

Sentencia T-484/12

ACCION DE TUTELA PARA RECONOCIMIENTO DE DERECHOS PENSIONALES-Procedencia excepcional por ser sujetos de especial protección

PENSION DE SOBREVIVIENTES A PADRE DE SOLDADO FALLECIDO-Caso en que desconocía que podía reclamar por lo que no acudió inmediatamente ocurrió el deceso/PENSION DE SOBREVIVIENTES A PADRE DE SOLDADO FALLECIDO-Caso en que el actor es persona de la tercera edad y padece grave enfermedad

De las pruebas allegadas al líbello de la demanda y del interrogatorio de parte del actor, rendido ante el a quo, esta Sala observa, en primer lugar, que este cuenta con 72 años de edad y, en segundo término, que padece de cáncer de garganta, circunstancias que lo convierten en un sujeto de especial protección constitucional debido a su avanzada edad y a la situación de salud en la que se encuentra, por lo que exigirle que acuda a la jurisdicción ordinaria para reclamar la prestación solicitada, sería desproporcionado teniendo en cuenta la situación de vulnerabilidad en la que se halla. Así mismo, se infiere de dicho interrogatorio, que el actor desconocía que podía reclamar ante el Ejército Nacional la pensión de sobrevivientes por causa de la muerte de su hijo, razón por la cual no acudió inmediatamente ocurrió el deceso, sino años después. Igualmente, como se mencionó de manera precedente, esta corporación ha dispuesto que en tratándose de la reclamación de derechos pensionales, “la afectación de los derechos fundamentales permanece en el tiempo y, por tanto, la situación desfavorable en que se encuentra el accionante es continua y actual”, circunstancia que desvirtúa la falta del requisito de inmediatez en el presente caso. De tales evidencias, esta Sala deduce que, en este caso, existe un perjuicio irremediable que amerita la intervención de juez constitucional, pues, como se mencionó anteriormente, el actor es una persona perteneciente a la tercera edad que, además, padece de una enfermedad grave que le impide tener una vida en condiciones dignas y que debido a dichas circunstancias no puede acceder a un trabajo que le permita obtener los recursos necesarios para su subsistencia, afectando su derecho fundamental al mínimo vital, por lo que para el presente caso, la acción se torna procedente para reclamar la prestación solicitada.

PENSION DE SOBREVIVIENTES-Naturaleza jurídica/REGIMEN APLICABLE A LAS FUERZAS

## MILITARES EN PENSION DE SOBREVIVIENTES-Reiteración de jurisprudencia

PENSION DE SOBREVIVIENTES A PADRE DE SOLDADO FALLECIDO-Caso en que fue negada y no se interpuso recurso

Decisión contra la cual no se interpusieron los recursos de ley, debido a la situación de salud del accionante, además de no encontrarlo necesario, pues consideró que la voluntad de la entidad iba a ser de igual manera la negación de la prestación. Por lo que el 15 de noviembre de 2011, decidió interponer la presente acción constitucional. Los jueces que conocieron el asunto negaron la solicitud del actor al estimar que la acción no cumplía con los presupuestos exigidos para la procedibilidad del mecanismo de amparo, a saber la inmediatez y la subsidiariedad.

PENSION DE SOBREVIVIENTES A PADRE DE SOLDADO FALLECIDO EN 1998- Aplicación de la Ley 447/98

El Grupo de Prestaciones Sociales del Ejército Nacional negó la prestación al considerar que la normatividad aplicable al caso era el Decreto 2728 de 1968, el cual no prevé la prestación solicitada y el Decreto 4433 de 2004 que sí la contempla solo puede ser aplicado para aquellos “que hubieren fallecido entre el 7 de agosto de 2002 y el 31 de diciembre de 2003”, razón por la que el actor no puede ser beneficiario de la pensión que reclama, pues su muerte tuvo lugar el 14 de agosto de 1998. No obstante lo anterior, esta Sala observa que la Ley 447 del 21 de julio de 1998 dispone que “a partir de la vigencia de la presente ley, a la muerte de la persona vinculada a las F.F.A.A. y de Policía por razón constitucional y legal de la prestación del servicio militar obligatorio, ocurrida en combate o como consecuencia de la acción del enemigo, en conflicto internacional o participando en operaciones de conservación o restablecimiento del orden público, sus beneficiarios en el orden establecido en esta ley, o los beneficiarios que designe la persona prestataria del servicio militar al incorporarse, tendrán derecho a una pensión vitalicia equivalente a un salario y medio (1 1/2) mínimo mensuales y vigentes”. De las pruebas allegadas al expediente se evidencia que la muerte del soldado voluntario, por acción directa del enemigo, fue el 14 de agosto de 1998, posterior a la promulgación de la Ley 447 de 1998, esto es 21 de julio de dicho año, por lo que por favorabilidad le es aplicable el mencionado precepto normativo.

Referencia: expediente T-3.360.567

Demandante: Urbilio Ospina Giraldo

Demandado: Ministerio de Defensa Nacional, Grupo de Prestaciones Sociales del Ejército Nacional

Magistrado Ponente:

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de junio de dos mil doce (2012)

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio y Nilson Elías Pinilla Pinilla, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha pronunciado la siguiente

## SENTENCIA

Dentro de la revisión del fallo de tutela proferido por el Juzgado Promiscuo del Circuito de El Bagre, Antioquia, al decidir la acción constitucional de tutela promovida por el señor Urbilio Ospina Giraldo contra el Ministerio de Defensa-Grupo de Prestaciones Sociales del Ejército Nacional.

El presente expediente fue escogido para revisión por medio de auto del diecisiete (17) de febrero de 2012, proferido por la Sala de Selección número Dos (2) y repartido a la Sala Cuarta de Revisión.

### I. ANTECEDENTES

#### 1. La solicitud

El actor, Urbilio Ospina Giraldo, interpuso acción de tutela con el fin de proteger sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la dignidad humana y a la seguridad social, los cuales considera vulnerados por el Ministerio de Defensa- Grupo de Prestaciones Sociales del Ejército Nacional, al haberle negado la pensión de sobrevivientes, a la cual, afirma, tiene derecho, como consecuencia de la muerte de su hijo dado de baja en combate.

#### 2. Reseña fáctica

2.1. El día 1° de junio de 1996 el joven Waimer de Jesús Ospina Padilla, ingresó al Ejército Nacional de Colombia y, el 14 de agosto de 1998, mientras desempeñaba sus labores como soldado voluntario, falleció por “acción directa del enemigo”.

2.2. Mediante Resolución No. 000101 de 10 de febrero de 1999, expedida por el Comandante del Ejército Nacional, fue ascendido en forma póstuma, de conformidad con el Decreto 2728 de 1968, artículo 8°.

2.3. El 14 de mayo de 2010, el actor radicó, ante el Grupo de Prestaciones Sociales del Ejército Nacional, solicitud de pensión de sobrevivientes, petición que fue negada mediante Resolución No. 0721 del 10 de marzo de 2011, proferida por el Ministerio de Defensa Nacional.

2.4. En dicho acto administrativo se estableció que “la Ley 131 de 1985, en concordancia con el artículo 8° del Decreto 2728 de 1968, consagra: ‘El soldado o grumete en servicio activo, que fallezca por causa de heridas o accidente aéreo en combate o por acción directa del enemigo, bien sea en conflicto internacional o en el mantenimiento del orden público será ascendido en forma póstuma al grado de Cabo Segundo o Marinero y sus beneficiarios tendrán derecho al reconocimiento y pago de cuarenta y ocho (48) meses de los haberes correspondientes a dicho grado y al pago doble de la cesantía’, norma de carácter especial, de obligatorio cumplimiento y aplicable para la época de ocurrencia de los hechos.

