

Sentencia T-795/12

MINIMO VITAL Y VIDA DIGNA-Caso en que Ejército suspende el pago de los haberes de suboficial desaparecido, compañero permanente de mujer cabeza de familia y padre de 3 menores

PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD DE LA ACCION DE TUTELA-Procedencia excepcional como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable

Según el artículo 86 de la Constitución Política, y el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela procede como mecanismo de protección de los derechos fundamentales cuando (i) no existen otros medios de defensa judicial; (ii) o cuando existan tales medios pero no sean eficaces o idóneos para salvaguardar los derechos fundamentales, en atención a las circunstancias del caso concreto y las condiciones personales del peticionario; (iii) o cuando sea imprescindible la intervención del juez de tutela para evitar un perjuicio irremediable. En este último caso, el juez constitucional debe verificar si el perjuicio que busca conjurarse con la tutela es: (i) actual o inminente, es decir, si está ocurriendo o está próximo a ocurrir; (ii) grave, o tiene la potencialidad de dañar o menoscabar material o moralmente el haber jurídico de la persona en un grado relevante; y (iii) si requiere medidas urgentes e (iv) impostergables, a fin de garantizar el adecuado restablecimiento del orden social justo en toda su integridad.

DESAPARECIDOS Y PRISIONEROS-Alcance del artículo 197 del Decreto 1211 de 1990

En este caso la aplicación de la norma implica una afectación desproporcionada al mínimo vital y la vida digna de cuatro (4) sujetos de especial protección constitucional, razón por la cual ha debido inaplicarse la norma de conformidad con el artículo 4 de la Constitución Política). En efecto, lo que obtuvo el Ejército a partir de su decisión de dejarle de pagar a la peticionaria los haberes una vez cumplidos los dos años, no compensa a juicio de la Corte lo que sacrificó. De un lado, cumplió una norma con una legitimidad democrática reducida, en tanto hace parte de un Decreto con fuerza de ley, expedido por el Presidente de la República en ejercicio de facultades extraordinarias, y no de una Ley expedida por el Congreso, órgano democrático en su origen (elección popular), configuración (pluralista) y funcionamiento (deliberativo).

DEBER DE ORIENTACION POR PARTE DE LAS AUTORIDADES A LOS PARTICULARES

En repetidas ocasiones la Corte se ha referido acerca del deber de orientación que recae sobre las autoridades públicas respecto de los procedimientos que deben adelantar los particulares y los mecanismos para acceder a las prestaciones o servicios a los que tienen derecho. Este deber tiene sustento en el principio de solidaridad, y en el servicio a la comunidad, como finalidad esencial del Estado (artículo 2° de la Constitución). De allí, también el Ejército Nacional, como autoridad estatal tiene el deber de brindar información oportuna, suficiente y completa respecto de las prestaciones y servicios que en el marco de sus funciones y competencias legales y constitucionales le corresponda asumir, así como el deber de dar acompañamiento y orientación especial cuando son personas en condiciones de vulnerabilidad que demandan un trato más cuidadoso de parte del Estado.

DEBER DE ORIENTACION POR PARTE DE LAS AUTORIDADES A LOS PARTICULARES-Caso en que las respuestas de la entidad no le permitieron a la accionante identificar el procedimiento a seguir para hacer efectivos sus derechos como compañera y madre de hijo desaparecido

ACCION DE TUTELA EN CASO DE DESAPARECIDOS Y MINIMO VITAL-Orden al Ejército Nacional reanudar el pago de la totalidad de los haberes de suboficial desaparecido de madre cabeza de familia y menor de edad

Referencia: expediente T-3486024

Acción de tutela presentada por Emilcen Liliana Mosquera, en nombre propio y en representación de sus tres hijos menores de edad, contra el Ejército Nacional de Colombia.

Magistrada Ponente:

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Bogotá, D.C., once (11) de octubre dos mil doce (2012)

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados María Victoria Calle Correa, Mauricio González Cuervo y Luis Guillermo Guerrero Pérez, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión del fallo proferido, en única instancia, por la Sala de Decisión Constitucional del Tribunal Superior de Pasto el diecinueve (19) de abril de dos mil doce (2012), con ocasión de la acción de tutela instaurada por Emilcen Liliana Mosquera -en nombre propio y en representación de sus tres (3) menores hijos- contra el Ejército Nacional de Colombia.

El proceso de la referencia fue seleccionado para revisión por la Sala de Selección Número Seis, mediante Auto proferido el catorce de junio de dos mil doce (2012).

I. ANTECEDENTES

El veintisiete (27) de marzo de dos mil doce (2012) la señora Emilcen Liliana Mosquera instauró acción de tutela contra el Ejército Nacional de Colombia. En esta solicitó la protección de sus derechos fundamentales, y los de sus hijos menores de edad, al mínimo vital y a la vida digna, los cuales a su juicio fueron quebrantados por la entidad accionada al suspender el pago de las prestaciones que venían percibiendo luego de que en dos mil diez (2010) desapareciera el señor Jimmy Rolando Salazar Carlosama, suboficial del Ejército Nacional, quien era compañero permanente de la peticionaria. Considera esta última que la suspensión del pago de los haberes de su compañero no podía tener lugar mientras no se resolviera definitivamente si le asistía el derecho al reconocimiento de las demás prestaciones derivadas de la presunción de muerte por desaparecimiento de este último. La tutelante fundamentó la solicitud de amparo en los siguientes:

1. Hechos.

1.1. Expone la señora Emilcen Liliana Mosquera que su compañero permanente, el Suboficial Jimmy Rolando Salazar Carlosama,¹ desapareció el veinticinco (25) de enero de dos mil diez (2010). Por ello, dice que se dirigió a la Procuraduría Regional Nariño, a la Dirección de Personal del Ejército con sede en Bogotá y a la Oficina de desaparecidos del Ejército Nacional, con el fin de obtener información sobre él. No obstante, manifiesta que sólo le dijeron que desde ese día nadie de esas instituciones sabía algo adicional sobre su

paradero.2

1.2. Así, en vista de que no tenía recursos propios, ni trabajo, y de que siempre dependió económicamente de su compañero de manera exclusiva, mientras ella se dedicaba a las labores del hogar y al cuidado de sus hijos, decidió interponer acción de tutela contra el Ejército Nacional para que le continuara pagando “la totalidad de los haberes” de su compañero, tal y como lo establece el Decreto 1211 de 1990, ‘por el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares’. Dicha acción fue concedida, y en consecuencia se ordenó al Ejército Nacional de Colombia continuar cancelándole a la actora los salarios que percibía su compañero permanente. Así también, en la sentencia se señaló que la orden debía mantenerse hasta cuando la autoridad accionada culminara la investigación relacionada con la desaparición del señor Salazar Carlosama, y se advirtió que los beneficiarios tenían derecho a percibir la pagaduría del salario hasta por un término de dos años.

1.3. Comoquiera que el término de la orden judicial estaba próximo a terminar, el doce (12) de septiembre de dos mil once (2011) la peticionaria presentó un derecho de petición al Ejército Nacional requiriendo información clara y precisa sobre los avances de la investigación referente a la desaparición de su compañero. Además, le solicitó a la entidad demandada que no le suspendiera el pago de los salarios que venía cancelándole, hasta cuando cerraran la investigación, o se diera de baja a su compañero por muerte presunta y procedieran a reconocer de manera definitiva las prestaciones sociales a favor de los beneficiarios.³ El Ejército le respondió que daría traslado del caso al Comandante Grupo de Caballería No. 18, competente para resolver de fondo el asunto.

1.4. Luego de eso, el treinta y uno (31) de octubre del mismo año, la Oficina Jurídica de la Dirección de Personal sólo le informó a la señora Emilsen Mosquera que según lo establecido en el Decreto 1211 de 1990, los beneficiarios del miembro desaparecido reciben la pagaduría de los haberes del oficial o suboficial hasta por dos (2) años, y que vencido este lapso se procede a declararlo definitivamente desaparecido, a darlo de baja por presunción de muerte y a reconocer las prestaciones a que hubiere lugar para los beneficiarios.⁴ Con todo, pasaron los dos años desde cuando el Suboficial Jimmy Rolando Salazar Carlosama desapareció, y sin embargo no le han decidido si tiene derecho al reconocimiento de las prestaciones originadas en la presunción de muerte por desaparecimiento.

