



Sentencia T-107/20

Referencia: Expediente T-7.395.654

Asunto: Acción de tutela interpuesta por Rosa Mejía, contra el Ministerio de Defensa Nacional.

Magistrado Ponente:
LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Bogotá D.C., once (11) de marzo de dos mil veinte (2020).

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Alejandro Linares Cantillo, Antonio José Lizarazo Ocampo y Luis Guillermo Guerrero Pérez, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política y 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión del fallo de tutela adoptado por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, a través del cual se confirmó la sentencia dictada en primera instancia por el Juzgado Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento del Guamo (Tolima), dentro del trámite de la acción de amparo constitucional que la señora Rosa Mejía promovió contra el Ministerio de Defensa Nacional¹.

I. ANTECEDENTES

¹ El expediente de la referencia fue seleccionado para revisión y repartido al despacho del magistrado ponente por la Sala de Selección de Tutelas Número Siete, mediante auto del 30 de julio de 2019.

1. Hechos

1.1. Millan Rodríguez Mejía, hijo de la accionante², era Soldado Voluntario del Ejército Nacional. En esta institución estuvo vinculado aproximadamente 93 meses³, y tras su muerte ocurrida “*en el servicio como consecuencia de la acción directa del enemigo en tareas de restablecimiento del orden público*”⁴, fue dado de baja el 26 de octubre de 2001.

1.2. A través de las resoluciones 169 del 7 de marzo de 2002 y 19218 del 24 de abril del mismo año⁵, el Ejército Nacional, de acuerdo con el artículo 8 del Decreto 2728 de 1968⁶, ascendió en forma póstuma al grado de Cabo al señor Rodríguez Mejía⁷ con el fin de honrar su memoria, y ordenó el pago de la compensación por la muerte a favor de sus padres.

1.3. Mediante petición fechada el 12 de febrero de 2018, la señora Rosa Mejía solicitó al Ejército Nacional que, en virtud de lo establecido en el Decreto 1211 de 1990⁸, le reconociera el 50% de la pensión de sobrevivientes con ocasión de la muerte de su hijo, pues estimó que la otra mitad de la prestación le debería corresponder al padre de Millán Rodríguez⁹.

1.4. En la Resolución 3433 de agosto 21 de 2018 el Ministerio de Defensa Nacional confirmó la Resolución 2813 de julio 5 del mismo año, mediante la cual negó el reconocimiento de la prestación solicitada, pues, según adujo la entidad, “*el Decreto 2728 de 1968 no consagra pensión con ocasión de la muerte del personal de soldados (...)*”¹⁰, y “*ni el Consejo de Estado ni la [Corte Constitucional] han expedido una sentencia de unificación frente a la*

² Tal y como consta en el Registro Civil de Nacimiento, cuya copia reposa en el folio 34 del cuaderno 1, Millan Rodríguez nació el 9 de abril de 1975 en Natagaima, y es hijo de Segundo Antonio Rodríguez Quezada y Rosa Mejía, quien, conforme consta en la copia de la cédula de ciudadanía que obra en el expediente (folio 33 del cuaderno 1), tiene 70 años de edad, pues nació el 29 de agosto de 1949.

³ Incluido el tiempo de servicio militar obligatorio que prestó como soldado regular desde enero de 1994, el señor Mejía Rodríguez “*completó un tiempo de servicio total de siete años, nueve meses y once días, (...) según consta en la Hoja de Servicios No. 61 del 09 de enero de 2002*” (cfr. folios 42 y 51 del cuaderno 1).

⁴ Esta información consta en el “*Informativo Administrativo*” que el Ejército Nacional realizó con ocasión del fallecimiento del soldado (folio 39 del cuaderno 1).

⁵ Folios 41 y 80 del cuaderno 1.

⁶ Decreto 2728 de 1968, “*Por el cual se modifica el régimen de prestaciones sociales por retiro o fallecimiento del personal de soldados y grumetes de las Fuerzas Militares*”, artículo 8. “*El Soldado o Grumete en servicio activo, que fallezca por causa de heridas o accidente aéreo en combate o por acción directa del enemigo, bien sea en conflicto internacional o en mantenimiento del orden público, será ascendido en forma póstuma al grado de Cabo Segundo o Marinero y sus beneficiarios tendrán derecho al reconocimiento y pago de cuarenta y ocho (48) meses de los haberes correspondientes a dicho grado y el pago doble de la cesantía. A la muerte del Soldado o Grumete en servicio activo, causada por accidente en misión del servicio, sus beneficiarios tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta y seis (36) meses del sueldo básico que en todo tiempo corresponda a un Cabo Segundo o Marinero. // A la muerte de un Soldado o Grumete en servicio activo o por causas diferentes a las enunciadas anteriores a sus beneficiarios tendrá derecho al reconocimiento y pago de veinticuatro (24) meses de sueldo básico que en todo tiempo corresponda a un Cabo Segundo o Marinero*”.

⁷ Folio 41 del cuaderno 1.

⁸ “*Por el cual se reforma el Estatuto del Personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares*”.

⁹ Folio 29 del cuaderno 1.

¹⁰ Folio 43 del cuaderno 1.

aplicación del Decreto 1211 de 1990 en los eventos en que los Soldados Regulares fallecieron en combate”¹¹.

2. Solicitud de amparo constitucional

Mediante acción de tutela interpuesta el 1º de febrero de 2019, la señora Rosa Mejía manifestó, en primer lugar, que es de avanzada edad pues tiene 70 años, “*enferma¹², desempleada, sin bienes de fortuna, abandonada, [y que,] por la falta de los recursos económicos que [le] suministraba [su] hijo para la alimentación, vestuario, compra de medicamentos y en general todos los gastos de la casa, [se ve] a veces en la necesidad de vivir de lo que [la] ayudan algunas personas que se apiadan de [sus] necesidades”¹³. Además, afirmó que “*toda [su] vida prácticamente la [vivió] en el campo*”, trabajando “*al jornal en oficios varios*”, que “*no [tiene] estudio alguno*” y, finalmente, que ya no puede trabajar por su estado de salud y edad¹⁴.*

En segunda medida, ratificó la petición que presentó ante la entidad accionada aduciendo que, por ejemplo, en la sentencia T-1043 de 2012¹⁵ esta Corte advirtió que la estricta aplicación del Decreto 2728 de 1968, en cuanto no dispone el reconocimiento y pago de una pensión de sobreviviente, conduce a la violación de los derechos de los familiares de los soldados regulares¹⁶ muertos en desarrollo de actos propios del servicio, y obliga a que, para garantizar la igualdad entre conscriptos, oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, se aplique el Decreto 1211 de 1990 con el fin de reconocer a aquellos familiares la pensión allí establecida.