Por su parte, el artículo 22 del Decreto 4433 de 2004, consagra: ‘PENSIONES DE SOBREVIVENCIA DE SOLDADOS PROFESIONALES. Los beneficiarios de los soldados profesionales incorporados a partir de la entrada en vigencia del Decreto Ley 1793 de 2000, tendrán derecho a que por el Tesoro Público se les pague una pensión mensual de sobrevivientes reconocida por el Ministerio de Defensa Nacional en las condiciones y con los requisitos previstos en el presente decreto. Igualmente, para los efectos previstos en el presente artículo, se entienden como Soldados Profesionales, los Soldados voluntarios que hubieren fallecido entre el 07 de agosto de 2002 y el 31 de diciembre de 2003, en las circunstancias señaladas en el artículo 32 del presente decreto’”.

En consecuencia, de acuerdo con las normas señaladas en la mencionada resolución, se resolvió que “por el fallecimiento del soldado voluntario OSPINA PADILLA WAIMER DE JESÚS, no se generó el derecho a pensión a favor de URBILIO OSPINA GIRALDO, toda vez que su

fallecimiento ocurrió el 14 de agosto de 1998.”

2.5. Manifestó el actor, que al momento del deceso de su hijo este era el único beneficiario legítimo de la pensión de sobrevivientes, toda vez que aquél no contaba con unión marital vigente ni descendencia.

2.6. Señaló que, aun cuando contra la resolución mediante la cual se negó la petición de pensión invocada procedía el recurso de reposición este no fue interpuesto, pues consideró que la entidad de todas maneras iba a negar la aludida pretensión.

2.7. Afirma tener 72 años de edad y padecer cáncer de garganta por lo cual, en la actualidad, se encuentra recibiendo tratamiento de quimioterapia y radioterapia.

2.8. Como consecuencia de la negativa de la entidad demandada, el actor interpone acción de tutela con el fin de que le sean amparados sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la dignidad humana y a la seguridad social y, por tanto, le sea reconocido su derecho a la pensión de sobrevivientes, por haber fallecido su hijo en combate al servicio del Ejército Nacional.

El señor Urbilio Ospina Giraldo solicita el amparo de sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social y a la dignidad humana y, como consecuencia, se ordene al Ministerio de Defensa- Grupo de Prestaciones Sociales del Ejército Nacional, que le sea reconocida la pensión de sobrevivientes a la que, en su sentir, tiene derecho con ocasión de la muerte en combate, al servicio del Ejército Nacional, de su hijo, Waimer de Jesús Ospina Padilla.

#### 4. Pruebas

En el expediente obran las siguientes pruebas:

- Copia de la petición que el señor Urbilio Ospina Giraldo dirigió al Ministerio de Defensa Nacional, Dirección de Prestaciones Sociales del Ejército Nacional, mediante la cual solicita la pensión de sobrevivientes (folios 7-10).
- Copia del registro de defunción del soldado Waimer de Jesús Ospina Padilla (folio 11).

- Copia del registro de defunción de la cónyuge del señor Urbilio Ospina Giraldo (folio 12).
- Copia de la cédula de ciudadanía del señor Urbilio Ospina Giraldo (folio 13).
- Copia de dos declaraciones extrajuicio de personas allegadas al señor Urbilio Ospina Giraldo en las que constan que este dependía económicamente de su hijo (folios 15-18).
- Copia de la Resolución No. 721 del 10 de marzo de 2011, proferida por el Ministerio de Defensa Nacional, mediante la cual se negó la pensión de sobrevivientes al señor Urbilio Ospina Giraldo, al no cumplir con los requisitos que establece la ley para su reconocimiento (folios 22-23).
- Copia de historia clínica y diversos exámenes de diagnóstico del señor Urbilio Ospina Giraldo, en los que consta que padece de cáncer de garganta y, actualmente, se encuentra en tratamiento de quimioterapia y radioterapia (folios 24- 42).
- Copia de variada jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Constitucional, sobre el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en casos en los que ha fallecido un soldado en actos del servicio (folios 43- 68).

## 5. Respuesta del ente accionado

### 5.1. Dirección de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa Nacional

La Dirección de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa Nacional, mediante escrito presentado el 21 de noviembre de 2011, manifestó que a través de la Resolución No. 15597 de 1997 se descentralizó la Dirección de Prestaciones Sociales y el Grupo de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa. La primera se encarga únicamente del reconocimiento y pago de las prestaciones sociales (compensación por muerte, cesantías definitivas, bonificaciones) y de conformar los expedientes prestacionales; y, la segunda, tiene como función proferir el correspondiente acto administrativo de reconocimiento de pensión de sobrevivientes.

Señaló que el trámite que se surte cuando media una solicitud de reconocimiento y pago de pensión de sobrevivientes, es el siguiente:

“ - Recepción de la petición.

- Solicitud al Grupo de Archivo General del Ministerio de Defensa Nacional copia auténtica del expediente prestacional del causante, informando al peticionario.

- Una vez allegado se procede con la conformación y posterior remisión del mismo al GRUPO DE PRESTACIONES DEL MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL, acompañado de la petición, por recaer en esa dependencia la competencia exclusiva para el trámite PENSIONAL a que haya lugar”

En consecuencia, la competencia de la Dirección de Prestaciones Sociales dentro del trámite pensional se limita a la conformación y remisión al competente del expediente prestacional.

De acuerdo con lo afirmado, la petición del señor Urbilio Ospina Giraldo ha surtido los siguientes pasos:

“1. El 25 de mayo de 2011, el Grupo de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa Nacional, mediante oficio No. OFI10-43007 del 19 de mayo de 2011, solicita ‘la conformación del expediente prestacional’.

2. Mediante oficio 434191 del 28 de mayo de 2010, se solicitó copia a la señora COORDINADORA DEL GRUPO ARCHIVO GENERAL DEL MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL, la remisión con carácter urgente de copia auténtica del expediente prestacional conformado al causante, indicando los motivos de la solicitud, informando de lo propio al hoy accionante.

3. Con oficio No. 560041 del 12 de julio de 2010, se remitió al GRUPO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL, tanto la petición como el correspondiente expediente prestacional allegado del GRUPO DE ARCHIVO GENERAL DEL MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL, tal como consta en la planilla interna del 13 de julio de 2010”.

De acuerdo con lo expuesto, la entidad demandada, manifiesta no tener competencia para emitir algún pronunciamiento en materia pensional, pues la entidad encargada de hacerlo, es el Grupo de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa Nacional.

No obstante, en virtud de lo señalado, la entidad, “dando aplicación al artículo 33 del Código Contencioso Administrativo, el oficio No. 888-11 y sus anexos ha sido remitido a la señora

CORONEL (R) COORDINADORA DE GRUPO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL, mediante oficio No. 987431 del 21 de noviembre de 2011”.

