Hernández Lemus con ocasión de la desaparición de su esposo, la Fiscalía General de la Nación profirió auto inhibitorio, situación que no permite establecer en realidad cuál fue la suerte del señor Jhon Jairo Bernal Ramírez, y descarta por ahora la existencia de un hecho delictivo.

En consideración a las anteriores precisiones, lo primero que salta a la vista es que la competencia para decidir sobre la continuidad o no en el pago de los salarios del señor Jhon Jairo Bernal Ramírez a favor de su cónyuge, radica en la autoridad judicial donde se adelanta la investigación penal, que según las certificaciones allegadas al expediente es la Fiscalía Séptima Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Tunja. Instancia ésta que dictó resolución inhibitoria como resultado de la denuncia formulada por la accionante en torno a la desaparición de su esposo, entendiéndose por ende que no existen por ahora (la resolución inhibitoria no hace tránsito a cosa juzgada y permite abrir nuevamente la investigación de encontrarse pruebas que así lo ameriten) elementos de juicio para abrir la instrucción por cuanto no hay claridad en que los hechos denunciados constituyan un delito, y no existe individualización de los autores o partícipes del hecho. (folios 78 a 80 del expediente). En consecuencia, será ese el escenario idóneo para debatir la procedencia o no del pago salarial, donde la autoridad judicial podrá hacer un análisis pormenorizado de las pruebas que se alleguen al proceso en caso de abrir la instrucción.

De la misma manera, la Sala observa que si en ese proceso penal no existe certeza sobre si en realidad se configuró el delito de secuestro o desaparición forzada, sería equivocado que en sede de tutela el juez constitucional abordara y definiera ese punto sin contar con los elementos suficientes para ponderar las circunstancias que rodearon los hechos. En este sentido, la Corte advierte que la causa del desaparecimiento del señor Jhon Jairo Bernal Ramírez es aún desconocida y como ha sido explicado a lo largo de esta providencia, “la sola circunstancia del desaparecimiento no configura el derecho a continuar recibiendo el mencionado pago salarial” (T- 498 de 2003, M. P. Alvaro Tafur Galvis). Es claro, en ese orden de ideas, que la peticionaria podrá ejercer las acciones que estime pertinentes ante la jurisdicción ordinaria y de esta manera hacer valer sus derechos y los de sus menores hijos. Por todo lo anterior, la sentencia de segunda instancia deberá ser confirmada.

En consecuencia, se confirmará el fallo proferido por el juzgador de instancia que negó la

protección reclamada.

VII. DECISIÓN.

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

RESUELVE

Primero.- Levantar la suspensión de términos ordenada por auto del 2 de septiembre de 2004 en el proceso de la referencia.

Segundo. CONFIRMAR el fallo proferido por la Sala Civil – Familia del Tribunal Superior de Tunja el 30 de marzo de 2004, dentro del proceso de la acción de tutela instaurada por Sugey Alejandra Hernández Lemus.

Tercero. Por Secretaría, líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado Ponente

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaría General

1 Ver sentencias T-015 de 1995, T-158 de 1996, T-292 de 1998, T-1634 de 2000, T-358 de 2002 y T-1135 de 2003

2 Sentencia T-158/96 MP. Jorge Arango Mejía. En aquella oportunidad la Corte analizó el caso de la compañera permanente del Inspector de Policía de Puerto Nuevo (Guaviare), quien pretendía obtener el pago de los salarios de su compañero, cuyo paradero era desconocido. El amparo fue denegado por cuanto no se demostró que el servidor público hubiera sido secuestrado. En sentido similar pueden consultarse las sentencias T-292/98 MP. Fabio Morón Díaz, T-1699/00 MP. Martha Victoria Sáchica, T-105/01 MP. Fabio Morón Díaz y T-498 de 2003, MP. Álvaro Tafur Galvis.

3 Corte Constitucional, Sentencia T-498/03 MP. Álvaro Tafur Galvis. La Corte negó la tutela invocada por la esposa de un trabajador al servicio de una empresa de vigilancia privada, que se encontraba desaparecido, toda vez que hasta ese momento la desaparición tenía causa indeterminada.

4 A folios 26 y 27 del cuaderno de instancia aparece una respuesta dada por T.C. Idelfonso González Solano, Comandante del Batallón Bolívar, a un derecho de petición elevado por la demandante en la que se refiere a las investigaciones que adelanta la fiscalía por la desaparición del suboficial Bernal Ramírez.