¹¹ Folio 48 del cuaderno 1.

¹² Al respecto, probó, mediante documentación médica suscrita por empleados del Hospital de San Antonio de Natagaima E.S.E., que hace más de seis años padece hipertensión esencial primaria (folios 53 a 55 del cuaderno 1). Igualmente, afirmó que la presión arterial alta le ha producido problemas de corazón y riñones por su inflamación en el organismo. Además, acreditó que padece “*catarata senil*” (folio 44 del cuaderno de revisión), y adujo que debido a la falta de recursos económicos no ha podido gestionar en Ibagué la realización de la cirugía que le prescribieron para tratar dicha afección, y que consiste, según la orden médica que aportó, en una “*extracción extracapsular de cristalino por facoemulsificación*” y un “*implante de lente intraocular secundario*” (folios 21 del cuaderno 1, 2 y 45 del cuaderno de revisión).

¹³ Para sustentar dichas aseveraciones aportó tres declaraciones extra juicio hechas bajo juramento ante el Notario Único de Natagaima. En la primera, la actora adujo que dependía económicamente de Millán Rodríguez Mejía, quien devengaba un sueldo como soldado del Ejército Nacional hasta que falleció en el municipio de Arauquita (Arauca), no dejó hijos reconocidos ni adoptivos, y murió sin cónyuge ni compañera permanente (folio 36 del cuaderno 1). // Las otras dos declaraciones fueron hechas por personas que, si bien no tienen parentesco con la peticionaria, afirmaron conocerla de vista, trato y comunicación y, bajo juramento, aseguraron que las aseveraciones relacionadas con el estado civil y la ausencia de descendencia de Millán Rodríguez, así como con la dependencia económica de la señora Rosa Mejía respecto de su hijo fallecido, son ciertas (folios 37 y 38 del cuaderno 1).

¹⁴ En relación con este asunto, vale la pena aclarar que la página web <https://wssisbenconsulta.sisben.gov.co> registra que el puntaje Sisbén III actualizado de la accionante es de 40.52 según encuesta registrada en el municipio de Natagaima (Tolima) y, conforme obra en la Base de Datos Única de Afiliados al Sistema de Seguridad Social en Salud, está afiliada al régimen subsidiado de salud (folio 82 del cuaderno 1). Igualmente, es menester indicar que el despacho del magistrado ponente consultó el Sistema Integral de Información de la Protección Social, y encontró que la peticionaria: (i) no reporta afiliación a pensiones, a riesgos laborales ni a cesantías; (ii) no percibe ninguna prestación pensional; y (iii) no reporta ninguna vinculación a programas de asistencia social.

¹⁵ M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

¹⁶ Mientras rigió la Ley 48 de 1993, esta era una modalidad para atender la prestación del servicio militar obligatorio.

En tercer lugar, manifestó que no adelantó el trámite judicial ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa toda vez que, por tratarse de un asunto de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral¹⁷, debía presentar la demanda en Arauca —lugar donde su hijo prestaba el servicio como soldado—, y dado que ella vive en Natagaima (Tolima) no tuvo los recursos para viajar a dicho Departamento, donde nunca ha ido y no conoce a nadie. Exactamente, afirmó esto: *“si no tengo ni para comer, mucho menos voy a contar con los recursos para hacer un viaje tan costoso como de Natagaima en el Tolima al Departamento de Arauca, a donde jamás he ido, ni conozco persona alguna”*¹⁸.

Igualmente, teme que iniciar un proceso judicial a sus 70 años, teniendo en cuenta los quebrantos de salud que padece y su expectativa de vida probable, repercuta en que, luego de todo el trámite, no pueda disfrutar ni siquiera de la primera mesada pensional. Además, aclaró que no acudió antes al juez natural y solo activó la vía administrativa hasta el año 2018, ya que después de la muerte de Millan Rodríguez, del ascenso póstumo y de la compensación que recibió por su muerte, *“el uniformado que [l]a atendió”* le indicó que no tenía derecho a la pensión, y solo fue hasta hace poco que, al no contar con dinero para contratar un abogado, acudió ante *“personas conocedoras de situaciones similares”*, quienes le explicaron que sí tenía derecho a la prestación requerida.

Con fundamento en lo anterior, la tutelante solicitó el amparo de sus derechos fundamentales a la igualdad, al mínimo vital, a la vida en condiciones dignas y a la seguridad social, y que, en consecuencia, se ordene al Ministerio de Defensa Nacional reconocer a su favor el 50% del valor de la pensión de sobrevivientes con ocasión de la muerte del señor Rodríguez Mejía, junto con el pago del retroactivo.

3. Traslado de la demanda y respuesta de la entidad demandada

El Juzgado Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Guamo (Tolima) admitió el mecanismo de amparo y ordenó correr traslado al Ministerio de Defensa Nacional, en calidad de accionado, para que ejerciera su defensa. En la contestación la entidad indicó que, dada la subsidiariedad de esta acción, la peticionaria no puede acudir a la jurisdicción constitucional para obtener la revocatoria de la Resolución 3433 del 21 de agosto 21 de 2018, pues se trata de un acto administrativo susceptible de ser demandado ante el juez contencioso administrativo, y además, según afirmó, en el caso concreto no se avizora un perjuicio irremediable susceptible de ser conjurado en sede de tutela.

4. Decisiones de instancia

¹⁷ Ley 1437 de 2011, *“Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”*, artículo 156. *“COMPETENCIA POR RAZÓN DEL TERRITORIO. Para la determinación de la competencia por razón del territorio se observarán las siguientes reglas: // (...) 3. En los asuntos de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral se determinará por el último lugar donde se prestaron o debieron prestarse los servicios. (...)”*.

¹⁸ Folio 23 del cuaderno 1.