1.5. A juicio de la peticionaria, la decisión de suspenderle los salarios que percibía tras la desaparición de su compañero sin antes reconocerle las prestaciones legales por su presunta muerte, vulnera sus derechos fundamentales y los de sus hijos al mínimo vital y a la vida digna. En efecto, sostiene que es madre cabeza de familia y que no tiene recursos propios para satisfacer sus necesidades básicas y las de sus hijos, ni tiene tampoco medios para garantizarles a estos una vida en condiciones de dignidad. Por ello solicita el amparo de sus derechos fundamentales y los de sus hijos menores de edad, y que como consecuencia se ordene al Ejército Nacional de Colombia resolver de manera definitiva la situación jurídica de su compañero permanente, el señor Jimmy Rolando Salazar Carlosama, así como lo pertinente a las prestaciones relacionadas con la presunta muerte de éste.

1. Respuesta de la entidad accionada.

2.1. Dentro del término, el Ejército Nacional- por intermedio de la Oficina de la Dirección de Prestaciones Sociales- allegó escrito solicitando rechazar la acción de tutela por improcedente. Adujo que es competencia de la Dirección de Personal del Ejército definir la situación jurídica del suboficial desaparecido y el realizar el reconocimiento de las prestaciones sociales a que haya lugar en favor de sus beneficiarios, pero que para ello es necesario contar con un expediente prestacional completo, conformado por documentos aportados por la unidad a la que perteneció el miembro activo y por los beneficiarios. Sin embargo, aseguró que en el caso concreto, aunque ya se había cumplido el plazo fijado por el legislador en el artículo 197 del Decreto 1211 de 1990 para que el miembro desaparecido fuera dado de baja por presunción de muerte, lo cierto es que a la fecha no había sido posible conformar el expediente mencionado, porque los beneficiarios no han aportado el registro civil de defunción del señor Salazar Carlosama, razón por la cual no se ha efectuado el reconocimiento prestacional por muerte presunta.

3. Fallo objeto de revisión.

Conoció del asunto, en única instancia, la Sala de Decisión Constitucional del Tribunal Superior de Pasto, que en sentencia de diecinueve (19) de abril de dos mil doce (2012) negó el amparo solicitado respecto de los derechos fundamentales al mínimo vital y a la vida digna. Estimó la autoridad judicial que el mecanismo de protección para los beneficiarios del

miembro del Ejército desaparecido, consagrado en artículo 197 del Decreto 1211 de 1990, es de carácter temporal y fue delimitado por el legislador en dos (2) años, lapso que, en el caso concreto ya culminó. Por ello, consideró que antes de solicitar el reconocimiento de las prestaciones sociales a que hubiere lugar, la peticionaria debió adelantar el trámite de muerte presunta por desaparecimiento. No obstante, tuteló el derecho de petición de la actora en tanto consideró que no obraba prueba en el expediente de que a la accionante se le hubieran comunicado las respuestas emitidas por la entidad. Como consecuencia, ordenó al Ejército Nacional dar respuesta de fondo al derecho de petición presentado por la accionante el doce (12) de septiembre de dos mil once (2011), en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del fallo.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia.

Esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional es competente para revisar el fallo de tutela proferido dentro del trámite de referencia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86, inciso 3°, y 241, numeral 9°, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Cuestión previa. La acción de tutela interpuesta por la señora Emilcen Liliana Mosquera es procedente como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

2.1. Según el artículo 86 de la Constitución Política, y el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela procede como mecanismo de protección de los derechos fundamentales cuando (i) no existen otros medios de defensa judicial; (ii) o cuando existan tales medios pero no sean eficaces o idóneos para salvaguardar los derechos fundamentales, en atención a las circunstancias del caso concreto y las condiciones personales del peticionario⁵; (iii) o cuando sea imprescindible la intervención del juez de tutela para evitar un perjuicio irremediable. En este último caso, el juez constitucional debe verificar si el perjuicio que busca conjurarse con la tutela es: (i) actual o inminente, es decir, si está ocurriendo o está próximo a ocurrir; (ii) grave, o tiene la potencialidad de dañar o menoscabar material o

moralmente el haber jurídico de la persona en un grado relevante; y (iii) si requiere medidas urgentes e (iv) impostergables, a fin de garantizar el adecuado restablecimiento del orden social justo en toda su integridad.⁶

2.2. En esa misma línea la jurisprudencia constitucional ha considerado, respecto de la procedibilidad de la tutela para lograr la protección al mínimo vital de sujetos de especial protección constitucional que dependen del salario de una persona que ha desaparecido y lo que solicitan es la continuidad del pago de ese salario, que dicho mecanismo es, en principio, improcedente en tanto pueden existir otros medios de defensa para lograr esta pretensión. Sin embargo si se interpone para evitar un perjuicio irremediable que requiera medidas de protección urgentes e impostergables, la acción de tutela es procedente.⁷

2.3. Pues bien, en este caso la Sala considera que en efecto existe formalmente un medio de defensa judicial de los derechos fundamentales supuestamente conculcados por el Ejército Nacional. En efecto, lo que cuestiona la demandante es esencialmente una omisión de la entidad demandada, que habría consistido según la tutela en dejarle de pagar los haberes de su compañero desaparecido tan pronto se cumplieron los dos años de la declaración de desaparecimiento, y sin antes resolver si tenía derecho a que se le reconociera como beneficiaria de las demás prestaciones legales derivadas de la presunción de muerte por desaparecimiento. Esa omisión atentaría, de acuerdo con los elementos aportados al proceso, contra su derecho a contar con recursos suficientes para satisfacer su mínimo vital. Y eso podría lograrlo con la acción de reparación directa, pues por una parte la Ley 1437 de 2011 “por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”, establece que dicha acción procede contra las omisiones de la administración, y por otra el resultado sería una reparación que prestaría una contribución positiva para que aliviara sus necesidades básicas y las de sus hijos menores de edad.⁸

2.4. Con todo, y a pesar de que formalmente exista una acción de reparación directa para un caso como este, la Corte Constitucional considera que la tutela es procedente porque se instauró para evitar un perjuicio irremediable que está suficientemente acreditado en el proceso. Así, por una parte la Sala advierte que el perjuicio que pretende impedirse es actual, en la medida en que es precisamente ahora que la señora Emilcen Liliana Mosquera y sus hijos, los menores Nathaly Dayana Salazar Mosquera, Geraldine Juliana Salazar Mosquera y Jimmy Santiago Salazar Mosquera de quince (15), trece (13) y dos (2) años de edad

respectivamente, carecen de los recursos indispensables para satisfacer sus necesidades más elementales. Es además un perjuicio grave, en cuanto la desaparición de su compañero y de la asistencia económica con que los beneficiaba, sumada a la suspensión de los pagos que luego de su desaparición le siguió haciendo el Ejército durante dos años, a la falta de trabajo, de otras rentas, de pensión o de cualquier ingreso económico, han sumido a la señora Emilcen Liliana y a sus hijos menores en una situación vital en la cual es razonable concluir que diariamente experimentan dificultades relevantes para satisfacer las necesidades humanas más básicas, como son las de alimentarse, beber agua potable, asearse, vestirse o conseguir un lugar apropiado para vivir.

2.5. Cuando tiene lugar una situación como la que se ha descrito, es válido concluir que la persona está expuesta a un perjuicio grave, pues experimenta una interferencia en un derecho fundamental altamente valioso, desde la perspectiva de la Constitución, como es el que tiene toda persona a vivir dignamente. Y si los titulares afectados con esa situación son una mujer madre cabeza de familia y tres menores de edad, esa conclusión es legítima con mayor razón. Con lo cual, por lo demás, quedaría en este caso acreditado que la actuación del juez es urgente, y las órdenes encaminadas a proteger el derecho impostergables, toda vez que ya han pasado más de nueve (9) meses, desde que la entidad suspendió el pago del salario que antes recibía para aliviar las necesidades de sus hijos menores de edad.

2.6. Así las cosas, la Sala considera que la acción de tutela se torna procedente como mecanismo transitorio de protección del mínimo vital de la accionante y sus hijos, ya que son sujetos de especial protección constitucional, por ser una madre cabeza de familia y tres menores de edad y supeditar la satisfacción de su mínimo vital a que se logre establecer la responsabilidad del Estado por medio de una acción de reparación directa sería desproporcionado desde el contexto económico en que se encuentran.