## 5.2. Grupo de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa Nacional

La Coordinadora del Grupo de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa Nacional dio respuesta a la presente acción de tutela manifestando que mediante la Resolución No. 721 de fecha 10 de marzo de 2011, se resolvió de fondo la petición de reconocimiento de la pensión de sobrevivientes del señor Urbilio Ospina Giraldo, por el deceso del soldado voluntario Waimer de Jesús Ospina Padilla. En dicho acto administrativo se indicó que no había lugar a reconocimiento prestacional alguno, toda vez que la legislación aplicable al caso, no establecía tal beneficio.

Mediante oficio OFI11-48997 del 7 de junio de 2011, la coordinación dio respuesta a la petición elevada por el señor Urbilio Ospina Giraldo, contestación que fue remitida vía correo certificado a la dirección registrada por el petente.

De acuerdo con lo expuesto, solicita se declare la improcedencia de la acción de tutela por carencia actual de objeto.

## II. DECISIÓN JUDICIAL

### Actuación procesal

El Juzgado Promiscuo Municipal de El Bague- Antioquia admitió la tutela y procedió a notificar a las partes para que ejercieran su derecho a la defensa. Posteriormente, decretó un interrogatorio de parte al señor Urbilio Ospina Giraldo, en el cual manifestó:

“PREGUNTADO: Aclárele al despacho cuáles son los motivos por los que el Ministerio de Defensa Nacional, le está conculcando los derechos fundamentales que invoca en la demanda? CONTESTÓ: Mi hijo murió en combate en el Ejército y según una ley tengo derecho a una pensión, el Ejército me pagó una plata por la muerte de mi hijo, pero nunca me hablaron de pensión, entonces lo que yo estoy reclamando es que me reconozca la pensión. PREGUNTADO: Explíqueme al despacho por qué razón el Ministerio de defensa no le concedió la pensión de sobrevivientes? CONTESTÓ: Yo nunca he reclamado la pensión de sobrevivientes porque yo no sabía que eso me lo pagaban, es que yo apenas me enteré que

tenía derecho de esa pensión hace por ahí dos años, yo no he reclamado ni en el Ejército ni en el Ministerio de Defensa, esa pensión. PREGUNTADO: precísele al Despacho si usted ha solicitado la pensión de sobrevivientes a través de la jurisdicción ordinaria o contencioso administrativa, en caso negativo, porque razón no lo ha hecho? CONTESTÓ: Yo no he realizado personalmente nada ante ninguna autoridad, pero yo tengo una abogada hace un año que es la Doctora Natalia Montoya, ella es la que está haciendo esas vueltas para que me reconozcan la pensión de sobreviviente. PREGUNTADO: está usted afiliado a una EPS? CONTESTÓ: un hijo mío me tiene afiliado a Coomeva. PREGUNTADO: De qué deriva su sustento? CONTESTÓ: el hijo me colabora a mi y a mi señora, porque yo estoy imposibilitado para trabajar. PREGUNTADO: Cuántos hijos tiene, y a que se dedican? CONTESTÓ: son seis hijos MILLA YANET, URBELIO Y DINA LUZ OSPINA PADILLA, esos son mis hijos mayores del primer matrimonio, las dos mujeres son monjas y Urbilio no sé ni siquiera en estos momentos donde está porque no tengo contacto con él, y con la esposa de ahora, tengo a JULIA ROSA de 27 años, es independiente, pero no me ayuda porque ella tiene su hogar. EDUAR ALBERTO, trabaja en un supermercado y él es quien ve por mi y YEINY JULIETH OSPINA HERNÁNDEZ, de 20 años pero ella también es casada e independiente y no me ayuda a mi. PREGUNTADO: En caso de que sus hijos trabajen, aclarar si alguno le ayuda a su manutención? CONTESTÓ: El único que me ayuda es Eduar Alberto, y él gana el mínimo”.

## 1. Decisión de primera instancia

Mediante sentencia del 29 de noviembre de 2011, el Juzgado Promiscuo Municipal de El Bagre- Antioquia negó el amparo solicitado al considerar que, en primer lugar, la acción de tutela presentada no cumple con los requisitos de procedibilidad establecidos por el artículo 86 de la Constitución Política de 1991 y el Decreto reglamentario de la misma 2591 de 1991 que, a saber, son: inmediatez y subsidiariedad.

Respecto del requisito de inmediatez, señaló que de las pruebas allegadas al expediente, se desprende que el fallecimiento de Waimer de Jesús Ospina, ocurrió el día 14 de agosto de 1998, es decir hace más de 13 años, por lo que el a quo, infirió, que en razón del amplísimo lapso transcurrido, no existe un perjuicio irremediable, puesto que de estarlo sufriendo el actor, la reclamación se hubiese presentado en un tiempo prudencial. “Incluso, la desidia se evidencia, cuando se observa que entre la fecha de la Resolución 721 del 10 de marzo de 2011, y la presente demanda, han transcurrido más de ocho (8) meses. Siendo claro que

para argumentar la existencia de un perjuicio irremediable este debe ser inminente”.

En cuanto al requisito de subsidiariedad, afirmó que el actor cuenta con otros medios ordinarios de defensa judicial, como es la jurisdicción contencioso administrativa, respecto de los cuales, no acreditó su falta de idoneidad o eficacia para acceder a la prestación reclamada.

Adicionalmente, consideró el juez, que dentro de las pruebas allegadas al libelo de la demanda de tutela, no está la titularidad del derecho exigido, la cual debió aportarse al menos, sumariamente.

Al respecto el a quo mencionó:

“De acuerdo a la Resolución 721 de 2011, que le negó al actor la pensión de sobreviviente, es innegable que tal manifestación de la administración hace que el reconocimiento de la pensión este supeditado a una controversia judicial que debe resolverse ante la jurisdicción contencioso administrativa, y no, mediante una acción de tutela. Y no puede concluirse otra cosa, cuando ya el Ministerio de Defensa, luego de analizar el caso, determinó que el mismo no cumple los requisitos de ley para concederle la pensión. Será entonces en otra instancia judicial donde se resuelva a través de un debido proceso el asunto en cuestión.”

Por otro lado, el ente judicial consideró, que si bien la avanzada edad del actor (72 años) lo hace un sujeto de especial protección constitucional, la resolución que negó la pensión de sobrevivientes, obedece a criterios legales, y no a simples consideraciones infundadas de la entidad demandada.

## 2. Impugnación

Manifestó, que si bien es cierto que contra la Resolución 721 de 2011, proferida por el Ministerio de Defensa Nacional, Secretaría General, procedía el recurso de reposición, este no fue interpuesto debido a que se encontraba en grave estado de salud, toda vez que había sido intervenido quirúrgicamente para la extirpación de un tumor en la garganta y, como el recurso de reposición es facultativo, no consideró necesario interponerlo, por cuanto, afirmó, la voluntad de la entidad era negar la pensión aludida.

Solicita se tenga en cuenta la sentencia del 30 de octubre de 2008, Exp No. 2000-01274

(8626-2005) del Consejo de Estado en la cual se consideró lo siguiente:

“Si bien la normatividad en cita (Ley 447 de 1998) establece el reconocimiento de una pensión a favor de los beneficiarios del soldado muerto, la misma no es aplicable al sub lite porque la norma entró a regir el 21 de julio de 1998 y la muerte del soldado ocurrió el 6 de noviembre de 1996, es decir, 8 meses antes de la entrada en vigencia de la Ley 447 de 1998. Sin embargo, la finalidad de la norma aludida es proteger al grupo familiar del soldado muerto en la prestación del servicio militar oficial y brindar una ayuda para que sus integrantes no queden desamparados, razón esta que permitiría aplicar el beneficio pensional consagrado en el Decreto 1211 de 1990 a favor de los oficiales y suboficiales, también a los soldados que prestando el servicio militar son muertos en combate. Igualmente, de conformidad con la sentencia del 1 de abril de 2004, Exp. No. 1994.03, M.P. Nicolás Pájaro, los demandantes en su calidad de padres del soldado muerto en combate, tienen derecho a la pensión consagrada en el artículo 189 del Decreto 1211 de 1990, teniendo en cuenta que el causante fue merecedor de un ascenso al grado de Cabo Segundo, que lo ubica dentro de los suboficiales beneficiarios de dicha prestación (artículo 5 del Decreto 1211 de 1990)”.

