

Sentencia T-558/10

ACCION DE TUTELA CONTRA CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICIA NACIONAL CASUR-
Caso en que se niega sustitución de asignación mensual de retiro a compañera permanente por haber sido reconocida esta a la cónyuge supérstite del causante

ACCION DE TUTELA-Procedencia excepcional para el reconocimiento de de derechos pensionales

ACCION DE TUTELA EN MATERIA PENSIONAL-Asignación mensual de retiro para miembros de la fuerza pública como derecho de naturaleza pensional/ASIGNACION DE RETIRO PARA LA FUERZA PUBLICA-Modalidad de derecho pensional por ejecución de función pública que envuelve riesgo inminente para la vida de sus miembros o la de sus familias

ACCION DE TUTELA EN MATERIA PENSIONAL-Asignación mensual de retiro como derecho pensional irrenunciable, puede ser reconocida en cualquier tiempo por sede administrativa o judicial

ACCION DE TUTELA CONTRA CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICIA NACIONAL CASUR-
Vulneración de derechos fundamentales al mínimo vital, seguridad social y dignidad humana por no reconocer asignación mensual de retiro a compañera permanente

Era deber de la autoridad administrativa demandada estudiar de fondo la solicitud y decidir sin consideraciones de naturaleza formal, acerca de la titularidad del derecho pedido por la peticionaria. Del mismo modo, debe indicar la Sala que este tipo de cortapisas ponen de manifiesto un trato discriminatorio entre la cónyuge del causante y la compañera permanente que, siguiendo los lineamientos de la sentencia C-1035 de 2008, son inadmisibles en un Estado Social de Derecho que propende por la garantía efectiva del principio de igualdad, lo cual se echa de menos en esta oportunidad.

Referencia: expediente T-2567432.

Acción de tutela de Rosalba Díaz Zamudio, quien actúa a través de apoderado judicial, contra la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional -en adelante CASUR-.

Magistrado Ponente:

Dr. JORGE IVAN PALACIO PALACIO

Bogotá, D. C., siete (7) de julio de dos mil diez (2010).

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Jorge Iván Palacio Palacio, Nilson Pinilla Pinilla y Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente:

SENTENCIA

en el trámite de revisión de la decisión proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, el 3 de febrero de 2010, que confirmó la dictada por el Juzgado 17 Civil del Circuito de Bogotá el 20 de enero de 2010, en el asunto de la referencia.

I. ANTECEDENTES.

Haciendo uso de la acción de tutela prevista en el artículo 86 de la Constitución Política, la señora Rosalba Díaz Zamudio, quien actúa a través de apoderado judicial, busca la protección de sus derechos fundamentales a la seguridad social, al pago oportuno de las pensiones, a la vida, a la igualdad y a la dignidad humana, vulnerados al parecer por CASUR, con ocasión del no reconocimiento de la sustitución de la asignación mensual de retiro forzoso a la que en su sentir tiene derecho por el fallecimiento de su compañero permanente, quien fungía como agente de la Policía Nacional. La petición de amparo incoada se apoya en los siguientes

1. Hechos.

1.1. Sostiene la actora que ha elevado sendas peticiones a la entidad demandada, con el fin de que le sea reconocida la sustitución de la asignación mensual de retiro a la que considera tiene derecho como compañera permanente de Jesús María Jiménez Vera, quien se desempeñó como agente de la Policía Nacional y adquirió en su oportunidad el estatus de pensionado.

1.2. Pone de presente que el señor Jiménez Vera falleció el 28 de julio de 1995 y que los

únicos que recibieron el citado derecho prestacional fueron sus hijos, habidos durante los largos años de unión conyugal, aunque les fue retirada la prestación por haber adquirido la mayoría de edad, quedando completamente desamparada y “sin tener quien me socorra en esta etapa de mi vida”¹, lo cual ha implicado el acrecentamiento de la prestación “a la que fuera su esposa, quien lo abandonó durante muchos años y sólo apareció una vez muerto.”²

1.3. Finaliza su escrito indicando que CASUR no ha accedido al reconocimiento de la sustitución de la citada prestación económica, lo cual “constituye grave violación de los derechos fundamentales tanto de la seguridad social, como del pago oportuno de las pensiones”³. Agrega que cuenta con 53 años de edad, que no tiene empleo y que carece de recursos o medios de subsistencia, “por lo cual a partir del fallecimiento de mi compañero permanente me he visto obligada a vivir bajo la protección de algunos de mis hijos y familiares que saben y conocen mi situación.”⁴

2. Pruebas que obran en el expediente.

- Registro civil de defunción N° 1975954 de Jesús María Jiménez Vera (folio 10 del cuaderno de primera instancia).

- Resolución N° 4008 de 1995 dictada por la demandada, por la cual reconoce a partir del 28 de julio de 1995 la sustitución de asignación mensual de retiro a favor de Ana Gracia Millán de Jiménez (50%), como cónyuge supérstite, así como también a Luz Dary, Ruth Jenny, Maribel, Luis Carlos y Miguel Ángel Jiménez Díaz, como hijos extramatrimoniales (50%) (folios 11 a 14 ibídem).

- Solicitud de reconocimiento de la totalidad de la sustitución pensional efectuada por la demandante el 27 de marzo de 2007, para su hijo Miguel Ángel Jiménez y respuesta dada a la solicitud (folios 15 y 16 ibíd.).

- Derecho de petición elevado por la actora solicitando la media pensión como compañera permanente y respuesta dada por CASUR (folios 18 y 19 ibíd.).

- Resoluciones N° 4260 de 1997, 1852 de 2001 y 12168 de 2002 “[p]or la cual se extingue y acrece cuota de sustitución de asignación mensual de retiro, con fundamento en el

expediente No. 288 de 1995, a nombre del señor Agente (r) JIMENEZ VERA JESUS MARIA” (folios 20 a 30 ibíd.).