En sentencia del 14 de febrero de 2019, el Juzgado Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Guamo negó el amparo invocado, pues indicó que el tiempo transcurrido después de la muerte de Millan Rodríguez y el apoyo económico que la actora dejó de percibir producto del deceso de su hijo hacen presumir, por un lado, que la afectación a las garantías fundamentales de la tutelante “*no ha sido de trascendencia al haber continuado subsistiendo por años sin necesidad de acudir al juez constitucional*”¹⁹ y, por otro, que no dependía económicamente de su hijo, pues la misma accionante afirmó que trabajaba “*en el campo al jornal, en oficios varios*”. Sin perjuicio de lo explicado, el *a quo* también aclaró que la tutelante cuenta con otros mecanismos de defensa judicial para ventilar su pretensión.

Luego de que la actora impugnó aquella decisión²⁰, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, mediante sentencia del 3 de abril de 2019 —que a su vez contó con un salvamento de voto²¹—, reiteró los argumentos expuestos por el Juzgado de primera instancia y, por tanto, confirmó su fallo. Igualmente, consideró que el estado de vulnerabilidad de la señora Rosa Mejía no es “*tan apremiante como para justificar la intervención del juez constitucional en un ámbito que no es de su competencia*”, y que tampoco se advierte la inminencia de un perjuicio irremediable.

5. Insistencia para la selección de las decisiones de instancia

¹⁹ Folio 92 del cuaderno 1.

²⁰ En el escrito de impugnación la peticionaria reiteró los argumentos expuestos en la solicitud de amparo, aportó fotografías de su domicilio que, según considera, prueban que vive “*en una pobreza extrema*” (folios del 10 al 12 del cuaderno 2), y además añadió lo siguiente: “[*r*]uego que subsidiariamente por lo menos se tome una decisión provisional, para que se revoque la decisión de primera instancia, y se conceda el amparo de los derechos constitucionales que invoqué, así sea provisionalmente, para que se ordene como medida cautelar cancelar los derechos de pensión de sobreviviente y así poder iniciar un proceso con los recursos económicos para ello, que ponga fin al proceso (...)” (folio 8 del cuaderno 2).

²¹ Una magistrada salvó su voto, pues, en primer lugar, estimó que, por las condiciones particulares dilucidadas por la accionante en el caso concreto, la tutela resulta procedente para dirimir la controversia objeto de estudio. Puntualmente, resaltó que la actora explicó que es “*una mujer campesina, sin estudio alguno —como fácilmente puede extraerse de su caligrafía cuando estampa la firma en su cédula — (...) que la información que en su momento le brindó el Ejército fue la de no tener derecho a la pensión de sobreviviente, (...) próxima a cumplir los 70 años de edad, enferma, desempleada, sin bienes de fortuna, abandonada por la falta de recursos que le suministraba su hijo para su alimentación, vestuario, medicamentos, etc., [que] se ha visto en la necesidad de vivir de las ayudas que le ofrecen personas que se apiadan de ella*”, y hace parte del régimen subsidiado. // En segundo lugar, la magistrada advirtió que este caso “*guarda similitud con el decidido dentro del radicado T-387 de 2018 por la Corte Constitucional*”. Igualmente, afirmó que el Consejo de Estado ha decidido casos similares “*a favor de los parientes de los soldados voluntarios muertos en combate*”, como aquel que falló “*en la sentencia de unificación No. 464815 del 4 de octubre de 2018, donde concluyó que los soldados voluntarios fallecidos antes del 7 de agosto de 2002, entre otras causas, debido al mantenimiento del orden público, pueden beneficiarse del régimen de prestaciones por muerte contenido en el artículo 184 del Decreto 095 de 1989 o en el artículo 189 del Decreto 1211 de 1990, según sea la fecha del deceso*”. // En conclusión, la magistrada consideró que, “*ante la calidad jurídica que ofrece la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado para resolver [este asunto] y atendiendo a la apremiante situación económica y de salud que plantea la accionante, sumado al hechos que está próxima a cumplir los 70 años de edad*”, “*lo justo era revocar el fallo de tutela impugnado y en su lugar amparar los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital a la señora Rosa Mejía (...)*” (folios 42 a 44 del cuaderno 2).

En virtud de lo dispuesto por los artículos 33²² del Decreto 2591 de 1991 y 57²³ del Reglamento de la Corte Constitucional, la Defensoría del Pueblo insistió en la selección y revisión de los fallos de tutela proferidos en el proceso de la referencia.

Puntualmente, la entidad manifestó que esta Corte, mediante la sentencia T-378 de 2018²⁴, falló un caso fácticamente similar al presente en el que ordenó reconocer a una ciudadana la misma pensión que la señora Rosa Mejía pretende. Con base en los fundamentos jurídicos contenidos en dicha providencia, estimé que en el *sub judice* existe la urgencia de salvaguardar los derechos fundamentales de la accionante, sujeto de una especial protección constitucional por sus condiciones particulares. Por este motivo, consideró necesario que, conforme se decidió en aquella sentencia, se conceda el amparo invocado por la tutelante.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Competencia

Esta Sala es competente para revisar la decisión proferida en la acción de tutela de la referencia, con fundamento en lo previsto en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política.

2. Procedencia de la acción de amparo constitucional

2.1. La acción de tutela procede en los casos en que no existen otros medios de defensa judicial para la protección de los derechos fundamentales presuntamente menoscabados, o en los que aun existiendo, estos no resultan idóneos o eficaces para garantizar tales prerrogativas, o no cuentan con la potencialidad para evitar un perjuicio irremediable²⁵. Así entonces, cuando hay

²² Artículo 33. “Revisión por la Corte Constitucional. La Corte Constitucional designará dos de sus Magistrados para que seleccionen, sin motivación expresa y según su criterio, las sentencias de tutela que habrán de ser revisadas. Cualquier Magistrado de la Corte o el Defensor del Pueblo, podrá solicitar que se revise algún fallo de tutela excluido por éstos cuando considere que la revisión puede aclarar el alcance de un derecho o evitar un perjuicio grave. Los casos de tutela que no sean excluidos de revisión dentro de los 30 días siguientes a su recepción, deberán ser decididos en el término de tres meses”.