3. Presentación del caso y problema jurídico.

3.1. Se le atribuye al Ejército Nacional la vulneración de los derechos fundamentales al mínimo vital y a la vida digna de la señora Emilcen Liliana Mosquera, y de sus hijos menores de edad Nathaly Dayana, Geraldine Juliana y Jimmy Santiago Salazar Mosquera, de quince (15), trece (13) y dos (2) años de edad respectivamente.⁹ En concreto, según la tutelante, la violación se vendría produciendo desde cuando el Ejército les suspendió el pago de los

haber del suboficial Salazar Carlosama, compañero permanente suyo, quien se encuentra desaparecido desde veinticinco (25) de noviembre de dos mil diez (2010). A juicio de la peticionaria, si bien han pasado dos años desde que se declaró provisionalmente la desaparición de su compañero, y este es un plazo legal perentorio para que cese la cancelación de los haberes de oficiales o suboficiales desaparecidos, piensa que en su caso estos no se pueden suspender por las siguientes razones: primero, porque no se ha resuelto definitivamente si ella y sus hijos menores tienen derecho al reconocimiento definitivo de las prestaciones derivadas de la presunción de muerte por desaparecimiento, y segundo porque toda su familia dependía de su compañero desaparecido y actualmente no tienen otra fuente de recursos para vivir dignamente.

3.2. Por su parte, el Ejército Nacional manifiesta haber suspendido el pago de los haberes del suboficial de acuerdo con el ordenamiento aplicable. Porque en su concepto, el artículo 197 del Decreto 1211 de 1990, “por el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares”, consagra para la familia de los suboficiales u oficiales desaparecidos el beneficio de continuar percibiendo la pagaduría del total los haberes del oficial o suboficial, pero sólo por dos (2) años, y en el caso concreto este plazo ya culminó. Lo que a su juicio significa que la demandante no tiene derecho seguir percibiendo el pago de los haberes del suboficial Jimmy Rolando Salazar Carlosama. Por lo demás, la entidad afirma que no ha resuelto la solicitud de reconocimiento definitivo de las prestaciones sociales de sus beneficiarios, derivadas de la muerte presunta por desaparecimiento, toda vez que no ha sido posible conformar el expediente del suboficial. Este último, según la versión del Ejército, es indispensable para esa finalidad, y para conformarlo se requiere (i) que la familia adelante el trámite de declaración de muerte presunta por desaparecimiento, a fin de que sea declarada judicialmente y se allegue el respectivo registro civil de defunción, y (ii) que la unidad a la que estaba vinculado el suboficial allegue su hoja de servicios.

3.3. Aparte de eso, esta Sala de Revisión no advierte en los documentos aportados al proceso por la peticionaria y por el Ejército Nacional, que esta última entidad le haya precisado a la peticionaria cuál era el trámite institucional que debía seguir con el propósito de que se decidiera tan pronto como fuese posible si, luego de pasados los dos años desde la declaración provisional de desaparecimiento, la señora Emilcen Liliana Mosquera tenía derecho al reconocimiento definitivo de las prestaciones derivadas de la muerte presunta por desaparecimiento. Así, en el expediente no se observa que el Ejército le hubiese informado a

la demandante qué diligencias debía hacer y qué requerimientos cumplir para que obtener un pronunciamiento definitivo sobre su calidad de beneficiaria de las prestaciones deducidas de la muerte presunta del señor Salazar Carlosama.

3.4. Así las cosas, la Sala considera que debe resolver el siguiente problema jurídico: ¿Viola el Ejército Nacional el derecho al mínimo vital de una mujer cabeza de familia, y de su tres hijos menores de edad, cuando les suspende el pago de los haberes de su compañero y padre, desaparecido hace dos (2) años y oficial o suboficial de la institución, sin antes decidir si definitivamente tienen derecho a las prestaciones sociales derivadas de la muerte presunta de este último?

4. El Ejército Nacional debe pagar los haberes de un oficial o suboficial desaparecido a sus beneficiarios sólo hasta por dos años, salvo cuando haya de por medio sujetos de especial protección constitucional que dependan de dicho pago para cubrir sus necesidades básicas.

4.1. Como se mencionó, a juicio del Ejército Nacional los derechos fundamentales de la actora no se vulneraron con la interrupción del pago de los haberes porque esta se dio una vez cumplidos dos años, contados desde la declaración provisional de desaparición. Y una suspensión así está justificada, según el Ejército, por lo dispuesto en el artículo 197 del Decreto 1211 de 1990, de acuerdo con el cual dichos pagos son apenas provisionales y no pueden efectuarse por más de dos años. Así, la Corte debe preguntarse si es cierto, como lo dice la institución demandada, que en este caso la invocación de lo que prescribe el artículo 197 del Decreto 1211 de 1990 es una razón constitucional suficiente para interrumpir el pago de los haberes del oficial desaparecido a la señora Emilcen Liliana Mosquera, y a sus hijos menores de edad Nathaly Dayana, Geraldine Juliana y Jimmy Santiago Salazar Mosquera.

4.2. Lo primero que se advierte es que en el Capítulo VI del Decreto 1211 de 1990 'por el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares', está regulada la situación de los desaparecidos y prisioneros, y la de sus beneficiarios. Específicamente el artículo 197 dispone que cuando un Oficial o Suboficial del Ejército Nacional desaparece sin que se tenga alguna noticia de él en treinta (30) días, las autoridades militares deben iniciar la respectiva declaración provisional de desaparecimiento, y sus beneficiarios entonces tienen derecho a continuar percibiendo la pagaduría respectiva a la totalidad de sus haberes. Y aquí viene algo en lo que el Ejército

Nacional tiene razón: esos haberes, según el Decreto citado, sólo pueden pagarse por ley hasta por dos (2) años, siempre y cuando la investigación no arroje como resultado algún hecho que pueda ser considerado delito o falta disciplinaria.¹⁰

4.3. En ese sentido, parece válido que el Ejército Nacional suspenda el pago de los haberes del Oficial o Suboficial desaparecido a sus beneficiarios, tan pronto expire el plazo de dos (2) años, contados a partir de la declaración de desaparición provisional. Máxime si se tiene en cuenta que una vez se venza ese término, en todo caso los beneficiarios del Oficial o Suboficial desaparecido no quedan desprotegidos por completo. Así, la misma norma establece que después de ese plazo, y tan pronto el oficial o suboficial es declarado definitivamente desaparecido y dado de baja por presunción de muerte, el Ejército debe proceder de acuerdo con la ley a reconocer a favor de sus beneficiarios las prestaciones sociales ya consolidadas en cabeza del desaparecido, equivalentes a las de muerte en actividad.¹¹ Esta solución no afecta entonces prima facie ningún derecho fundamental, y por ende en principio el Ejército puede interrumpir legítimamente el pago de los haberes a los beneficiarios de Oficiales o Suboficiales desaparecidos, una vez se cumplan los dos años a los que se refiere el Decreto 1211 de 1990.¹²

4.4. Ahora bien, eso no quiere decir que para la Constitución resulten por completo indiferentes los efectos derivados de la interrupción del pago de dichos haberes por vencimiento del plazo. Así, para empezar, no puede considerarse irrelevante que la interrupción de dichos pagos a los dos años de haberse empezado a cancelar, implique dejar a una familia en condiciones económicas tan precarias que sus integrantes queden sin los medios indispensables para satisfacer sus necesidades básicas. Esa consecuencia, es la que se produjo en este caso ya que la señora Emilcen Liliana Mosquera y sus hijos dependían totalmente del señor Salazar Carlosama, razón por la cual no cuentan actualmente con rentas o salarios para comprar alimentos o agua o elementos de aseo,¹³ tiene una obvia importancia constitucional. Efectivamente, la Carta le ordena al Estado, y por ende también al Ejército Nacional, proteger “especialmente” a quienes por su condición económica “se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta” (CP art. 13). En consecuencia, en todo caso es indispensable determinar si la interrupción en el pago de los haberes pone a los beneficiarios del oficial o suboficial desaparecido en una condición económica de esta naturaleza.