3. Respuesta de la sociedad demandada.

El Subdirector de Prestaciones Sociales de la entidad demandada en escrito del 15 de enero de 2010, solicitó la declaratoria de no prosperidad de la acción de tutela, por considerar que ha acatado el marco normativo y jurisprudencial al dictar los correspondientes actos administrativos, razón por la cual no ha vulnerado ningún derecho constitucional fundamental a la accionante. La argumentación en la que basó su pedimento, puede sintetizarse así:

En primer término, señaló que mediante Resolución N° 4008 de 1995 reconoció la totalidad de la sustitución de asignación mensual de retiro a la señora Ana Gracia Millán de Jiménez, en calidad de cónyuge. Así mismo, a sus hijos Luz Dary, Ruth Jenny, Maribel, Luis Carlos y Miguel Ángel Jiménez Díaz, representados por su progenitora, señora Rosalba Díaz Zamudio, para lo cual precisó que “ésta no reclamó la sustitución, sino en representación de sus hijos menores.”⁵

Resaltó, que dicho acto administrativo se encuentra notificado y ejecutoriado, es decir, goza de presunción de legalidad, sin que haya sido objeto de impugnación ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

De otra parte, indicó al juez constitucional que la demandante el 27 de marzo de 2007 solicitó la totalidad de la pensión para su menor hijo Miguel Ángel Jiménez, misiva que fue respondida mediante oficio N° 00695 del 17 de abril de 2007, informándole que el 67.19% de la prestación se encontraba asignado a la señora Ana Gracia Millán de Jiménez y el restante 32.81% en partes iguales para Miguel Ángel y Luis Carlos Jiménez Díaz.

Agregó que el 25 de febrero de 2009, la señora Díaz Zamudio solicitó el reconocimiento de media pensión como compañera permanente, obteniendo respuesta el 18 de mayo de 2009 a través del oficio N° 561 / GST-SDP, en el sentido de que el reconocimiento de la sustitución pensional fue otorgado a quien acreditó la condición de cónyuge supérstite, siguiendo los lineamientos del Decreto 1213 de 1990, tratándose en consecuencia de un acto administrativo que goza de presunción de legalidad y que sólo puede ser desvirtuada o

cuestionada ante la autoridad competente.

Enfatizó en que lo relacionado con los derechos pensionales de las compañeras permanentes, se rige por los dictados del Decreto 1213 de 1990 y que lo relativo a los porcentajes establecidos para cónyuge y compañera permanente fue efectivamente decidido por el Consejo de Estado el 20 de septiembre de 2007, en un caso particular que no es aplicable en esta oportunidad, “motivo por la (sic) cual no es procedente atender favorablemente su petición.”⁶

En tercer término, consideró que la demandante desconoció el principio de inmediatez, en tanto 13 años después pretende que se le reconozca la sustitución pensional en calidad de compañera permanente, “cuando tuvo en su momento la oportunidad de hacerlo y no lo hizo, pues los actos posteriores de extinciones y acrecimientos respectivos (sic) Resoluciones Nos. 4260 del 11-12-1997, 1852 del 09-04-2001 y 012168 del 21-10-2002), le fueron comunicadas y notificadas, renunciando a los términos de ejecutoria.”⁷

Para terminar, hizo referencia también al carácter residual y subsidiario de la acción de tutela, mecanismo que no tiene la virtualidad de resolver asuntos de carácter patrimonial, “los cuales no tienen el rango de derecho fundamental constitucional, en consideración a que son funciones de otras autoridades administrativas y/o judiciales.”⁸

4. Decisiones judiciales objeto de revisión.

4.1. Sentencia de primera instancia.

En decisión del 20 de enero de 2010, el Juzgado 17 Civil del Circuito de Bogotá denegó la tutela de los derechos fundamentales de la señora Rosalba Díaz Zamudio, bajo la consideración de que la demandante desconoció el principio de inmediatez que orienta el ejercicio de la acción de tutela, en tanto la resolución que reconoció la sustitución pensional data del 26 de octubre de 1995, es decir, 14 años después la demandante pretende controvertir la decisión adoptada por la administración en el citado acto administrativo. Más aún, agregó que en el evento de que hipotéticamente el derecho invocado hubiere sido transgredido “resulta imposible reconstruir, por este mecanismo constitucional, la verdadera situación de lo acaecido.”⁹

4.2. Impugnación.

La demandante dentro del término previsto en el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991, manifestó su disenso con la sentencia dictada argumentando que la búsqueda de la protección de derechos fundamentales no está supeditada a la existencia de un término perentorio, teniendo en cuenta que puede ser intentada en cualquier tiempo. En lo demás, reiteró lo expuesto en la solicitud de tutela.

4.3. Sentencia de segunda instancia.

En decisión del 3 de febrero de 2010, la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá confirmó la sentencia acudiendo al mismo argumento esgrimido por el a quo. Adicionalmente, estimó que también fue desconocido el requisito de subsidiariedad de la acción tutelar previsto en el texto fundamental, por cuanto para el reconocimiento de prestaciones sociales existe otro mecanismo de defensa judicial, siendo únicamente procedente el amparo constitucional cuando “se trate de amparar de manera exclusiva el derecho de petición, ante el silencio injustificado de la entidad con respecto a la petición o decisión sobre los recursos en vía gubernativa; hipótesis que no se vislumbra en el caso concreto, pues las peticiones presentadas por la accionante han sido resueltas”.¹⁰

En ese orden de ideas, sostuvo que la protección constitucional no debe ser concedida ni siquiera como mecanismo transitorio, “en primer lugar, porque, como se evidencia en el expediente, la actora no controvertió la citada resolución 4008 de 1995, en segundo lugar, sólo hasta el 27 de marzo de 2007 confirió poder a un profesional del derecho para que la asignación mensual de retiro le sea pagada ‘al único hijo menor de nombre MIGUEL ANGEL JIMENEZ’ (...) y finalmente, porque la accionante no demostró, ni siquiera sugirió, haber agotado los mecanismos propios del trámite administrativo o jurisdiccional tendiente a obtener el reconocimiento de su pretendida sustitución pensional, habiendo transcurrido ya más de 14 años de la muerte de quien, afirma, fue su compañero permanente.”¹¹

5. Trámite surtido ante la Corte Constitucional.

El Magistrado Sustanciador haciendo uso de la facultad probatoria prevista en el Decreto 2591 de 1991 y el Reglamento Interno de la Corporación (Acuerdo N° 05 de 1992), dispuso oficiar mediante providencias del 18 y 25 de junio de 2010 a CASUR y a la demandante,

respectivamente, con el fin de que allegaran elementos de juicio adicionales al expediente de tutela, para dictar la correspondiente decisión de mérito.