²³ Artículo 57. “Insistencia. Además de los treinta (30) días de que dispone la Sala de Selección y en virtud de lo dispuesto por el artículo 33 del Decreto 2591 de 1991, cualquier Magistrado titular o directamente el Procurador General de la Nación, el Defensor del Pueblo o la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado podrá insistir en la selección de una o más tutelas para su revisión, dentro de los quince (15) días calendario siguientes a la fecha de notificación por estado del auto de la Sala de Selección. // Las insistencias presentadas por los Magistrados deberán ceñirse a los principios y criterios que orientan el proceso de selección. // Los textos de todas las insistencias serán publicados en la página web de la Corte Constitucional, una vez recibidas por la Secretaría General. En caso de que el expediente sea seleccionado, en la sentencia se hará referencia al contenido de la insistencia”.

²⁴ M.P. Alberto Rojas Ríos.

²⁵ Tal y como lo ha sostenido esta Corporación, el perjuicio irremediable “se configura cuando existe el riesgo de que un bien de alta significación objetiva protegido por el orden jurídico o un derecho constitucional fundamental sufra un menoscabo. En ese sentido, el riesgo de daño debe ser inminente, grave y debe requerir medidas urgentes e impostergables. De tal manera que la gravedad de los hechos exige la inmediatez de la medida de protección”. (T-493 de 2013, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez). Al respecto ver, entre otras, las sentencias T-708 de 2009, M.P. Juan Carlos Henao Pérez; T-595 de 2011, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; y SU-189 de 2012, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

un mecanismo de defensa judicial alternativo pero acaece el primer evento, el amparo constitucional se tornaría definitivo; y por el contrario, si se presenta el segundo escenario, la eventual protección sería transitoria y estaría condicionada a que el peticionario inicie la acción judicial correspondiente dentro de un término de cuatro meses, so pena de que caduquen los efectos del fallo de tutela.

2.2. Ahora bien, dado que en este caso la actora controvierte dos resoluciones proferidas por el Ministerio de Defensa Nacional, la Sala advierte que, *prima facie*, el debate planteado es susceptible de ser ventilado ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, que precisamente está instituida para conocer las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas²⁶, como la demandada.

2.3. Por tanto, no resultaría de recibo, en principio, que si el ordenamiento prevé otros medio de defensa judicial para controvertir la negativa del Ministerio accionado materializada en actos administrativos concretos, la acción de tutela desplace la competencia del juez natural, pues con ello se desconocería el carácter subsidiario del mecanismo de amparo y, en consecuencia, la jurisdicción constitucional terminaría por asumir, de manera principal, el conocimiento de asuntos propios de otras jurisdicciones.

2.4. Con todo, la Corte Constitucional también ha justificado la procedencia excepcional de la acción de tutela para el reconocimiento de prestaciones pensionales, trazando ciertos factores que admiten ponderar las circunstancias especiales de cada caso concreto para evaluar la eficacia de los medios de defensa judicial en la consecución de la garantía de los derechos a la seguridad social, al mínimo vital y a la vida digna de la persona; así por ejemplo, se debe tener en cuenta: (a) la edad y el estado de salud del accionante; (b) los sujetos que tiene a su cargo; (c) la situación económica en la que se encuentra, los ingresos, medios de subsistencia y gastos que ostenta; (d) la carga de la argumentación o de la prueba en la cual se fundamenta la supuesta afectación o amenaza a la garantía fundamental; (e) el agotamiento de los recursos administrativos; (f) el tiempo prolongado que ha transcurrido en el trámite de la acción de tutela; (g) el esfuerzo y desgaste procesal que el demandante ha tenido que soportar para que al interior del trámite de tutela (que se supone es eficaz y expedito) se le proteja, de ser posible, su derecho fundamental presuntamente vulnerado; entre otros²⁷.

2.5. Con base en lo explicado, la Sala concluye que la existencia de otros mecanismos jurisdiccionales de defensa descarta la viabilidad de la presente

²⁶ Cfr. Artículo 104 de la Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

²⁷ Cfr. Sentencia T-456 de 1994, M.P. Alejandro Martínez Caballero; T-076 de 1996, M.P. Jorge Arango Mejía; T-160 de 1997, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; T-546 de 2001; M.P. Jaime Córdoba Treviño; T-594 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-522 de 2010, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; T-595 de 2011, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, entre otras.

acción de tutela en relación con la pretensión de pago del retroactivo pensional, más no en relación con la controversia sobre el derecho a la pensión como tal.

2.6. Con respecto a la pretensión de reconocimiento del derecho a la pensión, si bien existen otros medios de defensa para la protección de los derechos invocados por la tutelante, estas vías alternativas carecen de la eficacia necesaria para el desplazamiento del amparo.

2.7. En efecto, la Sala encuentra que, en principio, el escenario natural para el debate acerca del derecho a la pensión de la demandante es el proceso ordinario que se surte en la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Se trata de un instrumento especializado manejado por instancias calificadas para resolver este tipo de debates, que cuenta con las instancias procesales necesarias para abordar todas las aristas asociadas a esta problemática.

2.8. No obstante ello, la confluencia de diferentes circunstancias hace apremiante una resolución inmediata de la controversia mediante la acción de tutela, entre estas las siguientes:

(i) La señora Rosa Mejía, nacida el 29 de agosto de 1949, tiene 70 años de edad y, por tanto, está próxima a superar la esperanza de vida, estimada para el quinquenio 2015-2020 en 79.4 años²⁸. Así, aunque la actora no ha superado aquel término, su contexto socio económico, la edad y sus condiciones de salud son factores que, potencialmente, pueden restringir de forma significativa el goce y disfrute de la prestación que pretende percibir.

Por ello, someter a una persona que está próxima a superar la esperanza de vida a un proceso jurisdiccional, con las complejidades propias de este y las circunstancias particulares de la tutelante, resulta excesivamente gravoso, y con mayor razón si se trata de garantías fundamentales que inciden de forma directa en las condiciones elementales de vida del sujeto, y que de no ser reconocidas perjudican sus derechos al mínimo vital y a la vida en condiciones dignas²⁹. Esto, por cuanto *“los datos estadísticos indican que los medios de defensa judicial ordinarios pierden eficacia pues podrían transcurrir de forma paralela a la etapa final del ciclo vital del peticionario y, eventualmente, terminar demasiado tarde para el amparo de los derechos fundamentales bajo amenaza o violación.”*³⁰.