4.5. Pero además, es determinante establecer si los beneficiarios de los haberes son por sí mismos, independientemente de su condición económica, sujetos de especial protección constitucional. En ese sentido, no es lo mismo que los beneficiarios de los haberes sean todos adultos, sanos, con su fuerza de trabajo intacta, y sin necesidades específicas en función de su rol dentro de una familia, a que quienes aspiren a continuar recibiendo sean madres cabeza de familia, o menores de edad. Porque, en este último caso, por mandato de la Constitución, el Estado está en la obligación de apoyar “de manera especial” a la mujer cabeza de familia (CP art. 43), y de “asistir al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos”, hasta tal punto que debe darle primacía a los derechos de los niños “sobre los derechos de los demás” (CP art. 44).

4.6. Así las cosas, la Sala advierte que en este caso no bastaba con constatar si había expirado el plazo del artículo 197, Decreto 1211 de 1990, para interrumpir el pago de los haberes que venían recibiendo la tutelante y sus tres hijos menores de edad durante dos años. También era preciso establecer qué clase de efectos acarrearía para los beneficiarios la suspensión de los haberes, y sobre cuáles sujetos habrían de recaer. En ese sentido, para el Ejército Nacional y para el juez de tutela no podía ser indiferente que en este caso todos los beneficiarios hubieran dependido económicamente del señor Salazar Carlosama, y que luego de la desaparición de este último empezaran a depender esencialmente de los haberes que les siguió pagando el Ejército Nacional durante dos años. En un caso así, lo primero que se evidenciaba era que el efecto de la interrupción en el pago de los haberes, era dejar a una familia entera sin una fuente independiente de ingresos, de la cual dependía para satisfacer sus necesidades básicas. Y ese efecto, como se dijo, no era irrelevante para el caso.

4.7. Pero además, es preciso anotar, tampoco podía juzgarse irrelevante que ese efecto recayera sobre sujetos que, en virtud de la Constitución, tienen derecho no a un tratamiento uniforme y estandarizado, sino a una protección especial. Así, para el Ejército Nacional y para el juez de tutela, no podía resultar por completo intrascendente que la señora Emilcen Liliana Mosquera fuera una mujer cabeza de familia, pues la Constitución como se dijo ordena apoyar “especialmente” a estas mujeres. Tampoco podía juzgarse indiferente que la familia encabezada por la señora Mosquera estuviera integrada además por sus tres hijos Nathaly Dayana, Geraldine Juliana y Jimmy Santiago Salazar Mosquera, todos menores de edad (tienen 15, 13 y 2 años edad, respectivamente). Estos últimos tienen derechos que “prevalecen sobre los derechos de los demás” (CP art. 44).

4.8. Por tanto, la expiración efectiva del plazo contenido en el artículo 197 del Decreto 1211 de 1990 no era el único hecho relevante para decidir si a la señora Emilcen Liliana Mosquera y a sus hijos menores se les podía interrumpir el pago de los haberes, por la desaparición de su compañero y padre, el señor Salazar Carlosama. También debían tenerse en cuenta estos otros dos elementos: los efectos de la interrupción, y los sujetos sobre los cuales habrían de recaer. ¿Qué implicaba, para el Ejército Nacional, su deber de juzgar como relevantes estos otros hechos? En esencia, que tenía la obligación principal de valorar este caso de un modo distinto a como habría valorado una hipótesis diferente, en la cual por ejemplo los beneficiarios no quedaran en condiciones económicas precarias, ni fueran sujetos de especial protección constitucional. Pero además tenía el deber de buscar una respuesta proporcional a su deber de proteger especialmente a la mujer cabeza de familia, y a los menores de edad. Sin embargo, la Corte constata que el Ejército no cumplió ninguno de estos dos deberes.

4.9. Así, para empezar, no se nota a partir de las pruebas que el Ejército Nacional hubiese hecho una valoración distinta de las solicitudes elevadas por la peticionaria, por el hecho de ser una mujer cabeza de familia, madre de tres menores de edad. Por el contrario, lo que se advierte es que se le dio un trato estandarizado y uniforme, y en las respuestas a las peticiones presentadas por ella se le puso de presente que el pago de los haberes oficiales por la desaparición de su compañero sólo podía durar dos años, como máximo, y que luego de eso ella podría tener derecho a las prestaciones derivadas de la muerte presunta por desaparecimiento. Sin embargo, y esta es otra muestra más de que no recibió ningún trato especial, de acuerdo con las pruebas el Ejército Nacional no le informó a la peticionaria en debida forma cuál era el procedimiento que debía seguir para obtener una declaración de muerte presunta por desaparecimiento. Y a la fecha de presentación de la tutela, la Sala observa que la peticionaria todavía no tenía claro qué tenía que hacer para conseguir esa declaración.

4.10. Pero esto es apenas parte del incumplimiento del Ejército Nacional. Además, el Ejército se abstuvo de buscar una solución proporcional a su deber de proteger especialmente a las mujeres cabeza de familia y a los menores de edad. Ciertamente, el Ejército perseguía un fin legítimo cuando decidió no pagarle los haberes a la peticionaria en cuanto se cumplieron los dos años. Su propósito era el de cumplir puntualmente con lo prescrito en el artículo 197 del Decreto 1211 de 1990. Además, con esa decisión su comportamiento fue por otra parte adecuado al fin perseguido. Aparte, tal como está configurado el artículo 197 del Decreto

1211 de 1990, no había otro modo de cumplir con lo prescrito sin desatender, como se desatendió, el deber constitucional de proteger especialmente a una mujer cabeza de familia y a sus hijos menores de edad, que están en condiciones económicas precarias, razón por la cual sus actos eran adicionalmente necesarios. En síntesis, parece que el Ejército obró con un fin legítimo, y de un modo idóneo y necesario para alcanzarlo. Pero la pregunta de la Corte es si su obrar omisivo fue proporcional en sentido estricto.

4.11. Luego de examinar las razones aportadas por el Ejército, y los demás elementos obrantes dentro del proceso, la Corte considera que no y, como lo expondrá a continuación, en este caso la aplicación de la norma implica una afectación desproporcionada al mínimo vital y la vida digna de cuatro (4) sujetos de especial protección constitucional, razón por la cual ha debido inaplicarse la norma de conformidad con el artículo 4 de la Constitución Política).¹⁴ En efecto, lo que obtuvo el Ejército a partir de su decisión de dejarle de pagar a la peticionaria los haberes una vez cumplidos los dos años, no compensa a juicio de la Corte lo que sacrificó. De un lado, cumplió una norma con una legitimidad democrática reducida, en tanto hace parte de un Decreto con fuerza de ley, expedido por el Presidente de la República en ejercicio de facultades extraordinarias, y no de una Ley expedida por el Congreso, órgano democrático en su origen (elección popular), configuración (pluralista) y funcionamiento (deliberativo).¹⁵ Del otro lado, al obrar de ese modo, trató a una mujer cabeza de familia y a sus hijos menores, quienes se habrían de encontrar en condiciones económicas precarias, tal y como debía tratar en general a todas las personas; y eso en un contexto constitucional que le exigía protegerlos de manera especial. Así, dejó a estos últimos sin los bienes indispensables para satisfacer las mínimas y más básicas necesidades esenciales de todo ser humano, como son las de alimentarse sana y suficientemente, asearse de un modo debido, vestirse de una forma apropiada para el clima, y conseguir una vivienda en condiciones dignas y adecuadas. Cumplió el Decreto, entonces, pero el efecto de ese cumplimiento fue dejar en una situación de vulnerabilidad a la señora Emilcen Liliana Mosquera y a sus hijos menores de edad Nathaly Dayana, Geraldine Juliana y Jimmy Santiago Salazar Mosquera, que la Corte juzga inconstitucional.