Las pruebas solicitadas fueron allegadas oportunamente y se hará mención de ellas, al momento de resolver el asunto objeto de revisión.

II. CONSIDERACIONES.

1. Competencia.

Esta Sala de la Corte Constitucional es competente para revisar las sentencias proferidas dentro de la acción de tutela de la referencia, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Presentación el caso y planteamiento del problema jurídico.

El 18 de diciembre de 2009, la señora Rosalba Díaz Zamudio, actuando a través de apoderado judicial, promovió acción de tutela contra CASUR, con el fin de que sean restablecidos los derechos fundamentales a la seguridad social, a la vida, a la igualdad, a la dignidad humana y al pago oportuno de las pensiones, los cuales estima vulnerados con ocasión del no reconocimiento de la sustitución de la asignación mensual de retiro como compañera permanente del agente de la Policía Nacional Jesús María Jiménez Vera, fallecido el 28 de julio de 1995. Dicha prestación económica, solamente ha sido percibida por los hijos habidos en la unión marital de hecho, hasta cumplir el límite de edad establecido en la normatividad, con excepción del menor Miguel Ángel Jiménez Díaz quien devenga en este momento el 24.61%, suscitándose el posterior acrecimiento “a la que fuera su esposa, quien lo abandonó durante muchos años y sólo apareció una vez muerto.”

La entidad demandada solicitó al juez constitucional no acceder al amparo constitucional, bajo la consideración de que no se encuentran configurados los presupuestos de subsidiariedad e inmediatez. Respecto del primero, estimo que la acción de tutela no está instituida para dirimir controversias de naturaleza patrimonial, en tanto no alcanzan el estatus de derecho fundamental, mientras que en relación con el segundo, consideró que es inadmisibles “que después de trece (13) años, se le reconozca la sustitución pensional en

calidad de compañera permanente, cuando tuvo en su momento la oportunidad de hacerlo y no lo hizo, pues los actos posteriores de extinciones y acrecimientos respectivos (...) le fueron comunicadas y notificadas (sic), renunciando a los términos de ejecutoria.”¹² Los argumentos expuestos, sirvieron de fundamento para que los jueces de instancia no accedieran a la tutela de los derechos fundamentales.

Atendiendo lo anterior, le corresponde determinar a la Sala en esta oportunidad si los derechos fundamentales de la señora Rosalba Díaz Zamudio han sido vulnerados por CASUR, al no acceder al reconocimiento de la sustitución de la asignación de retiro como compañera permanente del fallecido agente de la Policía Nacional Jesús María Jiménez Vera.

Para resolver el problema jurídico, la Sala hará referencia en primer término a la procedencia excepcional de la acción de tutela para garantizar el reconocimiento de derechos pensionales; de otra parte, a la asignación mensual de retiro para los miembros de la fuerza pública como derecho de naturaleza pensional y, para terminar, resolverá el caso concreto.

3. Procedencia excepcional de la acción de tutela para garantizar el reconocimiento de derechos pensionales. Reiteración de jurisprudencia.

Esta Corporación en innumerables pronunciamientos, ha considerado que la acción de tutela no es, en principio, el mecanismo judicial idóneo para resolver las controversias relacionadas con el reconocimiento de derechos de contenido prestacional, pues la discusión allí planteada versa sobre aspectos de naturaleza legal o derechos litigiosos, los cuales a partir de los parámetros previstos en el ordenamiento jurídico, deben ser dirimidos ante la jurisdicción ordinaria o de lo contencioso administrativa, según el caso.¹³

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

Sobre el particular, esta Corporación en sentencia T-083 de 2004, sostuvo:

“Aceptar que el juez de tutela tiene competencia privativa o cobertura absoluta para resolver

los conflictos relacionados con derechos prestacionales, es entonces desconocer el carácter extraordinario que identifica al mecanismo de amparo constitucional, e incluso, contrariar su propio marco de operación, ya que, de manera general, el propósito de la tutela se orienta a prevenir y repeler los ataques que se promuevan contra los derechos fundamentales ciertos e indiscutibles, y no respecto de aquellos que aun no han sido reconocidos o cuya definición no se encuentra del todo consolidada por ser objeto de disputa jurídica.”

Sin embargo, esta orientación jurisprudencial no debe ser entendida de manera absoluta, en tanto resulta plausible el reconocimiento de derechos prestacionales por vía de amparo constitucional, no solo cuando se ejerce como mecanismo transitorio, caso en el cual es necesario demostrar la existencia de un perjuicio irremediable a partir de los requisitos definidos por el intérprete constitucional, sino también cuando el medio judicial preferente es ineficaz o no es lo suficientemente expedito para brindar una protección inmediata, circunstancia que deberá ser apreciada en concreto por el juez constitucional, en cada caso concreto.¹⁴

En suma, la acción de tutela procede de manera excepcional para proteger los derechos fundamentales y, en particular, los derivados del reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, en los siguientes casos: (i) cuando no existe otro medio de defensa judicial o, en caso de existir, el mismo no resulta idóneo ni eficaz para garantizar la protección de los derechos fundamentales del peticionario, evento en el que la tutela procede como mecanismo principal y definitivo de defensa, ante la imposibilidad material de solicitar una protección real y cierta por otra vía y (ii) cuando ésta se promueve como mecanismo transitorio, siempre y cuando el demandante demuestre la existencia de un perjuicio irremediable, en cuyo caso la orden de protección tendrá efectos temporales, sólo hasta el momento en que la autoridad judicial competente decida en forma definitiva el conflicto planteado. Dicho perjuicio, a partir de los lineamientos de la jurisprudencia de este Tribunal, debe reunir los siguientes elementos: ser inminente, es decir, que se trate de una amenaza que está por suceder prontamente; ser grave, esto es, que el daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona sea de gran intensidad; ser urgente, es decir que exija la adopción de medidas prontas o inmediatas para conjurar la amenaza; ser impostergable, es decir, acreditar la necesidad de recurrir al amparo como mecanismo expedito y necesario para la protección de los derechos fundamentales.¹⁵

4. La asignación mensual de retiro para los miembros de la fuerza pública como derecho de naturaleza pensional.

Siguiendo los lineamientos de la Constitución Política (Art. 48), la seguridad social es un servicio público y un derecho de carácter irrenunciable, el cual debe ser prestado por el Estado con fundamento en los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación. Así mismo, cabe recordar que el Sistema General de Seguridad Social Integral está conformado por los regímenes generales para pensiones, salud, riesgos profesionales y los servicios sociales complementarios definidos en la Ley 100 de 1993.