(ii) Como condición propia de su edad, el estado de salud de la accionante se ha deteriorado progresivamente, pues según documentación médica suscrita por empleados del Hospital de San Antonio de Natagaima E.S.E., hace más de seis

²⁸ Fuente: DANE. Colombia. Proyecciones de población, 2005-2020. Colombia. Tablas abreviadas de mortalidad nacionales y departamentales. Estudios Censales No. 8. Documento disponible en: https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/poblacion/proyepobla06_20/8Tablasvida1985_2020.pdf. Último acceso: 23 de enero de 2020.

²⁹ Al respecto ver las sentencias T-771 de 2009, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; T-380 de 2011, M.P. Nilson Pinilla Pinilla; T-431 de 2011 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T-659 de 2011, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio y T-981 de 2011, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

³⁰ Sentencia T-981 de 2011, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

años padece hipertensión esencial primaria³¹. Igualmente, según se afirma en la demanda, presión arterial alta le ha producido problemas de corazón y riñones por su inflamación en el organismo. Además, sostuvo que padece “*catarata senil*”³² y adujo que debido a la falta de recursos económicos no ha podido gestionar en Ibagué la realización de la cirugía que le prescribieron para tratar dicha afección, y que consiste, según la orden médica que aportó, en una “*extracción extracapsular de cristalino por facoemulsificación*” y un “*implante de lente intraocular secundario*”³³.

(iii) La demandante atraviesa por una condición económica precaria, que se potencializa debido a su edad, al estado de salud y a la consecuente disminución de su fuerza de trabajo. Al respecto, la tutelante afirmó que está desempleada y carece de ingresos periódicos y formales. Igualmente, aportó tres declaraciones extra juicio hechas bajo juramento ante el Notario Único de Natagaima. En la primera, la actora adujo que dependía económicamente de Millan Rodríguez Mejía, quien devengaba un sueldo como soldado del Ejército Nacional hasta que falleció en el municipio de Arauquita (Arauca), no dejó hijos reconocidos ni adoptivos, y murió sin cónyuge ni compañero permanente³⁴. Las otras dos declaraciones fueron hechas por personas que, si bien no tienen parentesco con la peticionaria, afirmaron conocerla de vista, trato y comunicación y, bajo juramento, aseguraron que las aseveraciones relacionadas con el estado civil y la ausencia de descendencia de Millan Rodríguez, así como con la dependencia económica de la señora Rosa Mejía respecto de su hijo fallecido, son ciertas³⁵.

(iv) Además, las condiciones económicas y sociales de la actora son comprometedoras. Al respecto, afirmó que “*toda [su] vida prácticamente la [vivió] en el campo*”, trabajando “*al jornal en oficios varios*”, que “*no [tiene] estudio alguno*” y, finalmente, que ya no puede trabajar por su estado de salud y edad. Esta situación se torna más compleja si se tiene en cuenta, primero, que su puntaje Sisbén III actualizado es de 40.52, segundo, que está afiliada al régimen subsidiado de salud³⁶ y, por último, que el Sistema Integral de Información de la Protección Social a) no reporta afiliación de la accionante a pensiones, a riesgos laborales ni a cesantías; b) no registra prestación pensional alguna en cabeza de la peticionaria; y c) no reporta su vinculación a algún programa de asistencia social.

2.9. En un escenario complejo como este, el acceso a la administración de justicia se encuentra mediado por diferentes barreras que no solo dificultan la canalización de la controversia en las instancias jurisdiccionales, sino que, además, dadas las circunstancias particulares de la accionante, terminan por anular la efectividad de los derechos sustantivos subyacentes en este caso concreto. La exigencia de acudir al proceso mediante un apoderado judicial, de

³¹ folios 53 a 55 del cuaderno 1

³² folio 44 del cuaderno de revisión.

³³ Folios 21 del cuaderno 1, 2 y 45 del cuaderno de revisión.

³⁴ Folio 36 del cuaderno.

³⁵ Folios 37 y 38 del cuaderno 1.

³⁶ Folio 82 del cuaderno 1.

someterse a las reglas generales de competencia que podrían implicar a la accionante someter el juicio a un juez ubicado en un lugar distinto al de su residencia, de adelantar las diferentes fases e instancias procesales determinadas en la legislación, incluyendo, por ejemplo, los ritualismos en materia de notificaciones, las múltiples oportunidades de réplica y contra-réplica de las partes, la práctica de pruebas, entre muchas otras, hacen que acudir al juez ordinario resulte excesivamente gravoso para la actora en su situación actual.

2.10. Lo anterior se encuentra agravado por la limitada capacidad de auto sostenimiento de la demandante, pues carece de una fuente de ingresos propia y estable, ya que no tiene trabajo y prácticamente está por fuera del mercado laboral debido a su avanzada edad, el estado de salud y la clase de oficios — cuya exigencia física era inminente— que ejecutó mientras tuvo fuerza productiva y más vitalidad. Y como precisamente el debate jurídico recae sobre una prestación asociada al mínimo vital, la carga de acudir al proceso judicial ordinario rebasa por mucho las posibilidades reales de la accionante.

2.11. Por otra parte, dado que, según la actora y las declaraciones juramentadas aportadas, el causante le proporcionaba una ayuda económica para que sufragara gastos de alimentación, salud y otras necesidades básicas y, como se dijo, por la edad y afecciones que padece su capacidad de trabajo también está restringida, la Sala reitera que posponer una decisión de fondo en este asunto podría consumir el desamparo de los derechos fundamentales invocados.

2.12. En consecuencia, y dada la legitimación de las partes para actuar en el presente trámite³⁷, así como la existencia de término razonable entre la conducta que desencadenó el presunto menoscabo de los derechos alegados y la interposición del amparo³⁸, la acción de tutela es el mecanismo judicial procedente para resolver el debate sobre el reconocimiento del derecho a la pensión.