4.12. Podría objetarse contra esta conclusión que el estado en el que quedaron la peticionaria y sus hijos, luego de la interrupción en el pago de los haberes, sería apenas transitorio y no definitivo, pues en todo caso aún cuentan con la posibilidad de ser beneficiarios definitivos de las prestaciones derivadas de la muerte presunta por

desaparecimiento del señor Salazar Carlosama. Y aunque la Corte admite que es verdad; que la señora Emilcen Liliana Mosquera puede adelantar los trámites para beneficiarse definitivamente de las prestaciones derivadas de la muerte presunta por desaparecimiento de su compañero, lo cierto es que en todo caso haría falta todavía mucho tiempo para que ese reconocimiento a su favor se diera. Así, como la demandante no ha empezado aún los trámites para solicitar una declaratoria judicial de muerte presunta por desaparecimiento, entonces debe iniciar el proceso desde la solicitud. Y de conformidad con el artículo 97 del Código Civil, después de la solicitud en ese sentido ante el juez competente, el desaparecido debe ser citado por lo menos tres (3) veces, debiendo correr más de (4) cuatro meses entre cada dos citaciones. Además, la declaratoria no puede hacerse sino después de que hayan transcurrido cuatro (4) meses desde la última citación. 16 Lo cual indica que este proceso podría tardarse más de un año.

4.13. Pero después de eso, el reconocimiento de las prestaciones a la peticionaria no sería inmediato. Tendría que esperar además a que el Ejército Nacional declare la desaparición definitiva del oficial o suboficial, proceda a darlo de baja sólo después de que la peticionaria aporte el registro de defunción correspondiente, y de que se efectúe el estudio de la solicitud, con el fin de establecer si procede el reconocimiento de las prestaciones a que haya lugar de conformidad con la hoja de servicios del Suboficial y la aplicación de las normas que regulan las prestaciones por muerte en actividad de un Suboficial (Artículos 189-194 del Decreto 1211 de 1990). 17

4.14. En definitiva, el cumplimiento estricto, uniforme y estandarizado del artículo 197 del Decreto 1211 de 1990 condujo en este caso a un desamparo desproporcionado de los derechos al mínimo vital y la vida digna de cuatro (4) sujetos de especial protección constitucional. Las consecuencias que produjo la decisión del Ejército sobre la peticionaria y sus hijos menores entonces son contrarios a la Constitución, ya que esta prohíbe entre otras acciones u omisiones las que intervengan o desprotejan desproporcionadamente los derechos fundamentales.¹⁸ En esta ocasión, entonces, hay un conflicto normativo, pues la aplicación del citado Decreto significaría desconocer derechos fundamentales protegidos por la Constitución, y la aplicación de la Constitución aparejaría inaplicar el Decreto. Para un conflicto de esta naturaleza, la Constitución establece expresamente una solución: “[...] En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales” (CP art. 4). Es decir, que en este proceso debe

aplicarse la Constitución e inaplicarse el artículo 197 del Decreto 1211 de 1990.

5. El deber de orientación e impulso del Ejército Nacional respecto del procedimiento para acceder a una prestación del Estado que le corresponde asumir

5.1. Como se dijo anteriormente, la peticionaria no ha iniciado el proceso de declaración de muerte presunta para poder acceder a las prestaciones definitivas que se derivan de la misma. Pero esto es así, en gran parte porque el Ejército no le informó, debidamente, que tenía que surtir dicho proceso para poder proseguir con el trámite. En efecto, el análisis de los hechos narrados por la accionante y las dos comunicaciones brindadas por la entidad a la peticionaria permiten deducir que la entidad en ningún momento le suministró información acerca de cuál era el procedimiento a seguir para lograr acceder a las prestaciones definitivas derivadas de la declaración de muerte presunta por desaparición de su compañero. Y es que sólo hasta la contestación de tutela la entidad manifestó que no ha podido conformar el expediente para poder adelantar el reconocimiento de las prestaciones definitivas a favor de la accionante y de los hijos del suboficial Salazar Carlosama, porque para ello es necesario que su familia allegue el registro civil de defunción. La Sala, al preguntarse si esta actuación se ajusta a la Constitución, considera que no.

5.2. En repetidas ocasiones la Corte se ha referido acerca del deber de orientación que recae sobre las autoridades públicas respecto de los procedimientos que deben adelantar los particulares y los mecanismos para acceder a las prestaciones o servicios a los que tienen derecho.¹⁹ Este deber tiene sustento en el principio de solidaridad, y en el servicio a la comunidad, como finalidad esencial del Estado (artículo 2° de la Constitución). De allí, también el Ejército Nacional, como autoridad estatal tiene el deber de brindar información oportuna, suficiente y completa respecto de las prestaciones y servicios que en el marco de sus funciones y competencias legales y constitucionales le corresponda asumir, así como el deber de dar acompañamiento y orientación especial cuando son personas en condiciones de vulnerabilidad que demandan un trato más cuidadoso de parte del Estado.

5.4. Incluso, esta Corte considera que en cabeza del Ejército recae un deber aun mayor, de impulso y diligencia respecto de las prestaciones que le corresponde asumir. Ello, por cuanto el artículo 232 del Decreto 1211 de 1990 “Por el cual se reforma el estatuto de personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares” señala que el procedimiento de

reconocimiento de las prestaciones sociales es oficioso, y las entidades encargadas tienen el deber de tramitarlo de oficio, suministrando los medios de prueba pertinentes para ello. De igual manera el artículo establece que las pruebas que no puedan ser proporcionadas por las entidades correspondientes, deben ser aportadas por el interesado.²² El análisis de esta norma permite concluir que las Fuerzas Militares no deben limitarse exclusivamente a brindar información respecto del trámite, sino que también tienen que dar cumplimiento a su obligación legal de propiciar el impulso de los trámites a su cargo, máxime cuando haya sujetos de especial protección constitucional involucrados.

5.5. En consonancia con lo anterior, la Sala encuentra que la Corte en la citada sentencia T-778 de 2008²³ en la que, como ya se mencionó, se estudió un caso muy similar al que es objeto de revisión en esta providencia, también reconoció que a la Policía Nacional le asistía el deber de brindar información clara, suficiente y oportuna por medio de la cual el interesado pudiera hacer efectivos sus derechos, pero además el de solicitarle los documentos que requiriera para poder continuar con el trámite de reconocimiento de las prestaciones sociales a que haya lugar. Ahora bien, es preciso mencionar que en la referida sentencia se negó amparo del derecho de los derechos fundamentales de la actora, porque se consideró que la incomodidad de la accionante radicaba en que a su juicio debían aplicarse para su caso los beneficios para los familiares de los secuestrados y desaparecidos de manera forzosa, contemplados en la Ley 589 de 2000 “Por medio de la cual se tipifica el genocidio, la desaparición forzada, el desplazamiento forzado y la tortura; y se dictan otras disposiciones”. Sin embargo, la Corte consideró que en su caso tal norma no resultaba aplicable tal legislación en atención a que no se encontraba acreditado con absoluta certeza que la desaparición del agente de la policía Rodrigo Velásquez obedeciera al perfeccionamiento de tales ilícitos penales.

5.6. Pero además, esta Corporación hizo énfasis también en que la actuación desplegada por la entidad evidenciaba que se había orientado e informado a la accionante de manera suficiente desde la época en que desapareció su conyugue. De hecho, la Corte sostuvo que no había faltado acompañamiento por parte de la entidad accionada y que por el contrario tal deber había sido materializado de la siguiente forma: (i) por medio una serie de peticiones recibidas y tramitadas por la entidad demandada, todas alrededor de los eventuales derechos prestacionales a que tenían derecho la actora y sus menores hijos, (ii) la entidad también había entablado una relación periódica a través de diversas comunicaciones

recíprocas. Así, la respectiva Sala de Revisión constató que la entidad no sólo había contestado orientado a la actora respecto del trámite, sino que también le había (iii) dirigido de oficio varias comunicaciones en las que le insistía sobre la necesidad de que iniciara el proceso de declaración de muerte presunta y aportara el registro de defunción para poder proceder a realizar el reconocimiento de las prestaciones definitivas.