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

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

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

En cuanto a su finalidad, la asignación mensual de retiro forzoso puede asimilarse a la pensión de sobrevivientes, prestación que “pretende garantizar a la familia del causante el acceso a los recursos necesarios para garantizarse una existencia digna y continuar con un nivel de vida similar al que poseían antes de su muerte.”¹⁶

Ese carácter de prestación social o, más específicamente, de derecho pensional, implica entonces que se trata de un derecho cierto, indiscutible e irrenunciable (Art. 48 de la Constitución), es decir, que respecto de su reconocimiento no opera el fenómeno de la caducidad ya sea en sede administrativa o judicial, razón por la cual su reclamación puede efectuarse en cualquier tiempo, teniendo en cuenta que se trata de una prestación periódica, resultando únicamente aplicable la prescripción de las mesadas pensionales no recibidas, en los términos previstos en el ordenamiento jurídico.¹⁷ Se trata entonces de un parámetro constitucional que antes de subvertir el principio de seguridad jurídica, enarbola el catálogo de valores, principios y derechos fundamentales “para mantener unas condiciones de vida digna, así como el derecho irrenunciable a la seguridad social (C.P., arts. 1, 46 y 48), determinando a su vez una realización efectiva del valor fundante que impone la vigencia de un orden económico y social justo, dentro de un Estado Social de Derecho.”¹⁸

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

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

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

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

Del mismo modo, el artículo 130 de la misma normativa establecía la posibilidad de que dicha asignación fuera sustituida en caso de que se presentara el deceso del agente de la Policía Nacional, al señalar:

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

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

“Así pues, mientras que el artículo 132 del Decreto 1213 de 1990 establece como beneficiarios de las prestaciones sociales por causa de muerte de un agente de la Policía Nacional al cónyuge sobreviviente en concurrencia con los hijos del causante, el artículo 111

del Decreto 1029 de 1994 extiende tal reconocimiento al compañero permanente del agente fallecido, al ampliar el pago de las prestaciones sociales adeudadas a la familia, dentro de la cual se incluye a quienes han tenido dicha condición en relación con los miembros de la Policía Nacional.

Así las cosas, la situación discriminatoria que podía deducirse del texto de la disposición acusada en relación con los preceptos constitucionales ha desaparecido, en virtud de la derogatoria de la disposición mencionada (Decreto 1029 de 1994).”

Posteriormente, el Presidente de la República haciendo uso de las facultades extraordinarias conferidas por el numeral 3° del artículo 17 de la Ley 797 de 2003, dictó el Decreto-Ley 2070 de 2003 “por medio del cual se reforma el régimen pensional propio de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional”, marco normativo que fue declarado inexecutable mediante sentencia C-432 de 200419, bajo la consideración de que el régimen prestacional de los miembros de la fuerza pública, es un tema de reserva de ley marco o cuadro, razón por la cual el único órgano facultado constitucionalmente para establecer los objetivos y criterios generales a los cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional, es el Congreso de la República en ejercicio de la función legislativa.

En aquél entonces, esta Corporación indicó:

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

Es evidente para la Corte que las normas acusadas previstas en el Decreto-Ley 2070 de 2003, al regular el régimen prestacional de los miembros de la fuerza pública y, en especial, la asignación de retiro, a través del otorgamiento de facultades extraordinarias, desconocen

lo previsto en el artículo 150, numerales 10 y 19, literal e), de la Constitución Política, en cuanto el régimen prestacional allí establecido, debe regularse por el Congreso de la República mediante normas que tengan un carácter general, conocidas en nuestro sistema como leyes marco y no, por intermedio de una habilitación legal, valiéndose para el efecto de facultades extraordinarias.”

De esta manera la Corte restauró ipso jure las disposiciones derogadas que hacían alusión al régimen de asignación de retiro y de otras prestaciones a favor de los miembros de la fuerza pública, “en la medida en que su vigencia permite salvaguardar los derechos fundamentales a la vida digna, mínimo vital y trabajo de los citados funcionarios, como emanación de la supremacía de la parte orgánica del Texto Fundamental.”²⁰

Empero, pocos meses después el Congreso de la República acogiendo los parámetros de la citada providencia, aprobó la Ley 923 de 2004 “[m]ediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública”, preceptos normativos que se constituyen en el marco para que el Gobierno Nacional fije el régimen de asignación de retiro, la pensión de invalidez y sus sustituciones, la pensión de sobrevivientes y los reajustes de éstas a los miembros de la Fuerza Pública (Art. 1°).

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

la fuerza pública para efectos de adelantar el trámite administrativo del reconocimiento de una asignación de retiro o pensión o sustitución; (ix) no podrá en ningún caso desconocerse el reconocimiento y pago de la asignación de retiro al miembro de la fuerza pública que hubiere adquirido el derecho a su disfrute por llamamiento a calificar servicios, por retiro por solicitud propia o por haber sido retirado del servicio por cualquier causal.

De otra parte, definió los elementos mínimos para que el Gobierno Nacional fije el régimen de asignación de retiro, pensión de invalidez y sus sustituciones, pensión de sobrevivientes y sus correspondientes reajustes (Art. 3°)²¹. Así mismo, estableció teniendo en cuenta los miembros del grupo familiar y el parentesco con el titular, el orden de beneficiarios de la sustitución de la asignación de retiro para los miembros de la fuerza pública, en los siguientes términos:

“3.7. El orden de beneficiarios (...) de la sustitución de la asignación de retiro (...) será establecido teniendo en cuenta los miembros del grupo familiar y el parentesco con el titular. // En todo caso tendrán la calidad de beneficiarios, para la sustitución de la asignación de retiro (...):

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

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

Si respecto de un titular de asignación de retiro (...) hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los numerales 3.7.1 y 3.7.2. del presente numeral, dicha pensión se

dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

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

3.8. Las asignaciones de retiro (...) y su sustitución, (...) en ningún caso serán inferiores al salario mínimo legal mensual vigente. La sustitución de la pensión será igual a lo que venía disfrutando el titular, con excepción de los porcentajes adicionales para quienes se pensionen a partir de la vigencia de la presente Ley. En todo caso, la asignación mensual de retiro de los soldados profesionales no podrá ser inferior a uno punto dos (1.2) salarios mínimos legales mensuales vigentes.”