### 3. Decisión de segunda instancia

Mediante sentencia del 15 de diciembre de 2011, el Juzgado Promiscuo del Circuito de El Bagre- Antioquia decidió confirmar la providencia del a quo, al considerar que la acción no cumple con los requisitos de inmediatez y subsidiariedad.

Al respecto señaló:

“La mera inacción de la parte afectada, por desidia, desinterés o cualquier otra consideración, no justifica la afectación del principio de seguridad jurídica, que se produce cuando se afecta una decisión administrativa adoptada, con anterioridad. En estos casos, si la persona interesada dejó por su propia voluntad, de acudir a los medios de defensa que tenía a su alcance para proteger de manera inmediata el derecho vulnerado o amenazado, debe asumir las consecuencias de su inacción.

En consecuencia, dado que en el presente caso no existe la menor noticia sobre la ocurrencia de un suceso de fuerza mayor o caso fortuito; o sobre la incapacidad del actor interesado

para ejercer oportunamente la defensa de sus derechos; o sobre la existencia de una amenaza grave e inminente que resulte urgente conjurar de manera inmediata mediante la acción interpuesta; o, sobre la ocurrencia de un hecho completamente nuevo y sorpresivo que hubiere cambiado drásticamente las circunstancias previas y que justifique la tardanza en el ejercicio de los derechos, no puede el despacho adoptar una decisión distinta a la de declarar la improcedencia de la acción por la inacción oportuna del actor, esto es, por el incumplimiento del presupuesto de la inmediatez, como lo efectuó atinadamente el fallador de primera instancia.”

#### IV. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA SALA

##### 1. Competencia

A través de esta Sala de Revisión, la Corte Constitucional es competente para revisar la sentencia proferida el 15 de diciembre de 2011 por el Juzgado Promiscuo del Circuito de El Bagre- Antioquia que, a su vez, confirmó la pronunciada por el Juzgado Promiscuo Municipal de El Bagre- Antioquia, dentro del proceso de la referencia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86 y 241, numeral 9º, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

##### 2. Problema jurídico

Corresponde a la Sala Cuarta de Revisión determinar si existió, por parte del Ministerio de Defensa Nacional, Grupo de Prestaciones Sociales, la afectación de los derechos fundamentales a la seguridad social, a la vida digna y al mínimo vital del señor Urbilio Ospina Giraldo, al negarle la pensión de sobrevivientes, a la que aduce tener derecho, por haber fallecido su hijo, Waimer de Jesús Ospina Padilla por actos del servicio estando vinculado al Ejército Nacional.

Previamente a la dilucidación del fondo del asunto, la Sala Cuarta de Revisión entrará a analizar la procedibilidad de la tutela para el caso concreto, y al efecto, se realizará un análisis de los requisitos esenciales de este mecanismo de protección.

Una vez resuelto el problema de la procedibilidad de la acción y, siempre y cuando, esta cumpla con los requisitos para su interposición, se hará un análisis jurisprudencial de temas

como la naturaleza jurídica de la pensión de sobrevivientes y el régimen aplicable a las Fuerzas Militares en tratándose de dicha prestación.

3. Procedencia excepcional de la acción de tutela para ordenar el reconocimiento de pensiones en tratándose de sujetos de especial protección constitucional. Reiteración de jurisprudencia

La acción de tutela fue consagrada con el objetivo de garantizar los derechos fundamentales de las personas, cuando éstos resulten violados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o por particulares en los casos que la ley lo establece.

Esta corporación ha entendido por perjuicio irremediable “el perjuicio que sólo puede ser reparado en su integridad mediante una indemnización.

(...) [H]ay perjuicio cuando se presenta un daño o menoscabo material o moral injustificado, es decir, no como consecuencia de una acción legítima.”

Respecto de la expresión irremediable, ha dicho la Corte: “La primera noción que nos da el Diccionario es ‘que no se puede remediar’, y la lógica de ello es porque el bien jurídicamente protegido se deteriora irreversiblemente hasta tal punto, que ya no puede ser recuperado en su integridad. Por ello se justifica la indemnización, porque es imposible devolver o reintegrar el mismo bien lesionado en su identidad o equivalencia justa. La indemnización compensa, pero no es la satisfacción plena de la deuda en justicia.”<sup>1</sup>

Así mismo, se ha dicho en variada jurisprudencia, que para poder determinar si existe o no un perjuicio irremediable, en un caso concreto, se deben tener en cuenta ciertos elementos, como son:

“A). El perjuicio ha de ser inminente: ‘que amenaza o está por suceder prontamente’. Con lo anterior se diferencia de la expectativa ante un posible daño o menoscabo, porque hay evidencias fácticas de su presencia real en un corto lapso, que justifica las medidas prudentes y oportunas para evitar algo probable y no una mera conjetura hipotética. Se puede afirmar que, bajo cierto aspecto, lo inminente puede catalogarse dentro de la estructura fáctica, aunque no necesariamente consumada. Lo inminente, pues, desarrolla la operación natural de las cosas, que tienden hacia un resultado cierto, a no ser que

oportunamente se contenga el proceso iniciado. Hay inminencias que son incontenibles: cuando es imposible detener el proceso iniciado. Pero hay otras que, con el adecuado empleo de medios en el momento oportuno, pueden evitar el desenlace efectivo. En los casos en que, por ejemplo, se puede hacer cesar la causa inmediata del efecto continuado, es cuando vemos que desapareciendo una causa perturbadora se desvanece el efecto. Luego siempre hay que mirar la causa que está produciendo la inminencia.

B). Las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser urgentes, es decir, como calidad de urgir, en el sentido de que hay que instar o precisar una cosa a su pronta ejecución o remedio tal como lo define el Diccionario de la Real Academia. Es apenas una adecuación entre la inminencia y la respectiva actuación: si la primera hace relación a la prontitud del evento que está por realizarse, la segunda alude a su respuesta proporcionada en la prontitud. Pero además la urgencia se refiere a la precisión con que se ejecuta la medida, de ahí la necesidad de ajustarse a las circunstancias particulares. Con lo expuesto se verifica cómo la precisión y la prontitud señalan la oportunidad de la urgencia.

C). No basta cualquier perjuicio, se requiere que éste sea grave, lo que equivale a la gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona. La gravedad obliga a basarse en la importancia que el orden jurídico concede a determinados bienes bajo su protección, de manera que la amenaza a uno de ellos es motivo de actuación oportuna y diligente por parte de las autoridades públicas. Luego, no se trata de cualquier tipo de irreparabilidad, sino solo de aquella que recae sobre un bien de gran significación para la persona, objetivamente. Y se anota la objetividad, por cuanto la gravedad debe ser determinada o determinable, so pena de caer en la indefinición jurídica, a todas luces inconveniente.