5.7. Precisamente, esta Sala advierte una omisión por parte del Ejército Nacional de dar cumplimiento a estos deberes. Y también considera que, con la falta de su observancia, ocasionó la vulneración de los derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social de la actora y sus hijos menores, toda vez hizo más gravosa su situación de desprotección. En efecto, al estudiar el expediente la Corte Constitucional constata que, de manera previsiva la actora eleva un derecho de petición el doce (12) de septiembre de dos mil once (2011), teniendo en cuenta que el plazo de los dos (2) años por el cual la entidad debía pagar los haberes de su compañero, estaba próximo a vencer y todavía no se tenía noticia de él, por lo cual solicitaba que no le suspendiera el pago de los salarios que venía cancelándole, hasta cuando cerraran la investigación, o se diera de baja a su compañero por muerte presunta y procedieran a reconocer de manera definitiva las prestaciones sociales a favor de los beneficiarios. Frente a lo pedido, la Sala considera que la actividad de la entidad se circunscribió a (i) responder que daría traslado al competente para que resolviera el asunto de fondo. Luego de eso, (sólo hasta el treinta y uno (31) de octubre del mismo año), (ii) informar que según la normatividad aplicable (artículo 197 del Decreto 1211 de 1990), los beneficiarios del miembro desaparecido reciben la pagaduría de los haberes del oficial o suboficial hasta por dos (2) años, y que vencido este lapso se procede a declararlo definitivamente desaparecido, a darlo de baja por presunción de muerte y a reconocer las prestaciones a que hubiere lugar para los beneficiarios.

5.8. En ese estado de cosas, la Corte encuentra que las dos respuestas que la entidad dirigió a la accionante no le permitieron identificar el procedimiento a seguir para hacer efectivos sus derechos y los de sus hijos. De hecho, es muy factible que la peticionaria interpretara de esa respuesta que el trámite de declaración de muerte presunta era competencia del Ejército, ya que en ningún momento la entidad le informó que era ella quien debía iniciarlo, ni le orientó respecto de cómo y ante quién se surte el mismo. Tampoco le solicitó allegar el Registro de defunción de su compañero. Por tanto, la Sala encuentra que la entidad no brindó la información pertinente de manera clara concreta ni lo hizo con prontitud. Del mismo modo

se advierte que la entidad omitió dar cumplimiento a su deber de impulsar el trámite, pidiendo los documentos necesarios para proseguir con el trámite con celeridad. 24

5.9. Tales omisiones ocasionaron una demora aún mayor en el trámite de reconocimiento de las prestaciones definitivas a favor de la actora y sus hijos, comoquiera que esta no tenía conocimiento de que debía iniciar el trámite de declaración de muerte presunta y precisamente por la falta de la respectiva sentencia y del Registro de defunción es que la entidad no ha podido proceder a efectuar dicho reconocimiento. También, desencadenaron en la vulneración de los derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social de la accionante y sus hijos, pues acrecentaron su situación de desprotección al exponerlos a una demora mayor a la que ya estaban expuestos y sin una fuente de ingresos para poder hacerla soportable. Por consiguiente la Sala estima que la entidad también debe asumir la responsabilidad de la mora ocasionada por su actividad deficiente en el trámite de reconocimiento de las prestaciones definitivas a que tiene derecho la señora Emilcen Liliana Mosquera.

6. Conclusión y órdenes

La Sala concluye que el Ejército Nacional violó los derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social de la actora y sus hijos cuando suspendió el pago del salario que percibía su compañero desaparecido, con fundamento en que ya había vencido el término máximo que señala la norma para tal beneficio, sin haber decidido respecto de las prestaciones sociales definitivas derivadas de la muerte presunta, a pesar de que (i) la familia está compuesta por una madre cabeza de familia y sus tres hijos menores de edad que dependen económicamente de este pago para subsistir y (ii) no cumplió con el deber de brindar la información completa respecto de los trámites para acceder a las prestaciones definitivas y solicitar los documentos necesarios para su reconocimiento.

Por ello, la Sala revocará el fallo proferido en única instancia, por la Sala de Decisión Constitucional del Tribunal Superior de Pasto el diecinueve (19) de abril de dos mil doce (2012) que resolvió negar el amparo de los derechos fundamentales invocados por la actora y en su lugar inaplicará el artículo 197 de Decreto 1211 de 1990 en lo relativo al término máximo de dos (2) años para el pago de la totalidad de los haberes del suboficial Jimmy Rolando Salazar Carlosama y en su lugar concederá la protección transitoria de los derechos

fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social de la señora Emilcen Liliana Mosquera y de los menores Nathaly Dayana Salazar Mosquera, Geraldine Juliana Salazar Mosquera y Jimmy Santiago Salazar Mosquera. Para ello, es preciso que el Ejército reanude el pago de la totalidad de los haberes del Suboficial Salazar Carlosama. Sin embargo, este pago no debe hacerse de manera indefinida, porque, como ya se mencionó, para acceder a las prestaciones definitivas, la señora Emilcen Liliana Mosquera tiene la carga de iniciar el proceso de declaración de muerte presunta. En consecuencia, si la actora no cumple con dicha carga en los cuatro (4) meses siguientes a la notificación de este fallo, el amparo dejará de surtir efectos.

De igual manera la Sala advierte que el pago que haga el Ejército Nacional no puede afectar injustificadamente el patrimonio de la entidad. Por tanto, todo lo que el Ejército cancele desde que se notifique esta providencia, puede ser descontado de las prestaciones sociales que se le reconozca y paguen posteriormente por causa de la declaración de muerte presunta por desaparición del señor Jimmy Rolando Salazar Carlosama.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero.- REVOCAR el fallo proferido en única instancia, por la Sala de Decisión Constitucional del Tribunal Superior de Pasto el diecinueve (19) de abril de dos mil doce (2012) dentro de la acción de tutela instaurada por la señora Emilcen Liliana Mosquera y en su lugar CONCEDER el amparo transitorio de sus derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social.

Segundo.- ORDENAR al Ejército Nacional que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia reanude el pago de la totalidad de los haberes del suboficial Jimmy Rolando Salazar Carlosama a favor de la señora Emilcen Liliana Mosquera y sus tres hijos, hasta que decida de manera definitiva respecto de las prestaciones sociales causadas por la declaración de muerte presunta de su compañero. En todo caso, la accionante deberá iniciar el proceso de declaración de muerte presunta en los

cuatro (4) meses siguientes a la notificación de este fallo. De lo contrario el amparo transitorio de esta sentencia dejará de surtir efectos. Igualmente la peticionaria podrá acudir a la Defensoría del Pueblo Regional Nariño, para que esta en el marco de sus funciones legales y constitucionales, le brinde asistencia legal y jurídica que requiera.

Tercero.- ADVERTIR al Ejército Nacional que si efectivamente reconoce a favor de la señora Emilcen Liliana Mosquera las prestaciones sociales por muerte activa en el servicio del señor Jimmy Rolando Salazar Carlosama, puede descontar de estas lo que se le haya pagado entre la orden de esta providencia y el momento en el que efectuó el reconocimiento de dichas prestaciones. De cualquier modo, los descuentos que realice la entidad no pueden hacerse de forma tal que afecten el mínimo vital de la actora y sus hijos.

Cuarto.- PREVENIR al Ejército Nacional para que en el futuro se abstenga de omitir su deber de acompañamiento a las personas que están en situaciones como las de la peticionaria.

Quinto.- REMITIR por conducto de la Secretaría General de esta Corporación copia de esta providencia a la Defensoría del Pueblo Regional Nariño, con el fin de que haga seguimiento al cumplimiento de este fallo y brinde asistencia legal y jurídica a la señora Emilcen Liliana Mosquera, a propósito del trámite que debe seguir para obtener el pago definitivo de las prestaciones que reclama.

Sexto.-LIBRESE por Secretaría la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los fines allí establecidos.

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

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

Magistrado

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

1 La actora expone en su escrito de tutela que su compañero estaba vinculado al Ejército Nacional de Colombia desde hace más de doce (12) años y el veintiuno (21) de noviembre dos mil nueve (2009) había sido trasladado por medio de orden administrativa No. 1832 a Saravena, Arauca, unidad en la que prestaba sus servicios cuando desapareció. (folios 1-4 del cuaderno principal del expediente, en adelante cuando se haga mención de un folio, deberá entenderse que forma parte del cuaderno principal, a menos que se diga expresamente algo distinto).

2 En el escrito de tutela la peticionaria relata también que la última vez que supo algo de su compañero fue unos días antes, cuando este le pidió que le comprara un pasaje aéreo de Bogotá hasta Arauca y le informó que el trayecto Valledupar Bogotá lo viajaría por tierra. (folios 1-4)

3 Reposa en el expediente copia de este derecho de petición (folios 15-17).

4 Esta información se puede constatar en la respuesta emitida por la entidad al derecho de petición presentado por la actora el doce de septiembre de dos mil once (folios 12-13).