El citado orden de beneficiarios fue reiterado en el párrafo 2° del artículo 11 del Decreto Ejecutivo 4433 de 2004, dictado por el Presidente de la República al amparo de la citada ley marco o cuadro, en el que fijó el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la fuerza pública, quienes en la proporción establecida, “tendrán derecho a una pensión mensual que será pagada por la entidad correspondiente, equivalente a la totalidad de la asignación o pensión que venía disfrutando el causante.”²²

Con todo, la asignación de retiro se constituye en una modalidad de derecho pensional a la que pueden acceder los integrantes de la fuerza pública, previo el cumplimiento de los requisitos establecidos en el ordenamiento jurídico que, para el caso de los agentes de la Policía Nacional, están definidos en la Ley 923 de 2004, el Decreto 4433 de 2004 y el Decreto 1213 de 1990, en aquellos aspectos que no hayan sido derogados. Se trata, como lo indicó este Tribunal en sentencia T-512 de 2009, de una prestación que cumple un fin constitucional, cual es, “beneficiar a los miembros de la fuerza pública, con un tratamiento diferencial encaminado a mejorar sus condiciones económicas por la ejecución de la función

pública que envuelve un riesgo inminente para sus vidas y las de sus familiares.”

4. Solución del caso concreto.

Los jueces de instancia denegaron la tutela de los derechos fundamentales invocados por la señora Rosalba Díaz Zamudio, por considerar insatisfechos los requisitos de subsidiariedad e inmediatez que orientan el ejercicio de la acción de tutela. Respecto del primero, estimaron que la discusión relativa a la sustitución de la asignación mensual de retiro que en vida devengaba su compañero permanente Jesús María Jiménez Vera, quien se desempeñó como agente de la Policía Nacional, tiene como escenario natural la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, escapando de la órbita de competencia del juez constitucional la definición de este tipo de derechos litigiosos. En relación con el segundo, dejaron en evidencia que la solicitud de tutela no fue promovida oportunamente, teniendo en cuenta que el acto administrativo que dispuso reconocer el citado derecho prestacional a la cónyuge supérstite, señora Ana Gracia Millán de Jiménez y a los hijos de la demandante que para ese momento eran menores de edad²³, fue dictado por CASUR el 26 de octubre de 1995²⁴.

Al respecto, cabe recordar que el carácter residual y subsidiario de la acción de tutela, implica que el afectado con la vulneración o amenaza de sus derechos fundamentales, tiene el deber de agotar previamente los mecanismos de defensa judiciales dispuestos por el ordenamiento jurídico, a menos que se encuentre frente a un perjuicio irremediable, supuesto en el que la protección constitucional deberá ser concedida como mecanismo transitorio. Sobre el particular, esta Corporación ha considerado insistentemente que una de las finalidades del amparo constitucional, es justamente preservar el reparto de competencias efectuado entre las distintas jurisdicciones, razón por la cual no puede ser entendida como una vía judicial paralela, complementaria o sustitutiva de los procedimientos ordinarios.

Dicha causal de improcedencia fue ratificada por el legislador extraordinario (Decreto 2591 de 1991, Art. 6°, Nral. 1°), aunque justamente como alternativa procesal para garantizar la efectividad de los derechos consagrados en la Constitución, habilitó al juez de tutela para apreciar en cada caso concreto la existencia de los medios judiciales existentes en cuando a su eficacia, lo cual implica efectuar una valoración racional de las circunstancias en las que se encuentra el solicitante y, por esta vía, determinar si la acción de tutela debe primar sobre

el mecanismo ordinario, por resultar más idónea.

En ese orden de ideas, no cabe duda de que el reconocimiento de la sustitución de la asignación de retiro que pretende la demandante, es una discusión de naturaleza legal que en principio debe ventilarse ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, más aún, cuando se trata de una prestación periódica sobre la que no opera la caducidad de la acción, es decir, puede demandarse en cualquier tiempo por la administración o por los interesados, conforme lo dispone el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo.

Sin embargo, las pruebas decretadas y practicadas en el trámite de revisión, pusieron al descubierto las especiales circunstancias de fragilidad y vulnerabilidad en las que se encuentra la gestora de tutela, lo cual exige como manifestación de los principios constitucionales de acceso efectivo a la administración de justicia y de justicia material, que el juez constitucional estudie de fondo el asunto y determine si el amparo deprecado tiene vocación de prosperidad.

También está demostrado que el monto de la citada asignación a favor de los hijos de la demandante, ha mermado paulatinamente atendiendo el cumplimiento de los 21 años de edad²⁹, quedando apenas el menor Miguel Ángel Jiménez Díaz³⁰ con el 24.61% de la prestación que actualmente equivale a \$ 176.12331. Así mismo, cabe precisar que la señora Ana Gracia Millán de Jiménez, fue igualmente excluida como beneficiaria de la sustitución de la asignación mensual de retiro a partir del 2 de febrero de 2005, por haber sido reportada como fallecida por la Registraduría Nacional del Estado Civil³², lo cual significa que en este momento el 75.39% de la asignación de retiro no se encuentra sustituida.

Nótese que desde el momento en el que fue asignada la sustitución de la asignación mensual por parte de CASUR, la demandante tan sólo había intervenido como representante de sus hijos en el trámite administrativo, probablemente porque desconocía que como compañera permanente también le asistía el derecho en igualdad de condiciones con la cónyuge supérstite, siempre y cuando cumpliera con el lleno de los correspondientes requisitos o, sencillamente, porque el monto recibido le permitía sufragar las necesidades primarias de su familia.

Precisamente esta Corporación en sentencia C-1035 de 2008, al efectuar el control de constitucionalidad del aparte del literal b) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003 que modificó

el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, que hace referencia al privilegio otorgado al vínculo matrimonial sobre el natural, para acceder a la pensión de sobrevivientes en caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, concluyó que a pesar de que se trata de un parámetro legislativo que “quiso regular un fenómeno social que, a pesar de su peculiaridad, se presenta en la práctica”, no persigue un fin constitucionalmente imperioso, en tanto “la distinción en razón a la naturaleza del vínculo familiar no puede constituir un criterio con base en el cual (...), se establezcan tratamientos preferenciales que desconozcan la finalidad legal y constitucional de la pensión de sobrevivientes.”