D). La urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad. Si hay postergabilidad de la acción, ésta corre el riesgo de ser ineficaz por inoportuna. Se requiere una acción en el momento de la inminencia, no cuando ya haya desenlace con efectos antijurídicos. Se trata del sentido de precisión y exactitud de la medida, fundamento próximo de la eficacia de la actuación de las autoridades públicas en la conservación y restablecimiento de los derechos y garantías básicos para el equilibrio social.

La concurrencia de los elementos mencionados pone de relieve la necesidad de considerar la situación fáctica que legitima la acción de tutela, como mecanismo transitorio y como medida precautelativa para garantizar la protección de los derechos fundamentales que se lesionan o que se encuentran amenazados. Con respecto al término “amenaza” es conveniente manifestar que no se trata de la simple posibilidad de lesión, sino de la probabilidad de sufrir un mal irreparable y grave de manera injustificada. La amenaza requiere un mínimo de evidencia fáctica, de suerte que sea razonable pensar en la realización del daño o menoscabo material o moral.”<sup>2</sup>

Esta corporación ha establecido que la acción de tutela no procede para reclamar el reconocimiento y pago de prestaciones sociales, pues éstas son controversias de carácter litigioso que le corresponde resolver a la jurisdicción laboral o contenciosa administrativa según sea el caso. Adicionalmente, la seguridad social es un derecho prestacional por cuanto no es de aplicación inmediata<sup>3</sup>, por lo que las controversias generadas en torno a este tema deben ser resueltas por las vías anotadas.

No obstante, la Corte ha avanzado en el tema de la procedencia de la acción de tutela en relación con pretensiones de orden prestacional, como por ejemplo, en los eventos en que, atendiendo a las situaciones fácticas de cada caso concreto, se observa que los mecanismos judiciales ordinarios que el afectado tiene para defender sus derechos, no son eficaces para su protección o, se pretenda proteger al afectado de un perjuicio irremediable. <sup>4</sup>

Por consiguiente, “la acción de tutela deviene procedente para el reconocimiento de pretensiones prestacionales en materia pensional, si su desconocimiento compromete de forma conexa derechos fundamentales como el mínimo vital y la vida digna, y el juez constitucional, a la luz de las particularidades fácticas del caso en revisión, arriba a la conclusión de que el mecanismo judicial de que dispone el interesado es ineficaz, debido a que no resuelve el conflicto de manera integral o no es lo suficientemente expedito frente a la exigencia de protección inmediata de derechos fundamentales<sup>5</sup>.”<sup>6</sup>

Cuando existen otros medios de defensa judicial, el juez constitucional tiene la tarea de analizar en cada caso concreto si estos resultan eficaces para la protección del derecho prestacional que se pretende proteger. Para efectuar tal ponderación, la Corte ha establecido unos criterios que el juez debe verificar en dicho estudio, los cuales son:

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

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

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

(iv) que se acrediten siquiera sumariamente, las razones por las cuales el medio judicial ordinario es ineficaz para lograr la protección inmediata de los derechos fundamentales presuntamente afectados. De este modo, deberá analizarse en cada caso concreto si se verifican estos requerimientos a fin de declarar la procedencia del amparo.”<sup>7</sup>

En conclusión, la posición jurisprudencial de esta corporación sin ser absoluta, es adversa a la procedencia de la acción de tutela para reclamar derechos prestacionales, salvo en eventos en que el perjudicado (i) no tenga otro mecanismo de defensa judicial o (ii) teniendo un medio judicial, éste resulta ineficaz para la protección de los derechos y (iii) en los eventos en los que, luego de aplicar los elementos de inminencia, urgencia, gravedad e impostergabilidad de la acción, se evidencie un perjuicio irremediable y éste se pretenda evitar.

En el caso de la reclamación de derechos pensionales, la Corte ha establecido unas premisas que deben verificarse a objeto de determinar la procedencia de la tutela, estas son:

“(i) la afectación de los derechos fundamentales permanece en el tiempo y, por tanto, la situación desfavorable en que se encuentra el accionante es continua y actual; y (ii) la situación de indefensión y vulnerabilidad del actor, convierte en desproporcionada la exigencia relativa al uso de los medios ordinarios de defensa judicial.”<sup>8</sup>

En el presente caso, el señor Urbilio Ospina Giraldo interpone acción de tutela al considerar que sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la dignidad humana y la seguridad social, se encuentran transgredidos por el Ministerio de Defensa, Grupo de Prestaciones Sociales del Ejército Nacional, al haberle negado la pensión de sobrevivientes, que pretende, por el fallecimiento en combate de su hijo Waimer de Jesús Ospina Padilla.

Dentro del expediente, consta que el soldado voluntario Waimer de Jesús Ospina Padilla falleció el día 14 de agosto de 1998, en combate, al servicio del Ejército Nacional, y que los padres del occiso, según copia del certificado de nacimiento allegado como prueba, son los señores Flor María Padilla Ricardo y Urbilio Ospina Giraldo.

El señor Urbilio Ospina Giraldo, padre del soldado voluntario, radicó el 14 de mayo de 2010, ante el Ministerio de Defensa, Dirección de Prestaciones Sociales del Ejército Nacional, una petición en la cual solicitaba la pensión de sobrevivientes. Mediante Resolución No. 721 del 10 de marzo de 2011, el Ministerio de Defensa, negó la solicitud del actor. Contra dicha resolución, el actor no interpuso los recursos que procedían, pues consideró, que “la voluntad de la entidad era negarle la prestación solicitada”, además de encontrarse enfermo, situación que le impidió presentar un escrito de oposición contra el acto administrativo que negó su pretensión.

Por lo que el actor decidió acudir al mecanismo de amparo el 15 de noviembre de 2011, con el objetivo de que le sea ordenado al Ministerio de Defensa el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes.

De las pruebas allegadas al líbello de la demanda y del interrogatorio de parte del señor Urbilio Ospina Giraldo, rendido ante el a quo, esta Sala observa, en primer lugar, que este cuenta con 72 años de edad y, en segundo término, que padece de cáncer de garganta, circunstancias que lo convierten en un sujeto de especial protección constitucional debido a su avanzada edad y a la situación de salud en la que se encuentra, por lo que exigirle que acuda a la jurisdicción ordinaria para reclamar la prestación solicitada, sería desproporcionado teniendo en cuenta la situación de vulnerabilidad en la que se halla.

Así mismo, se infiere de dicho interrogatorio, que el actor desconocía que podía reclamar ante el Ejército Nacional la pensión de sobrevivientes por causa de la muerte de su hijo Waimer de Jesús, razón por la cual no acudió inmediatamente ocurrió el deceso de su hijo, sino años después. Igualmente, como se mencionó de manera precedente, esta corporación ha dispuesto que en tratándose de la reclamación de derechos pensionales, “la afectación de los derechos fundamentales permanece en el tiempo y, por tanto, la situación desfavorable en que se encuentra el accionante es continua y actual”, circunstancia que desvirtúa la falta del requisito de inmediatez en el presente caso.