5 En efecto, el Decreto 2591 de 1991, en su artículo 6.1, de manera expresa dispone que la eficacia de los medios ordinarios de defensa judiciales será apreciada en el caso concreto, atendiendo a las circunstancias en que se encuentre el solicitante.

6 Sobre las características del perjuicio irremediable observar la sentencia T-225 de 1993 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, unánime). Allí sostuvo la Corte que: “Al examinar cada uno de los términos que son elementales para la comprensión de la figura del perjuicio irremediable, nos encontramos con lo siguiente: 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. [...] 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. 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. [...] 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 [...]"

7Así lo ha sostenido esta Corporación por ejemplo en la sentencia T-1634 de 2000 (MP. Alejandro Martínez Caballero) al preguntarse si la tutela era procedente para estudiar las solicitudes de dos mujeres que le pedían a las empresas privadas en las que trabajaban sus compañeros desaparecidos, que les pagaran los salarios que estos devengaban, que si era procedente por cuanto, la imposibilidad de recibir el salario del que derivaban su subsistencia, configuraba un estado de indefensión y la tutela se interponía para evitar un perjuicio irremediable. Al respecto se sostuvo: "En cuanto a la existencia de otros mecanismos judiciales de defensa, recuerda la Corte que existe una excepción cuando la demanda busca evitar la consumación de un perjuicio irremediable y que, según obra en las presentes diligencias, claramente podría configurarse debido a la carencia de recursos para el sostenimiento familiar de las accionantes. En conclusión, y de manera sucinta, reconoce la Sala que la tutela interpuesta contra la empresa de vigilancia privada Abservigía Ltda, se erige como un procedimiento viable e idóneo para la protección de los derechos invocados. Deben analizarse ahora los elementos sustantivos del caso" En el mismo sentido la Corte en la sentencia T-294 de 2005 (MP Manuel José Cepeda) al enfrentarse al siguiente problema jurídico ¿Procede la acción de tutela para que la compañera permanente de un militar pensionado que fue secuestrado en 1999, pueda reclamar el pago de la asignación de retiro desde la ocurrencia del secuestro y hasta tanto se produzca la sentencia de muerte presunta

por desaparecimiento? Consideró que la acción sólo era procedente si se interponía para evitar un perjuicio irremediable y que tal perjuicio no podía ser un simple detrimento económico, sino un menoscabo que requiriera la intervención urgente e impostergable del juez constitucional. Al considerar que en el caso concreto no se configuraban los elementos del perjuicio irremediable, la Corte negó el amparo por improcedente.

8 El artículo 140 de la Ley 1437 de 2011 “por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo” dispone sobre la acción de reparación directa: “[...] En los términos del artículo 90 de la Constitución Política, la persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño antijurídico producido por la acción u omisión de los agentes del Estado. De conformidad con lo anterior el Estado responderá, entre otros, cuando la causa del daño sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa imputable a una entidad pública o a un particular que haya obrado siguiendo una expresa instrucción de la misma [...]”.

9 Nathaly Dayana nació el 6 de febrero de 1997, Geraldine Juliana el 23 de septiembre de 1999 y Jimmy Santiago Salazar Mosquera 3 de agosto de 2010.

10 El artículo 197 del Decreto 1211 de 1990 dispone: “DESAPARECIDOS. Al Oficial o Suboficial en servicio activo que desapareciere sin que se vuelva a tener noticia de él durante treinta (30) días, se le tendrá como provisionalmente desaparecido para los fines determinados en este Capítulo, declaración que harán las respectivas autoridades militares, previa la investigación correspondiente y de conformidad con reglamentación que expida el Gobierno. || PARAGRAFO. Si de la investigación que se adelante no resultare ningún hecho que pueda considerarse como delito o falta disciplinaria, los beneficiarios, en el orden establecido en el presente Estatuto continuarán percibiendo de la pagaduría respectiva la totalidad de los haberes del Oficial o Suboficial hasta por un término de dos (2) años. Vencido el lapso anterior, se declarará definitivamente desaparecido, se dará de baja por presunción de muerte y se proceder a reconocer a los beneficiarios las prestaciones sociales ya consolidadas en cabeza del desaparecido, equivalentes a las de muerte en actividad, previa alta de tres (3) meses para la formación de la Hoja de Servicios”.

11 De acuerdo con el artículo 191 del Decreto 1211 de 1990 “Por el cual se reforma el

estatuto del Personal de Oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares” los beneficiarios de un oficial o suboficial que muere activo en el servicio tienen derecho a las siguientes prestaciones: “[...] a. que el Tesoro Público les pague por una sola vez una compensación equivalente a dos (2) años de los haberes correspondientes al grado del causante, tomando como base las partidas señaladas en el artículo 158 del presente Estatuto. || b. Al pago de la cesantía por el tiempo de servicio del causante. || c. Si el Oficial o Suboficial hubiere cumplido quince (15) o más años de servicio, a que por el Tesoro Público se 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. (Las expresiones señaladas con negrilla en este literal fueron declaradas exequibles por la Corte Constitucional en las Sentencia C-101 de 2003 (MP Jaime Córdoba Triviño) en relación con los cargos analizados en la misma.”

12 En principio puede entonces decirse que en este ramo se aplica lo que dispuso la Corte Constitucional en la sentencia T-778 de 2008 (MP. Rodrigo Escobar Gil). En esa ocasión, la Corte revisó el caso de una mujer que le solicitaba a la Policía Nacional le continuara pagando los haberes de su cónyuge desaparecido, pese a que ya habían pasado los dos (2) años que contempla la norma como término para recibir este beneficio. Entonces, la Corporación sostuvo que interrupción del pago de los haberes del agente desaparecido no vulneraba los derechos fundamentales al mínimo vital y seguridad social de sus beneficiarios, comoquiera que la entidad había dado pleno cumplimiento a la respectiva regulación. Efectivamente, la Sala de Revisión constató que la Policía Nacional había cancelado a sus beneficiarios los haberes durante los dos (2) años dispuestos por la norma como término máximo para tal beneficio. Ahora bien, en esa ocasión la entidad ya había declarado definitivamente desaparecido al agente y había solicitado a la actora que allegará el respectivo registro de defunción producto de la declaración de muerte presunta que hiciera el juez competente.”

13 Folio 2, cuaderno principal.

14 La Corte en múltiples oportunidades ha hecho excepción de la aplicación de una norma por considerarla inconstitucional en el caso concreto. Por ejemplo, en la sentencia T-1031 de 2010 la Corte confirmó la decisión del juez de instancia de inaplicar el artículo 130 del decreto 1660 de 1978 normatividad sobre retiro automático del cargo por vencimiento de la

prórroga de 6 meses a la que da lugar la causal de retiro forzoso. Ello, porque en el caso concreto, haciendo una valoración razonable de las condiciones de la actora, la aplicación de la norma era contraria a los postulados de la Carta, teniendo en cuenta que era una madre cabeza de familia con varios problemas de salud, de quien dependían económicamente sus dos hijos y sus dos hermanos de la tercera edad. La Sala consideró que de ser retirada del servicio la actora por haber llegado a la edad de retiro forzoso sin que el fondo administrador de su pensión, hubiese resuelto de manera definitiva su situación pensional, se vulneraría su derecho fundamental al mínimo vital y de su familia y se desconocería la especial protección por parte del Estado que merecen las personas en situación de debilidad manifiesta. Por ello la Sala concedió el amparo y ordenó a la entidad accionada no retirar a la actora hasta que fuera incluida en nómina de pensionados de manera definitiva. También en la sentencia T-777 de 2009 al revisar el caso de una mujer de veintitrés (23) años que había sido calificada con el setenta y seis punto cincuenta por ciento (76.50%) de pérdida de capacidad laboral y ni ella, ni su familia, tenían recursos para garantizarle una vida en condiciones de dignidad, resolvió inaplicar el parágrafo 1° del artículo 1° de la ley 860 de 2003 en cuanto a la edad que exige la norma (mayor de 18 y menor de 20 años) para acceder a la pensión de invalidez. En aquella oportunidad la Sala Novena de Revisión concedió el amparo de los derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital y a la vida digna de la afectada y señaló: “[...] con el fin de materializar la protección real y efectiva del derecho a la seguridad social de la accionante contenido en el artículo 48 superior, quien se encuentra en estado de debilidad física y mental. cuando la Corte ha encontrado en la resolución de un caso concreto, que la norma aplicable lesiona principios constitucionales, se debe necesariamente inaplicar dicha disposición legal por la incompatibilidad que presenta con el ordenamiento superior (artículo 4° de la Carta Política). Con base en los anteriores argumentos la Sala encuentra que, en este caso, la aplicación formal del parágrafo 1° del artículo 1° de la Ley 860 de 2003 implicaría la vulneración de principios constitucionales relativos al carácter social de nuestro Estado Social de Derecho, tales como el de solidaridad, igualdad real y justicia material y atentaría contra derechos fundamentales como el mínimo vital y la seguridad social; por lo que para los precisos efectos de este caso se exceptuará su aplicación reducida en desarrollo del principio de supremacía constitucional y su principio derivado de interpretación conforme a la Carta Política [...]”.