2.13. No ocurre lo propio, sin embargo, con la controversia relacionada con el pago del retroactivo pensional. En efecto, la razón que justifica prescindir de la

³⁷ La Sala advierte que las partes accionante y demandada cuentan con legitimación en la causa para actuar en este proceso, dado que: (i) el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 dispone que la acción de tutela puede ser ejercida por cualquier persona que considere vulneradas o amenazadas sus garantías fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante, y, en el *sub judice*, la señora Rosa Mejía consideró vulnerados los derechos fundamentales invocados y, por tanto, interpuso directamente y por sí misma el mecanismo de amparo constitucional; y (ii) los artículos 5 y 13 del citado Decreto establecen que la acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas y, en este proceso, la entidad accionada, es decir el Ministerio de Defensa Nacional, es una autoridad pública que, de acuerdo con el capítulo 4 del Título VII de la Constitución Política, pertenece a la rama ejecutiva del poder público.

³⁸ Teniendo en cuenta que: (i) la aparente vulneración se concretó y materializó cuando, mediante la resolución del 21 de agosto de 2018, la entidad accionada confirmó la negativa del reconocimiento de la prestación pensional solicitada; y (ii) la acción de tutela se interpuso el 1º de febrero de 2019, esta Sala considera que hay una proximidad temporal entre la conducta que desencadenó el supuesto menoscabo de las garantías fundamentales de la accionante y la activación del mecanismo de amparo, toda vez que transcurrió un término razonable —aproximadamente cinco meses y once días— para que la demandante acudiera a la jurisdicción constitucional desde la fecha del acto administrativo que confirmó la decisión a través de la cual se negó la solicitud de la prestación requerida.

instancia y del canal institucional ordinario, es la necesidad de garantizar la subsistencia de la demandante en un escenario crítico en el que confluyen diversas condiciones adversas, entre ellas su avanzada edad, su deteriorado estado de salud, la inexistencia de un círculo familiar o una red de apoyo, y la carencia de recursos económicos propios y de una fuente de trabajo. El debate sobre el reconocimiento del derecho a la pensión apunta precisamente a garantizar el mínimo vital y la subsistencia de la actora en este contexto, pero no ocurre lo propio en relación con el pago del retroactivo pensional, que constituye una prestación económica no asociada, ni al mínimo vital ni a la subsistencia de la accionante. Por este motivo, resulta razonable que esta pretensión se ventile en su escenario natural.

Así las cosas, la Corte abordará el debate sobre el derecho a la pensión de la accionante, pero declarará la improcedencia de la acción de tutela en relación con la pretensión de pago del retroactivo pensional.

3. Planteamiento del problema jurídico constitucional

A la Sala le corresponde decidir si el Ministerio de Defensa Nacional vulneró los derechos a la seguridad social, al mínimo vital, a la vida en condiciones dignas y a la seguridad social de la actora por negar el reconocimiento de la pensión que solicitó con ocasión de la muerte de su hijo³⁹, quien era soldado voluntario, argumentando que “*el Decreto 2728 de 1968 no consagra pensión con ocasión de la muerte del personal de soldados (...)*”⁴⁰, y que “*ni el Consejo de Estado ni la [Corte Constitucional] han expedido una sentencia de unificación frente a la aplicación del Decreto 1211 de 1990 en los eventos en que los Soldados Regulares fallecieron en combate*”⁴¹.

Con el fin de resolver el problema arriba planteado, la Sala realizará algunas precisiones sobre el derecho a la pensión para los beneficiarios de los soldados voluntarios que fallecen en combate o como consecuencia de la acción de enemigo, y posteriormente analizará el caso concreto.

4. Precisiones sobre el derecho a la pensión para los beneficiarios de los soldados voluntarios que fallecen en combate o como consecuencia de la acción de enemigo andar

4.1. De acuerdo con la Ley 131 de 1985⁴², los soldados voluntarios eran aquellos que, habiendo prestado el servicio militar obligatorio, manifestaban el deseo de vincularse al servicio militar voluntario ante el respectivo Comandante de Fuerza, este los aceptaba y, a partir de su vinculación, quedaban sujetos, entre

³⁹ Cabe reiterar, tal y como quedó dicho en los antecedentes de esta providencia, que el fallecimiento del señor Millan Rodríguez Mejía ocurrió en servicio “*como consecuencia de la acción directa del enemigo en tareas de restablecimiento del orden público*”, tal y como consta en el “*Informativo Administrativo*” que el Ejército Nacional realizó, cuya copia obra en el folio 39 del cuaderno 1.

⁴⁰ Folio 43 del cuaderno 1.

⁴¹ Folio 48 del cuaderno 1.

⁴² “*Por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario*”.

otros, “al Código de Justicia Penal Militar, al Reglamento de Régimen Disciplinario, al Régimen Prestacional y a las normas relativas a la capacidad psicofísica, incapacidades, invalideces e indemnizaciones para los soldados de las Fuerzas Militares (...)”⁴³.

Por lo demás, un soldado voluntario se diferenciaba de un suboficial, pues jerárquicamente hablando ni siquiera se vinculaba como Cabo, grado más bajo dentro los suboficiales del Ejército⁴⁴. Por este motivo, verbigracia, el artículo 8 del Decreto 2728 de 1968⁴⁵ dispone que el soldado que fallece por causa de heridas o accidente aéreo en combate o por acción directa del enemigo, bien sea en conflicto internacional o en mantenimiento del orden público, es ascendido en forma póstuma al grado de Cabo.

4.2. Ahora bien, el hecho de que un soldado voluntario del Ejército no fuere vinculado como suboficial era relevante para efectos de determinar el derecho a las prestaciones surgidas con ocasión de su eventual fallecimiento en actividad, toda vez que el Decreto 1211 de 1990⁴⁶ prevé el reconocimiento de una pensión mensual a favor de ciertas personas por la muerte en servicio activo de, únicamente, oficiales o suboficiales de las Fuerzas Militares, con quienes tuviesen un parentesco que se determinó en la norma⁴⁷.

4.3. Sin embargo, esto no ha sido óbice para que las autoridades judiciales también reconozcan el derecho a la pensión a los beneficiarios de los soldados voluntarios que fallecieron en combate o como consecuencia de la acción de enemigo. Al respecto, precisamente el 4 de octubre de 2018, la Sección Segunda del Consejo de Estado profirió la *sentencia de unificación jurisprudencial número 4648-15*.