Dentro del expediente obran dos declaraciones extrajuicio rendidas por personas allegadas al actor, en las que manifiestan que: “conocen desde hace 35 años al señor Urbilio Ospina Giraldo, nos consta que es padre biológico de quien en vida respondía al nombre de WAIMER DE JESÚS OSPINA PADILLA (q.e.p.d), quien se identificaba con cédula de ciudadanía número 98.651.189 de Caucasia, Antioquia, y falleció el 14 de agosto de 1998, en forma violenta ejerciendo su profesión de soldado profesional del Ejército Nacional de Colombia, Brigada 17, hechos ocurridos en un combate en zona rural del municipio de Mutata, Antioquia, de igual forma declaramos que era él quien le suministraba todo lo necesario para poder subsistir, era soltero no hizo vida marital de hecho con ninguna persona, no procreo hijos reconocidos, por reconocer o adoptivos, damos fe que es el único beneficiario para recibir el reconocimiento y pago de la pensión por la muerte de su hijo, ya que la madre del señor WAIMER OSPINA PAIDLLA (Q.E.P.D), falleció cuando el solo contaba con 6 meses de nacido”.

De tales evidencias, esta Sala deduce que, en este caso, existe un perjuicio irremediable que amerita la intervención de juez constitucional, pues, como se mencionó anteriormente, el actor es una persona perteneciente a la tercera edad que, además, padece de una enfermedad grave que le impide tener una vida en condiciones dignas y que debido a dichas circunstancias no puede acceder a un trabajo que le permita obtener los recursos necesarios para su subsistencia, afectando su derecho fundamental al mínimo vital, por lo que para el presente caso, la acción se torna procedente para reclamar la prestación solicitada.

Una vez resuelta la procedibilidad de la acción, esta Sala entrará a estudiar el problema jurídico planteado por el actor, con el fin de verificar si existió, por parte de la entidad demandada vulneración de los derechos fundamentales del actor al mínimo vital, a la dignidad humana y a la seguridad social al haberle negado la pensión de sobrevivientes, que pretende, por haber fallecido su hijo al servicio del Ejército Nacional. Para el efecto se realizará un repaso jurisprudencial sobre la naturaleza jurídica de la prestación solicitada, así como del régimen aplicable a las Fuerzas Militares en dicha materia.

#### 4. Naturaleza jurídica de la pensión de sobrevivientes y régimen aplicable a las Fuerzas Militares en tratándose de dicha prestación. Reiteración de jurisprudencia

Dentro de los derechos sociales, económicos y culturales consagrados en la Constitución de 1991, se encuentra el derecho a la seguridad social, contemplado en el artículo 48. Este

derecho tiene una dualidad, pues se considera un servicio público obligatorio y un derecho, razón por la cual, es deber del Estado organizarlo, dirigirlo y reglamentarlo bajo los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

En consecuencia, la Carta le impuso al Estado la obligación de reglamentar este derecho, en virtud de ello, el legislador profirió la Ley 100 de 1993 la cual tiene como objetivo “garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afecten.”<sup>9</sup>

Dicha ley fue la encargada de reglamentar los diferentes regímenes prestacionales que hoy existen dentro de nuestro ordenamiento como son, el de salud, el de pensiones, el de riesgos profesionales y el de servicios sociales complementarios.<sup>10</sup> Estas prestaciones permiten el desarrollo digno de las personas ante ciertos eventos que puedan llegar a suceder, como son las enfermedades, los accidentes o los procesos naturales como la maternidad, la vejez etc.

Dentro del Sistema de Seguridad Social se han contemplado diversas prestaciones dentro de las cuales se encuentra el régimen pensional, el cual tiene por objeto garantizar a la población el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte.<sup>11</sup>

En tratándose de la pensión de sobrevivientes, esta corporación a dicho que, “La finalidad esencial de esta prestación social es la protección de la familia como núcleo fundamental de la sociedad, de tal suerte que las personas que dependían económicamente del causante puedan seguir atendiendo sus necesidades de subsistencia<sup>4</sup>, sin que vean alterada la situación social y económica con que contaban en vida del pensionado o afiliado que ha fallecido<sup>5</sup>. Por ello, la ley prevé que, en aplicación de un determinado orden de prelación, las personas más cercanas y que más dependían del causante y compartían con él su vida, reciban una pensión para satisfacer sus necesidades.”<sup>12</sup>

Conforme con lo anterior, este tribunal ha reconocido en múltiples ocasiones, el carácter fundamental que reviste la pensión de sobrevivientes, en la medida en que el reconocimiento y pago de esta prestación económica garantiza el mínimo vital de los familiares dependientes del pensionado. Al respecto, la Corte<sup>13</sup> dijo:

“A pesar de ser la pensión de sobrevivientes una prestación económica, también ha sido catalogada como un derecho fundamental, pues ‘busca lograr en favor de las personas que se encuentran involuntariamente en circunstancias de debilidad manifiesta- originada en diferentes razones de tipo económico, físico o mental y que requieren de un tratamiento diferencial positivo o protector -, un trato digno y justo, por parte de la entidad que debe reconocer y pagar la pensión.14”

Desde esta perspectiva, se arriba a la conclusión de que la pensión de sobrevivientes, en la medida en que suple el soporte material indispensable para la satisfacción del mínimo vital de sus beneficiarios, se constituye en un derecho de contenido fundamental.

Ahora bien, de acuerdo con lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, el Sistema General de Seguridad Social contenido en la presente ley, no se aplicará entre otros, a las Fuerzas Militares y a la Policía Nacional, pues cuentan con un régimen especial que busca responder a las exigencias y derechos adquiridos de este sector, que por sus condiciones y características específicas deben ser tratados justificadamente de manera distinta al resto de la población beneficiaria del Sistema General de Seguridad Social.

De este modo, la Carta consagró en su artículo 217 la autorización al legislador para determinar el régimen especial prestacional de las Fuerzas Militares, en concordancia con el artículo 150 superior, numeral 19, inciso ‘E’, el cual establece que le corresponde al Congreso fijar el régimen salarial y prestacional de la Fuerza Pública.

De acuerdo con ello, el presidente de la República en desarrollo de las facultades extraordinarias conferidas por el legislador, expidió los decretos a través de los cuales se regula el régimen prestacional y salarial de las Fuerzas Militares. De esta manera, el régimen al que están sujetos los miembros de este grupo se encuentra regulado por el Decreto 2728 de 1968<sup>15</sup>, por el Decreto 1211 de 1990<sup>16</sup>, la Ley 447 de 1998<sup>17</sup> y el Decreto 4433 de 2004<sup>18</sup>.

Por su parte el Decreto 2728 de 1968, en su artículo 8 establece, a favor de los soldados en servicio activo, que fallezcan “por causa de heridas o accidente aéreo en combate o por acción directa del enemigo, bien sea en conflicto internacional o en mantenimiento del orden público,”, y de sus beneficiarios, las siguientes prestaciones:

“ARTÍCULO 8o. El Soldado o Grumete en servicio activo, que fallezca por causa de heridas o accidente aéreo en combate o por acción directa del enemigo, bien sea en conflicto internacional o en mantenimiento del orden público, será ascendido en forma póstuma al grado de Cabo Segundo o Marinero y sus beneficiarios tendrán derecho al reconocimiento y pago de cuarenta y ocho (48) meses de los haberes correspondientes a dicho grado y el pago doble de la cesantía.

A la muerte del Soldado o Grumete en servicio activo, causada por accidente en misión del servicio, sus beneficiarios tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta y seis (36) meses del sueldo básico que en todo tiempo corresponda a un Cabo Segundo o Marinero.