En efecto, se trata de una diferenciación caprichosa que discrimina a los compañeros o compañeras permanentes que de igual manera tienen derecho en un momento determinado a acceder a dicha prestación, con el fin de garantizar la existencia digna y que las condiciones cuantitativas y cualitativas adquiridas mientras se encontraba en vida el causante, puedan en alguna medida continuar. Al respecto, la Corte expresó:

“En estos términos, a pesar de que la Corte ha sostenido que el matrimonio y la unión marital de hecho son instituciones con especificidades propias y no plenamente asimilables, la jurisprudencia constitucional ha decantado que ‘los derechos conferidos a la familia que se conforma por cualquiera de las dos vías no son susceptibles de tratamiento diferencial cuando éste tiene como único fundamento su divergencia estructural’. Por este motivo, la Corte llega a la conclusión de que el trato preferencial que establece la expresión demandada no es constitucional.”

Así las cosas, este Tribunal condicionó la constitucionalidad de la citada disposición “en el entendido que además de la esposa o esposo, también es beneficiario de la pensión de sobrevivientes, el compañero o compañera permanente y dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.”³³

Entonces, con independencia de las razones por las cuales la demandante no hubiera reclamado el porcentaje de la asignación mensual de retiro correspondiente, lo único cierto es que el conteo para efectos de determinar el cumplimiento o incumplimiento del requisito de inmediatez, no puede efectuarse desde el año 1995 como equivocadamente lo hicieron los jueces de tutela de instancia, sino que se hace necesario valorar exhaustivamente todas las actuaciones del trámite administrativo, para determinar ciertamente en qué momento la

señora Díaz Zamudio solicitó el reconocimiento del derecho en disputa a su favor.

De esta manera, el decrecimiento desmesurado de la prestación económica derivado de la extinción de las cuotas partes de sus hijos Luz Dary, Ruth Jenny, Maribel y Luis Carlos, llevó a la peticionaria a solicitar el 30 de diciembre de 2008, por primera vez, el reconocimiento de la sustitución de la asignación de retiro en la proporción que por ley le corresponde (folio 225 del cuaderno anexo), petición a la que la entidad demandada no accedió por improcedente, en los siguientes términos:

“(…) [R]evisado el expediente administrativo del señor Agente (r) JIMENEZ VERA JESUS MARIA, se constató que con resolución No. 4008 del 26-10-1995, esta Entidad entre otros pronunciamientos reconoció sustitución de asignación mensual de retiro a la señora ANA GRACIA MILLAN DE JIMENEZ, en calidad de cónyuge supérstite de conformidad con lo establecido en el Decreto 1213 de 1990, norma de carácter especial vigente para la fecha del fallecimiento del causante, vale decir el 28-07-1995, acto administrativo que se encuentra debidamente notificado, ejecutoriado y goza de presunción de legalidad, la cual sólo puede ser desvirtuada o cuestionada ante autoridad competente.”

En el mismo sentido, el 2 de febrero de 2009 la demandante elevó petición por segunda vez, a la que tampoco accedió la accionada el 18 de mayo de 2009, con idénticos argumentos. La solicitud efectuada por la señora Díaz Zamudio, indicó:

“PRIMERO. Se y tengo conocimiento de que esa Ins. (sic) le reconoció a la señora ANA GRACIA MILLAN DE JIMENEZ, la asignación mensual de retiro, en su calidad de cónyuge supérstite de dicho agente.

SEGUNDO. Pero así mismo dicha institución ignoró, mis derechos y esto es lo que reclamo. En Colombia que es un estado social de derecho, son todas las autoridades las que deben conocer y aplicar las normas constitucionales pues ignorarlas es grave. Nuestras leyes han consagrado QUE TANTO LA ESPOSA COMO LA COMPAÑERA PERMANENTE tienen derecho a la pensión, la cual debe ser reconocida por mitad. CREO QUE UD. LO SABE MUY BIEN.

TERCERO. Yo conviví más de 27 años con el agente y tuve más de seis hijos con él. // Este hecho me otorga el derecho de reclamar la media pensión como compañera permanente y no hay ninguna norma que lo prohíba así Ud. diga que el decreto 1213 contiene otra cosa.

Este decreto contempla el reconocimiento de la pensión a la cónyuge SUPERSTITE cuando no haya compañera permanente.

(...)

Por esta razón muy respetuosamente recorro a Ud. señor Coronel, para solicitarle se ordene a quien corresponda reconocerme el pago de la media pensión a que tengo derecho como ex - compañera permanente del señor Agente (q.e.p.d.) JESUS MARIA JIMENEZ VERA.

Ya esa entidad le pago a unos de mis hijos su parte de la pensión y ahora está cobrando el menor. PORQUE YO NO HE SIDO AMPARADA CON ESTE DERECHO?"

Lo dicho en precedencia permite llegar a varias conclusiones. La primera, que las respuestas dadas por CASUR a las solicitudes de reconocimiento de sustitución de la asignación mensual de retiro para la demandante como compañera permanente del fallecido agente Jiménez Vera, claramente desconocen mandatos constitucionales, en tanto como se indicó en la parte considerativa de esta providencia, se trata de un derecho pensional que es irrenunciable, es decir, que puede ser solicitado y reconocido en cualquier tiempo ya sea en sede administrativa o judicial. Ello implica, que era deber de la autoridad administrativa demandada estudiar de fondo la solicitud y decidir sin consideraciones de naturaleza formal, acerca de la titularidad del derecho pedido por la señora Rosalba Díaz Zamudio. Del mismo modo, debe indicar la Sala que este tipo de cortapisas ponen de manifiesto un trato discriminatorio entre la cónyuge del causante y la compañera permanente que, siguiendo los lineamientos de la sentencia C-1035 de 2008, son inadmisibles en un Estado Social de Derecho que propende por la garantía efectiva del principio de igualdad, lo cual se echa de menos en esta oportunidad.