15 Al respecto la Corte en la sentencia C-720 de 2007 (MP. Catalina Botero Marino. AV. Catalina Botero Marino) consideró necesario aplicar el test de proporcionalidad más estricto

por tratarse de la revisión de un Decreto con fuerza de Ley. sostuvo: “Como ya había sido mencionado, en el presente caso corresponde aplicar el principio de proporcionalidad en su versión más estricta, toda vez que la medida de retención transitoria afecta de manera cierta el goce de un derecho constitucional fundamental, como la libertad personal, aparte de los restantes derechos fundamentales que se ven comprometidos por las condiciones que acompañan tal privación. De otra parte, no se trata de una norma expedida por el Congreso sino por el Ejecutivo, en virtud de las amplias facultades legislativas que la Carta vigente hasta 1991 permitía atribuir a este órgano. Tal circunstancia, como lo ha señalado esta Corte, disminuye relativamente la presunción de constitucionalidad de las normas y la deferencia que en su enjuiciamiento debe observar el juez constitucional. En efecto, como se sabe, las normas provenientes del poder Ejecutivo carecen del carácter plural y deliberativo que está presente en la formación de la voluntad política que tiene lugar en el Congreso.”

16 El artículo 97 del Código Civil señala: “. <CONDICIONES PARA LA PRESUNCION DE MUERTE>. Si pasaren dos años sin haberse tenido noticias del ausente, se presumirá haber muerto éste, si además se llenan las condiciones siguientes: || 1. La presunción de muerte debe declararse por el juez del último domicilio que el desaparecido haya tenido en el territorio de la Nación, justificándose previamente que se ignora el paradero del desaparecido, que se han hecho las posibles diligencias para averiguarlo, y que desde la fecha de las últimas noticias que se tuvieron de su existencia han transcurrido, a lo menos, dos años. || 2. La declaratoria de que habla el artículo anterior no podrá hacerse sin que preceda la citación del desaparecido, por medio de edictos publicados en el periódico oficial de la nación, tres veces por lo menos, debiendo correr más de cuatro meses entre cada dos citaciones. || 3. La declaración podrá ser provocada por cualquiera persona que tenga interés en ella; pero no podrá hacerse sino después que hayan transcurrido cuatro meses, a lo menos, desde la última citación. || 4. Será oído, para proceder a la declaración y en todos los trámites judiciales posteriores, el defensor que se nombrará al ausente desde que se provoque tal declaración; y el juez, a petición del defensor, o de cualquiera persona que tenga interés en ello, o de oficio, podrá exigir, además de las pruebas que se le presentaren del desaparecimiento, si no las estimare satisfactorias, las otras que según las circunstancias convengan. || 5. Todas las sentencias, tanto definitivas como interlocutorias, se publicarán en el periódico oficial. || 6. El juez fijará como día presuntivo de la muerte el último del primer bienio contado desde la fecha de las últimas noticias; y transcurridos dos años más desde la misma fecha, concederá la posesión provisoria de los bienes del desaparecido. || 7. Con todo,

si después que una persona recibió una herida grave en la guerra, o naufragó la embarcación en que navegaba, o le sobrevino otro peligro semejante, no se ha sabido más de ella, y han transcurrido desde entonces cuatro años y practicándose la justificación y citaciones prevenidas en los números precedentes, fijará el juez como día presuntivo de la muerte el de la acción de guerra, naufragio o peligro; o no siendo determinado ese día, adoptará un término medio entre el principio y el fin de la época en que pudo ocurrir el suceso; y concederá inmediatamente la posesión definitiva de los bienes del desaparecido”.

17 Según el párrafo del artículo 197 del Decreto 1211 de 1990, tras la declaración de muerte presunta “[...] se procederá a reconocer a los beneficiarios las prestaciones sociales ya consolidadas en cabeza del desaparecido, equivalentes a las de muerte en actividad[...]”.

18 Respecto de la prohibición de protección deficiente o desprotección desproporcionada, puede verse por ejemplo la sentencia C-400 de 2003 (MP. Jaime Córdoba Triviño. AV. Manuel José Cepeda Espinosa). En esa ocasión, la Corte declaró inexecutable una regulación legal que pretendía proteger a las víctimas del delito de desaparición forzada. El fundamento de la decisión fue que dicha medida implicaba una “protección deficiente” de los derechos de esas víctimas. Esa conclusión la sustentó en un juicio sobre la proporcionalidad y razonabilidad de la ley demandada.

19 La Corte también se ha pronunciado respecto del deber de información, orientación y acompañamiento que tienen las entidades que hacen parte del sistema general de seguridad social en salud, en diversas oportunidades, entre estas, en la sentencia T-727 de 2011 (MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo) esta Corporación revisó el caso de una persona que tenía un tumor en la columna lumbar y había sido incapacitado por más de ciento ochenta (180) días. Su entidad promotora de salud le negaba el pago de las incapacidades porque estas superan los ciento ochenta (180) días y legalmente no le corresponde pagarlas. Sin embargo, no le informó antes, de manera completa y suficiente, como acceder al pago de las mismas. En esta sentencia la Corte señaló que a las entidades que integran el sistema general de seguridad social en salud les asiste un deber de acompañamiento y orientación al usuario en cuanto al trámite para acceder a los servicios y prestaciones.

21 También en la sentencia T-149 de 2002 (MP Manuel José Cepeda Espinosa) la Corte al

estudiar el caso de una persona discapacitada en situación de pobreza que le solicitaba al Departamento Administrativo de Bienestar Social una “pensión o subsidio para subsistir y esta entidad le respondía que necesitaba un certificado médico en el cual constara su invalidez, sostuvo: “[...] La Corte Constitucional ya se ha referido en el pasado a la importancia del correcto manejo y oportuno suministro de información por parte de la administración en los procesos de distribución de bienes, servicios, subsidios, recursos etc., de forma que se respete el principio de igualdad de trato a todos sus potenciales beneficiarios (art. 13 C.P.), se asegure el respeto a los principios que rigen la función pública (artículo 209, inciso 1, C.P.) y se creen las condiciones para hacer efectivo el debido proceso administrativo como expresión del principio fundamental que garantiza a las personas la participación en las decisiones que los afectan e interesan (artículo 2 C.P.). Es crucial función que cumple el suministro oportuno, pertinente, correcto y completo de información [...]”

22 El artículo 232 del Decreto 1211 de 1990 señala: “PROCEDIMIENTO OFICIOSO. El reconocimiento de las prestaciones sociales a que tienen derecho los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares o sus beneficiarios, ser tramitado oficiosamente por el Ministerio de Defensa o por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, según el caso. Cuando las Oficinas de Personal no puedan producir de oficio las pruebas pertinentes, corresponde allegarlas al interesado, y si no existiere la prueba principal, ser remplazada por la prueba supletoria que admita la ley”

23 (MP Rodrigo Escobar Gil)

24 Así también lo consideró la Corte en la sentencia T-646 de 2007 (MP Manuel José Cepeda Espinosa) en esta la Corte estudió el caso de un adulto mayor que le solicitaba al Municipio en el que residía que lo incluyera en los programas sociales adelantados por el Municipio y este sólo le contestaba con respuestas insuficientes Al respecto señaló: “la Corte también ha señalado que la persona que no obtiene por parte de la administración información oportuna, pertinente, correcta y completa del procedimiento a seguir para hacerse acreedora de una prestación positiva del Estado es colocada en una situación de desventaja no compatible con el marco constitucional”