A la muerte de un Soldado o Grumete en servicio activo o por causas diferentes a las enunciadas anteriores a sus beneficiarios tendrá derecho al reconocimiento y pago de veinticuatro (24) meses de sueldo básico que en todo tiempo corresponda a un Cabo Segundo o Marinero.”.

En el Capítulo V del Decreto 1211 de 1990 se determinan las prestaciones por causa de muerte a las que tienen derecho los oficiales y suboficiales de las fuerzas militares y sus beneficiarios. El artículo 189 de este decreto, indica que:

“A partir de la vigencia del presente Estatuto, a la muerte de un Oficial o Suboficial de las Fuerzas Militares en servicio activo, en combate o como consecuencia de la acción de enemigo, bien sea en conflicto internacional o en el mantenimiento o restablecimiento del orden público, ser ascendido en forma póstuma al grado inmediatamente superior, cualquiera que fuere el tiempo de servicio en su grado. Además sus beneficiarios, en el orden establecido en este Estatuto, tendrán derecho a las siguientes prestaciones:

a). A que el Tesoro Público les pague por una sola vez, una compensación equivalente a cuatro (4) años de los haberes correspondientes al grado conferido al causante, tomando como base las partidas señaladas en el artículo 158 de este Decreto.

b). Al pago doble de la cesantía por el tiempo servido por el causante.

c). Si el Oficial o Suboficial hubiere cumplido doce (12) o más años de servicio, a que el

Tesoro Público les pague una pensión mensual, la cual será liquidada y cubierta en la misma forma de la asignación de retiro, de acuerdo con el grado y tiempo de servicio del causante.

Posteriormente, la Ley 447 de 1998, dispuso en su artículo 1º, que “a partir de la vigencia de la presente ley, a la muerte de la persona vinculada a las F.F.A.A. y de Policía por razón constitucional y legal de la prestación del servicio militar obligatorio, ocurrida en combate o como consecuencia de la acción del enemigo, en conflicto internacional o participando en operaciones de conservación o restablecimiento del orden público, sus beneficiarios en el orden establecido en esta ley, o los beneficiarios que designe la persona prestataria del servicio militar al incorporarse, tendrán derecho a una pensión vitalicia equivalente a un salario y medio (1 1/2) mínimo mensuales y vigentes.”

Así mismo, dicha ley establece en su artículo 5º que “serán llamados a recibir los rendimientos del causante, los ascendientes o padres adoptivos según se registre en el formulario de incorporación. En segundo orden, previa justificación de haber excluido a ascendientes o padres adoptivos del primer orden, se otorgará el beneficio a la persona que el causante haya designado en el momento de la incorporación al servicio militar obligatorio, de conformidad con el Régimen General de Pensiones de la Ley 100 de 1993.”

Y estableció que, “como requisito para la persona quien vaya a ser beneficiario de la pensión que al momento de serle reconocida tenga como edad mínima cincuenta (50) años. De no tener esta edad, el Acto Administrativo del reconocimiento se suspenderá hasta el cumplimiento de esta condición suspensiva.”

Por otro lado, el Decreto 4433 de 2004 en su artículo 19 establece que “a la muerte de un Oficial, Suboficial, o Soldado Profesional de las Fuerzas Militares en servicio activo, en combate o como consecuencia de la acción del enemigo, bien sea en conflicto internacional o en el mantenimiento o restablecimiento del orden público, sus beneficiarios en el orden y proporción establecidos en el artículo 11 del presente Decreto, tendrán derecho, a partir de la fecha del fallecimiento, a que por el Tesoro Público se les pague una pensión mensual reconocida por el Ministerio de Defensa Nacional (...).”

En relación con lo anterior, el artículo 22 del mismo decreto, señala que los beneficiarios de los Soldados Profesionales tendrán derecho a que se les pague una pensión mensual de presentarse determinadas condiciones y que para los efectos del artículo “se entienden como

Soldados Profesionales, los Soldados Voluntarios que hubieren fallecido entre el 7 de agosto de 2002 y el 31 de diciembre de 2003, en las circunstancias señaladas en el artículo 32 del presente decreto.”<sup>19</sup>

## 5. Caso concreto

Urbilio Ospina Giraldo quien cuenta con 72 años de edad y padece de cáncer de garganta, interpone acción de tutela al considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la dignidad humana, al mínimo vital y a la seguridad social, por parte del Ministerio de Defensa-Grupo de Prestaciones Sociales del Ejército Nacional, al haberle negado la pensión de sobrevivientes, a la que considera tiene derecho a causa de la muerte por acción directa del enemigo, de su hijo Waimer de Jesús Ospina Padilla, quien se desempeñaba como soldado voluntario al servicio del Ejército Nacional.

Waimer de Jesús Ospina Padilla ingresó al Ejército Nacional de Colombia en el año de 1996 y en 1998 fue dado de baja por “acción directa del enemigo”. En 1999, mediante Resolución 000101 del 10 de febrero de 1999, fue ascendido en forma póstuma, tal como lo dispone el Decreto 2728 de 1968, artículo 8.

El 14 de mayo de 2010, el actor solicitó ante el Grupo de Prestaciones Sociales del Ejército Nacional la pensión de sobrevivientes, entidad que mediante Resolución No. 721 del 10 de marzo de 2011 dispuso que no había lugar al reconocimiento de dicha prestación al considerar:

“Que la Ley 131 de 1985, en concordancia con el artículo 8° del Decreto 2728 de 1968, consagra: ‘El soldado o Grumete en servicio activo, que fallezca por causa de heridas o accidente aéreo en combate o por acción directa del enemigo, bien sea en conflicto internacional o en el mantenimiento del orden público será ascendido en forma póstuma al grado de Cabo Segundo o Marinero y sus beneficiarios tendrán derecho al reconocimiento y pago de cuarenta y ocho (48) meses de los haberes correspondientes a dicho grado y al pago doble de la cesantía’, norma de carácter especial, de obligatorio cumplimiento y aplicable para la época de ocurrencia de los hechos.

Que el artículo 22 del Decreto 4433 de 2004, consagra: PENSIONES DE SOBREVIVENCIA DE SOLDADOS PROFESIONALES. Los beneficiarios de los Soldados Profesionales incorporados a

partir de la entrada en vigencia del Decreto-ley 1793 de 2000, tendrán derecho a que por el Tesoro Público se les pague una pensión mensual de sobrevivientes reconocida por el Ministerio de Defensa Nacional en las condiciones y con los requisitos previstos en el presente decreto. Igualmente, para los solos efectos previstos en el presente artículo, se entienden como Soldados Profesionales, los Soldados Voluntarios que hubieren fallecido entre el 7 de agosto de 2002 y el 31 de diciembre de 2003, en las circunstancias señaladas en el artículo 32 del presente decreto.

Que teniendo en cuenta las normas antes citadas, se puede concluir en forma clara, que por el fallecimiento del soldado voluntario OSPINA PADILLA WAIMER DE JESÚS, no se generó el derecho a pensión a favor de URBILIO OSPINA GIRALDO, toda que vez que su fallecimiento ocurrió el 14 de agosto de 1998”

Decisión contra la cual no se interpusieron los recursos de ley, debido a la situación de salud del señor Urbilio Ospina Giraldo, además de no encontrarlo necesario, pues consideró que la voluntad de la entidad iba a ser de igual manera la negación de la prestación. Por lo que el 15 de noviembre de 2011, decidió interponer la presente acción constitucional.