En esta providencia se advirtió que la Sección Segunda, en procesos en los que se debatía el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes por la muerte de un soldado voluntario en combate, ha concedido la prestación contenida en el Decreto 1211 de 1990 aplicable a los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, con base en estos en estos argumentos:

“(...) es un contrasentido que la ley ordene ascender a los soldados que mueren en misiones de orden público, en combate o por acción directa del enemigo al grado de Cabo Segundo, les conceda la misma

⁴³ Artículo 3 de la Ley 131 de 1985.

⁴⁴ Decreto 1790 de 2000 “por el cual se modifica el Decreto que regula las normas de carrera del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares”. Artículo 6°. “Jerarquía. La jerarquía y equivalencia de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares para efectos de mando, Régimen Interno, Régimen Disciplinario y Justicia Penal Militar, lo mismo que para todas las obligaciones y derechos consagrados en este decreto, comprende los siguientes grados en escala descendente: (...) **SUBOFICIALES** // 1. Ejército // a) Sargento Mayor de Comando Conjunto // b) Sargento Mayor de Comando // c) Sargento Mayor // d) Sargento Primero // e) Sargento Viceprimero // f) Sargento Segundo // g) Cabo Primero // h) Cabo Segundo // i) Cabo Tercer”.

⁴⁵ Decreto 2728 de 1968, “Por el cual se modifica el régimen de prestaciones sociales por retiro o fallecimiento del personal de soldados y grumetes de las Fuerzas Militares”.

⁴⁶ “Por el cual se reforma el Estatuto del Personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares”.

⁴⁷ Cfr. Artículos 185, 189 y 190 del Decreto 1211 de 1990.

compensación, en cuantía de 48 meses de los haberes correspondientes y doble la cesantía, como en el caso de los Oficiales y Suboficiales, pero en cambio no les otorgue a sus beneficiarios la pensión que sí concede tratándose de estos últimos militares y, por ello, no ve tan claro que a aquellos solo se les aplique el decreto 2728 de 1968 y no el 1211 de 1990. Tal duda evidente, solo puede resolverse en los términos del artículo 53 constitucional, con aplicación de la más favorable, o sea el último estatuto.

Además, desde otro ángulo, al no existir una razón suficiente que explique y menos justifique que los beneficiarios legales de los soldados muertos como se dijo, no tengan el mismo derecho que los de los oficiales y suboficiales, la estricta aplicación del decreto 2728 de 1968, conduciría a la violación del derecho a la igualdad de los primeros (...)⁴⁸.

En este sentido, se explicó que, por ejemplo, en sentencia del 7 de julio de 2011 la Sección Segunda, al estudiar el caso de un soldado voluntario que falleció el 1º de marzo de 1998 en actos propios del servicio, concedió a sus beneficiarios la prestación concebida por la muerte de oficiales y suboficiales, inaplicando el artículo 8 del Decreto 2728 de 1968, con base en estas razones:

“Bajo estos supuestos, resulta evidente la existencia de un trato diferenciado entre las prestaciones que le son reconocidas, por el Decreto 2728 de 1968 a los familiares de los soldados muertos en desarrollo de actos propios del servicio y las previstas por el Decreto 1211 de 1990, para los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares muertos en las mismas circunstancias.

A juicio de la Sala tal discriminación tiene lugar debido a que las citadas disposiciones fueron expedidas con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, sólo a partir de la cual, se reivindicaron como principio y derecho constitucionales la igualdad material y la seguridad social, respectivamente. En efecto, una interpretación armónica de los artículos 13 y 48 de la Constitución Política, y de los principios que orientan el desarrollo del derecho a la seguridad social, entre ellos la universalidad y la solidaridad, no admiten la existencia dentro del ordenamiento jurídico de disposiciones que conlleven el desmedro de las condiciones dignas de vida de un ser humano y en especial la imposibilidad de acceder a los beneficios derivados del citado derecho, entre ellos los que buscan amparar las contingencias derivadas por muerte.

[...]

No resulta razonable que el Decreto 2728 de 1968 al igual que

⁴⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 1 de abril de 2004, radicación 07001-23-31-000-2001-1619-01(1994-03), Actor: Concepción Gómez.

Decreto 1211 de 1990 ordene el ascenso póstumo del soldado regular muerto por causas imputables al servicio al grado inmediatamente superior, así como el reconocimiento y pago de unas prestaciones económicas a favor de sus beneficiarios, pero se abstenga de reconocer el pago de una pensión de sobreviviente a favor de quienes con el hecho de la muerte de un miembro de la Fuerza Pública pierden el sustento y apoyo económico que este les brindaba.

Lo anterior, si se tiene en cuenta que los soldados al igual que los suboficiales y oficiales no sólo hacen parte de las Fuerzas Militares, sino que contribuyen al desarrollo de su misión constitucional y legal, esto es, la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y el orden constitucional.

A lo anterior se suma el hecho de que, con posterioridad a la expedición de los Decretos 2728 de 1968 y 1211 de 1990 el legislador mediante la Ley 447 de 21 de julio de 1998 finalmente, en aplicación de los principios y derechos constitucionales a la igualdad material, dignidad humana y a la seguridad social, dispuso el reconocimiento de una pensión de sobreviviente a favor de los beneficiarios de los soldados que no ostentaban el grado de suboficial de las Fuerzas Militares”⁴⁹.

4.4. No obstante lo anterior, luego de hacer referencia a lo decidido en distintas providencias del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional⁵⁰, en la misma

⁴⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 7 de julio de 2011, radicado: 70001-23-31-000-2004-00832-01(2161-09), Actor: Evadías Pérez Villalba.