De otra parte, fue equivocada la operación aritmética realizada por los jueces de instancia para no considerar configurado el requisito de inmediatez, teniendo en cuenta que si bien la demandante se ha hecho presente en el trámite administrativo desde el año 1995 en representación de sus hijos menores de edad, todo apunta a que por desconocimiento, apenas solicitó la sustitución pensional hasta finales del año 2008, aludiendo su condición de compañera permanente del fallecido agente Jiménez Vera. Significa lo anterior, que entre la última respuesta de la accionada que data del 18 de mayo de 2009 y la presentación de la solicitud de tutela, esto es, el 18 de diciembre de la misma anualidad, tan sólo transcurrieron

7 meses, período de tiempo que la Corte estima razonable y que en nada desdibuja la intención del artículo 86 de la Constitución Política, cual es, la protección inmediata de los derechos fundamentales vulnerados o amenazados.

En tercer término, acudiendo al principio de unidad de la prueba, en virtud del cual “las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica”, la Corte encuentra que la accionante hizo vida marital con el causante durante los últimos años de existencia, razón por la cual se trata de un derecho adquirido que debe ser garantizado por la entidad demandada de manera inmediata. Al respecto, no sobra recordar que uno de los criterios u objetivos generales establecido de la Ley 923 de 2004 (Art. 2° Nral. 2.1., es el respeto de los derechos adquiridos³⁴, parámetro que fue desarrollado por el Gobierno Nacional en el Decreto 4433 de 2004 (Art. 2°), en los siguientes términos:

“GARANTIA DE LOS DERECHOS ADQUIRIDOS. Los oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, Oficiales y Suboficiales, Personal del Nivel Ejecutivo y Agentes de la Policía Nacional, alumnos de las escuelas de formación de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional y Soldados de las Fuerzas Militares, o sus beneficiarios, que a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto hubieren cumplido la totalidad de los requisitos exigidos para acceder a una asignación de retiro o a una pensión de invalidez, o a su sustitución, o a una pensión de sobrevivencia, conservarán todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos, conforme a normas anteriores.” (Subrayas por fuera del texto original).

Así las cosas, no duda la Sala en afirmar que CASUR ha desconocido el derecho de la demandante a que sea reconocida la sustitución de la asignación mensual de retiro en el porcentaje debido. Queda por dilucidar, si la acción de tutela es el mecanismo de defensa judicial idóneo para ordenar el restablecimiento de sus derechos fundamentales.

Al respecto, las circunstancias puestas de presente por la demandante en sede de revisión, ponen en evidencia que si bien no es una persona de avanzada edad, en tanto cuenta con 53 años de edad, la situación económica precaria y especialmente los problemas de salud que en el mediano plazo pueden trascender de manera notable, denotan sin mayor esfuerzo que someterla a un proceso ordinario se constituye en una carga insoportable y

desproporcionada, teniendo en cuenta el tiempo que puede tardar la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en decidir la controversia suscitada, lo cual implica una tardía garantía de la justicia material que no tiene cabida en un Estado Constitucional de Derecho.

Valga anotar que la demandante, bajo la gravedad del juramento hizo referencia a su situación actual, en los siguientes términos:

“1.- Manifiesto al Honorable Magistrado que nací el 09 de junio de 1957. A la fecha cuento con 53 años y 17 días de edad. // 2.- Mis ingresos mensuales ascienden a la suma de \$ 180.000.00 mensuales, los cuales se generan por la cuota parte que se le reconoce a mi hijo MIGUEL ANGEL JIMENES DIAZ, por medio de CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICIA - CASUR-, para lo cual si el señor Magistrado lo estima se podría oficiar a Casur. // 3.- Los egresos están representados en gastos de arrendamiento \$ 60.000.00 por una pieza, Servicios de agua, luz, teléfono, y gas \$ 98.000, alimentación \$ 20.000.00. // 4.- Económicamente a mi cargo tengo una persona. Mi hijo MIGUEL ANGEL JIMENEZ DIAZ, de 15 años de edad. // 5.- Mis hijas MARTHA INES JIMENEZ DIAZ Y MARIBEL JIMENEZ DIAZ se dedican al hogar y contribuyen a la manutención tanto de mi hijo como la mía enviándome regularmente la sopita del medio día. Los demás hijos no me pueden colaborar por las condiciones económicas precarias en las que viven. // 6.- Actualmente presento deficiencia en la visión, problemas de tensión alta, así como sintomatología de deficiencia circulatoria en las piernas (venas varices). // Cabe anotar Honorable Magistrado que en razón a mi edad ninguna empresa o Persona (sic) natural me emplea.”³⁵

Del mismo modo, en relación con su estado de salud allegó diagnóstico en el que el galeno indica que se trata de una “[p]aciente de 53 años que presenta severa enfermedad venosa bilateral y cambios dermatológicos tróficos en pierna izquierda x isquemia que ponen en riesgo su integridad por la facilidad de presentar varices e infecciones que compliquen sus actividades. Requiere permanecer en tratamiento médico.”³⁶

Lo anterior muestra de manera evidente, que existe una afectación sensible del derecho fundamental al mínimo vital de la demandante, garantía individual que se deriva del Estado Social de Derecho y que se encuentra estrechamente vinculada con la dignidad humana, la vida, la salud, el trabajo y la seguridad social. Al respecto, la jurisprudencia constitucional ha entendido que el mínimo vital lo “constituye la porción de los ingresos del trabajador o

pensionado que están destinados a la financiación de sus necesidades básicas, como son la alimentación, la vivienda, el vestido, el acceso a los servicios públicos domiciliarios, la recreación, la atención en salud, prerrogativas cuya titularidad es indispensable para hacer efectivo el derecho a la dignidad humana, valor fundante del orden jurídico constitucional.”³⁷ Por lo tanto, a quien le corresponde darle contenido es al juez de tutela, a partir de la circunstancias concretas que envuelvan cada caso.

Así las cosas, no es admisible que la señora Rosalba Díaz Zamudio esté limitada para acceder a la sustitución de la asignación mensual de retiro a la que tiene derecho, prestación económica que de ser percibida periódicamente, le permitiría sin duda alguna acceder a los bienes y servicios mínimos que requiera para garantizar su procura existencial, argumento de sobra para acceder a la protección constitucional solicitada de manera definitiva.

Las razones expuestas son suficientes, para que la Sala revoque la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil el 3 de febrero de 2010, que en su momento había confirmado la dictada por el Juzgado 17 Civil del Circuito de Bogotá el 20 de enero de 2010 y, en su lugar, ampare los derechos fundamentales a la seguridad social, dignidad humana, mínimo vital e igualdad de la señora Rosalba Díaz Zamudio, quien actúa por intermedio de apoderado judicial, contra la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional -CASUR-.