Los jueces que conocieron el asunto negaron la solicitud del actor al estimar que la acción no cumplía con los presupuestos exigidos para la procedibilidad del mecanismo de amparo, a saber la inmediatez y la subsidiariedad.

Del planteamiento del caso y teniendo en cuenta lo dicho en la parte general de esta providencia, esta Sala entrará a determinar si existió o no, vulneración a los derechos aducidos por el actor por parte del Ministerio de Defensa-Grupo de Prestaciones Sociales del Ejército Nacional. Al respecto, se observa dentro del expediente un interrogatorio de parte realizado por parte del a quo, en el que el actor manifestó:

“(…) PREGUNTADO: ¿De qué deriva su sustento? CONTESTÓ: el hijo me colabora a mí y a mi señora, porque yo estoy imposibilitado para trabajar. PREGUNTADO: ¿Cuántos hijos tiene, y a que se dedican? CONTESTÓ: son seis hijos MILLA YANET, URBELIO Y DINA LUZ OSPINA PADILLA, esos son mis hijos mayores del primer matrimonio, las dos mujeres son monjas y Urbilio no sé ni siquiera en estos momentos donde está porque no tengo contacto con él, y con la esposa de ahora, tengo a JULIA ROSA de 27 años, es independiente, pero no me ayuda porque ella tiene su hogar. EDUAR ALBERTO, trabaja en un supermercado y él es quien ve

por mi y YEINY JULIETH OSPINA HERNÁNDEZ, de 20 años pero ella también es casada e independiente y no me ayuda a mi. PREGUNTADO: ¿En caso de que sus hijos trabajen, aclarar si alguno le ayuda a su manutención? CONTESTÓ: El único que me ayuda es Eduar Alberto, y él gana el mínimo”.

Así mismo, obran dentro del libelo de la demanda, unas declaraciones extra proceso de las que se desprende que el señor Urbilio Ospina Giraldo dependía económicamente de su hijo Waimer de Jesús Ospina Padilla.

Ahora bien, el Grupo de Prestaciones Sociales del Ejército Nacional negó la prestación al considerar que la normatividad aplicable al caso era el Decreto 2728 de 1968, el cual no prevé la prestación solicitada y el Decreto 4433 de 2004 que sí la contempla solo puede ser aplicado para aquellos “que hubieren fallecido entre el 7 de agosto de 2002 y el 31 de diciembre de 2003”, razón por la que el actor no puede ser beneficiario de la pensión que reclama, pues su muerte tuvo lugar el 14 de agosto de 1998.

No obstante lo anterior, esta Sala observa que la Ley 447 del 21 de julio de 1998 dispone que “a partir de la vigencia de la presente ley, a la muerte de la persona vinculada a las F.F.A.A. y de Policía por razón constitucional y legal de la prestación del servicio militar obligatorio, ocurrida en combate o como consecuencia de la acción del enemigo, en conflicto internacional o participando en operaciones de conservación o restablecimiento del orden público, sus beneficiarios en el orden establecido en esta ley, o los beneficiarios que designe la persona prestataria del servicio militar al incorporarse, tendrán derecho a una pensión vitalicia equivalente a un salario y medio (1 1/2) mínimo mensuales y vigentes.”

De las pruebas allegadas al expediente se evidencia que la muerte del soldado voluntario, por acción directa del enemigo, fue el 14 de agosto de 1998, posterior a la promulgación de la Ley 447 de 1998, esto es 21 de julio de dicho año, por lo que por favorabilidad le es aplicable el mencionado precepto normativo.

En consecuencia, de las pruebas allegadas al expediente y del análisis legislativo dispuesto sobre la materia, esta Sala dispone que, en primer lugar, existe una clara vulneración al mínimo vital del señor Urbilio Ospina Giraldo, por cuanto actualmente no puede obtener por sus propios medios los recursos para su subsistencia debido a su avanzada edad y a la enfermedad que padece, por lo que debe acudir a la generosidad de su hijo menor, quien

solo devenga un salario mínimo y con ello, se sostiene a sí mismo y a su padre, a quien se le deben proporcionar medicamentos y cuidados propios del cáncer que lo agobia. Y, en segundo término, según las disposiciones precedentemente citadas, esta Sala encuentra que el actor tiene derecho a la pensión de sobrevivientes por causa de la muerte de su hijo Waimer de Jesús Ospina Padilla al servicio del Ejército Nacional, por lo que el Grupo de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa Nacional debe reconocer y comenzar a pagar en un plazo máximo de treinta (30) días, contados a partir de la notificación de la presente sentencia, la pensión de sobrevivientes, en los términos establecidos por la Ley 447 de 1998, desde el momento de la causación del derecho y se ordenará el pago únicamente de las mesadas no prescritas.

#### IV. DECISIÓN

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

#### RESUELVE

PRIMERO. REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de El Bagre, Antioquia, que a su vez confirmó la pronunciada por el Juzgado Promiscuo Municipal de El Bagre, Antioquia, dentro del proceso de tutela iniciado por Urbilio Ospina Giraldo, contra el Ministerio de Defensa Nacional- Grupo de Prestaciones Sociales del Ejército Nacional, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- ORDENAR al Ministerio de Defensa, Grupo de Prestaciones Sociales del Ejército Nacional, que en el término treinta (30) días contados a partir de la notificación de esta providencia, proceda al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a favor de Urbilio Ospina Giraldo de acuerdo con lo dispuesto en Ley 447 de 1998, desde el momento de la causación del derecho y ordene el pago únicamente de las mesadas no prescritas.

TERCERO.- Por Secretaría General, LÍBRESE la comunicación a que se refiere el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

NILSON ELÍAS PINILLA PINILLA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Corte Constitucional, Sentencia T-225 del 15 de junio de 1993, MP. Vladimiro Naranjo Mesa.

2 Ibidem

4 Corte Constitucional, Sentencia T-248 del 6 de marzo de 2008, MP. Rodrigo Escobar Gil.

5 Corte Constitucional, Sentencia T-851 del 13 de octubre de 2006, MP. Rodrigo Escobar Gil.

6 Corte Constitucional, Sentencia T-248 del 6 de marzo de 2008, MP. Rodrigo Escobar Gil.

7 Corte Constitucional, Sentencia T-055 del 2 de febrero de 2006, MP. Alfredo Beltrán Sierra, Sentencia T-165 del 8 de marzo de 2010, MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

8 Véase, Sentencia T-554 del 19 de agosto de 2009. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

9 Ley 100 de 1993, artículo 1.

10 Ley 100 de 1993, artículo 8.

11 Ley 100 de 1993, artículo 10.

12 Corte Constitucional, sentencia T-326 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

13 Véase, Sentencia de septiembre 8 de 2005.M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

14 “Sentencia T-072 de 2002, M.P. Álvaro Tafur Galvis.”

15 “Por el cual se modifica el régimen de prestaciones sociales por retiro o fallecimiento del personal de Soldados y Grumetes de las Fuerzas Militares”

16“Por el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares”, el cual ha sido modificado en cuanto al tema prestacional por los Decretos 1790 y 1793 de 2000, Ley 987 de 2005.

17 “Por la cual se establece pensión vitalicia y otros beneficios a favor de parientes de personas fallecidas durante la prestación del servicio militar obligatorio y se dictan otras disposiciones.”

18 ‘Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública’

19 Decreto 4433 de 2004, artículo 22.