En consecuencia, ordenará a la citada entidad que dentro de las 10 días siguientes a la notificación de esta sentencia, proceda a efectuar el pago de la sustitución de la asignación mensual de retiro a la que tiene derecho la demandante como compañera permanente del agente de la Policía Nacional Jesús María Jiménez Vera, fallecido el 28 de julio de 1995, a partir a de la presentación de la primera solicitud, esto es, el 30 de diciembre de 2008.

III. DECISIÓN.

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

RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de

Bogotá, Sala Civil el 3 de febrero de 2010, que en su momento había confirmado la dictada por el Juzgado 17 Civil del Circuito de Bogotá el 20 de enero de 2010 y, en su lugar, AMPARAR los derechos fundamentales a la seguridad social, dignidad humana, mínimo vital e igualdad de la señora Rosalba Díaz Zamudio, quien actúa por intermedio de apoderado judicial, contra la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional -CASUR-.

SEGUNDO.- ORDENAR a la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional -CASUR- que dentro de las 10 días siguientes a la notificación de esta sentencia, proceda a efectuar el pago de la sustitución de la asignación mensual de retiro a la que tiene derecho la demandante como compañera permanente del agente de la Policía Nacional Jesús María Jiménez Vera, fallecido el 28 de julio de 1995, a partir a de la presentación de la primera solicitud, esto es, el 30 de diciembre de 2008.

TERCERO.- Por la Secretaría General, LÍBRESE la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, insértese en la gaceta de la Corte Constitucional y Cúmplase.

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Folio 4 del cuaderno de primera instancia.

2 Folio 1 ibídem.

3 Folio 3 ibíd.

4 Folio 2 ibíd.

5 Folio 8 ibíd.

6 Folio 19 ibíd.

7 Folio 9 ibíd.

8 Ibídem.

9 Folio 34 ibíd.

10 Folio 5 del cuaderno de segunda instancia.

11 Folio 6 ibídem.

12 Folio 9 del cuaderno de primera instancia.

13 Pueden consultarse, entre otras, las sentencias T-620 de 2002, T-1049 de 2006, T-406 de 2001.

14 T-083 de 2004.

15 Ibídem.

16 C-1035 de 2008. Del mismo modo, en sentencia C-002 de 1999 la Corte señaló que su propósito “es el de ofrecer un marco de protección a los familiares del afiliado o del pensionado que fallece, frente a las contingencias económicas derivadas de su muerte (...) Concretamente, (...) busca [evitar] que ocurrida la muerte de una persona, quienes dependían de ella se vean obligados a soportar individualmente las cargas materiales y espirituales de su fallecimiento.”

17 Al respecto, el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004, dispone: “PRESCRIPCIÓN. Las mesadas de la asignación de retiro y de las pensiones previstas en el presente decreto prescriben en tres (3) años contados a partir de la fecha en que se hicieron exigibles. // El reclamo escrito recibido por la autoridad competente sobre un derecho, interrumpe la

prescripción, por un lapso igual. // Los reclamos dejados de pagar como consecuencia de la prescripción de que trata el presente artículo, permanecerán en la correspondiente entidad pagadora y se destinarán específicamente al pago de asignaciones de retiro en las Cajas o de pensiones en el Ministerio de Defensa Nacional o en la Dirección General de la Policía Nacional, según el caso.

18 T-230 de 1998. A la misma conclusión arribó la Corte en la sentencia T-546 de 2008, en un caso en el que el Seguro Social negó el reconocimiento de la indemnización sustitutiva a la que tenía derecho la demandante, argumentando que el derecho había prescrito.

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

20 Cfr. C-432 de 2004.

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

23 Exceptuando a Luz Dary Jiménez Díaz quien tenía 19 años de edad, pero que aún era titular del derecho pensional en la cuota parte correspondiente por no haber cumplido el límite de edad exigido por la normatividad.

24 Resolución N° 4008 de 1995 “Por la cual se reconoce y niega sustitución de asignación mensual de retiro, con fundamento en el expediente a nombre del señor AG (R) Jiménez Vera Jesús María”, notificada por edicto el 14 de noviembre de 1995 (folio 96 del cuaderno anexo).

25 Folios 15 a 18 del cuaderno anexo.

26 Folio 22 ibídem.

27 Folios 91 a 96 ibíd.

28 Folio 64 ibíd. (Registro civil de defunción).

29 Este es el primer límite temporal dispuesto normativamente, el cual puede aumentar a la edad de 25 años de edad cuando está probada la condición de estudiante. Cfr. Resolución N° 4260 de 1997 (extinción de la cuota que le correspondía a la beneficiaria Luz Dary Jiménez Díaz); Resolución N° 1852 de 2001 (extinción de la cuota que le correspondía a Ruth Jenny Jiménez Díaz); Resolución N° 12168 de 2002 (extinción de la cuota que le correspondía a Maribel Jiménez Díaz); Oficio N° 044 / GST-SDP del 23 de enero de 2008 (extinción de la cuota que le correspondía a Luis Carlos Jiménez Díaz).

30 Actualmente cuenta con 15 años de edad.

31 Folio 283 del cuaderno anexo.

32 Folio 200 ibíd.

33 Sobre el mismo tema, es pertinente hacer mención de la sentencia C-1033 de 2002 en la que acudiendo al parámetro de que la familia puede conformarse tanto por vínculo matrimonial como por unión marital de hecho, concluyó que los alimentos no solamente se deben a los cónyuges sino también a los compañeros o compañeras permanentes “que forman una unión marital de hecho”. De igual forma, la Corte ha considerado que los beneficios de la seguridad social cobijan tanto al cónyuge como al compañero o compañera permanente. Cfr. T-870 de 2007, T-1103 de 2000, T-660 de 1998, T-018 de 1997 y T-202 de 1995.

34 La disposición en cita establece: “Se conservarán y respetarán todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos conforme a disposiciones anteriores a la entrada en vigencia de las normas que se expidan en desarrollo de la misma.”

35 Folio 26 del cuaderno de revisión.

36 Folio 45 ibídem.

37 SU-995 de 1999.