⁵⁰ Puntualmente, aludió a las siguientes providencias: Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 1 de abril de 2004, radicación 07001-23-31-000-2001-1619-01(1994-03), Actor: Concepción Gómez; Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 7 de julio de 2011, radicado: 70001-23-31-000-2004-00832-01(2161-09), Actor: Evadías Pérez Villalba; Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 2 de agosto de 2012, Radicación: 05001-23-31-000-2002-00672-01(1020-10), Actor: Alicia Usuga Valderrama; Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 18 de febrero de 2016, Radicación: 66001233300020120006001 (2681-2013), Actora: María Elena Cabal de Valencia; Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 8 de septiembre de 2016, Radicación: 13001-23-33-000-2013-00299-01(1085-14), Actor: Herminda Castellanos De Arias y Joaquín Arias Gómez; Consejo de Estado Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 22 de septiembre de 2016, radicado: 41001-23-31-000-2010-00308-01(4373-14), Actor: Pedro Nel Perdomo Vargas y otro; Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 28 de octubre de 2016, Radicación: 66001-23-33-000-2013-00432-01(4826-14), Actor: Luz Angélica Yande y Delio Rodríguez Cometa; Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 1 de diciembre de 2016, radicado: 81001-23-33-000-2014-00036-01(2405-15), Actor: Oliva Silva; Consejo de Estado Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 26 de enero de 2017, radicado: 68001-23-33-000-2014-00278-01(2801-15), Actor: Ligia Sánchez de Contreras - Alonso Contreras Gómez; Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencias del 16 de febrero de 2017, radicado: 68001-23-33-000-2013-00564-01(2114-14), Actor: Jesús Elías Silva Leiva, Ana Isabel Parra Contreras y radicado: 47001-2333-000-2013-00006-01(2708-14), Actor: Aida Leonor Mercado Bocanegra y José Encarnación Díaz Silvera; Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencias del 23 de febrero de 2017, radicado: 68001-23-33-000-2013-00534-01(2146-15), Actor: Hipólito Dávila Sierra, y, radicado: 68-001-23-33-000-2014-00209-01 (4980-2014), Actor: Clelia Roperio Niño; Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 25 de mayo de 2017, radicado: 540012333000201300166-01 (0642-2015), Actor: Ana Rita Melgarejo de Galvis; Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 20 de abril de 2017, radicado: Radicación número: 19001-23-33-000-2013-00557-01(3318-14), Actor: María Olfa Castillo; Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 22 de septiembre de 2016, radicado: 41001-23-31-000-2010-00308-01(4373-14), Actor: Pedro Nel Perdomo Vargas y otro; y sentencias T-484 de 2012 y T-393 de 2013, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

sentencia de unificación 4648-15 también se advirtió que si bien “*la jurisprudencia ha sido uniforme en relación con el derecho al reconocimiento de una pensión de sobrevivientes de los soldados voluntarios muertos en combate, la cual no se encontraba contenida en el Decreto 2728 de 1968, (...) no ocurre lo mismo en relación con el régimen aplicable para el efecto, pues (...) se ha optado por 3 normativas distintas:*

(i) *El Decreto 1211 de 1990, artículo 189, cuyos destinatarios son los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares.*

(ii) *La Ley 447 de 1998, que cobija a quienes prestan el servicio militar obligatorio.*

(iii) *La Ley 100 de 1993, artículo 46, contentiva del régimen general”*⁵¹.

4.5. Por ende, esta disparidad o variedad de posiciones jurídicas frente al régimen aplicable fue objeto de unificación en la referida sentencia con base en los fundamentos que, *in extenso*, se pueden consultar en aquella providencia, cuya “[r]ecapitulación de las reglas de unificación” se cita enseguida:

*“1. Con fundamento en el principio de especialidad, los beneficiarios de los **soldados voluntarios** fallecidos antes del 7 de agosto de 2002⁵², por causa de heridas o accidente aéreo en combate o por acción directa del enemigo, bien sea en conflicto internacional o en mantenimiento del orden público, pueden beneficiarse del régimen de prestaciones por muerte contenido en el artículo 184 del Decreto 095 de 1989 o en el artículo 189 del Decreto 1211 de 1990, según la fecha de muerte, por ser el régimen especial que regula de manera particular el supuesto de hecho a que se refiere la norma, pues tal medida se armoniza con los principios protectorio, pro homine, de justicia y de igualdad que encauzan el derecho laboral.*

2. Al reconocer el derecho a la pensión de sobrevivientes de soldados voluntarios fallecidos en combate, no habrá lugar a descuentos de lo pagado por concepto de compensación y cesantías dobles a sus beneficiarios en virtud del Decreto 2728 de 1968.

3. Al hacer extensivo el régimen especial para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a los beneficiarios de los soldados voluntarios fallecidos antes del 7 de agosto de 2002⁵³, por causa de heridas o accidente aéreo en combate o por acción directa del

⁵¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de unificación por importancia jurídica del 4 de octubre de 2018, radicado: 05001-23-33-000-2013-00741-01(4648-15).

⁵² En atención a que el Decreto 4433 de 2004, en el artículo 22, entendió por *soldados profesionales* los soldados voluntarios que hubieren fallecido entre el 7 de agosto de 2002 y el 31 de diciembre de 2003, con lo que cambió su situación jurídica en lo atinente a las prestaciones por muerte en combate.

⁵³ En atención a que el Decreto 4433 de 2004, en el artículo 22, entendió por *soldados profesionales* los soldados voluntarios que hubieren fallecido entre el 7 de agosto de 2002 y el 31 de diciembre de 2003, con lo que cambió su situación jurídica en lo atinente a las prestaciones por muerte en combate.

enemigo, bien sea en conflicto internacional o en mantenimiento del orden público, el término prescriptivo que debe atenderse en relación con las mesadas pensionales, es el cuatrienal de acuerdo con lo señalado en el régimen propio de las Fuerzas Militares (artículo 169 del Decreto 095 de 1989 y artículo 174 del Decreto 1211 de 1990)”⁵⁴.

4.6. Finalmente, el órgano de cierre consideró que estas reglas de unificación *“deben aplicarse de manera retrospectiva a todos los casos pendientes de discusión tanto en vía administrativa como en vía judicial”⁵⁵, pues “aquellos respecto de los cuales ya ha operado la cosa juzgada, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables”⁵⁶.*

Por tanto, salvo que en el caso concreto hubiere cosa juzgada, la Sección Segunda del Consejo de Estado concluyó, no sin antes advertir que la citada sentencia de unificación es extensible a todas las personas que acrediten encontrarse en la misma situación fáctica y jurídica⁵⁷, que *“la autoridad administrativa deberá reconocer a los beneficiarios de los soldados voluntarios fallecidos en combate, la pensión de sobrevivientes consagrada en el artículo 189, literal d.) del Decreto 1211 de 1990, o 184, literal d) del Decreto 95 de 1989, según la fecha del deceso, siempre y cuando se acrediten los requisitos exigidos por el régimen general para efectos del reconocimiento de dicha prestación, esto es, acreditar el parentesco con el causante”⁵⁸.*

Para ello, el órgano de cierre aclaró que: (i) dicho reconocimiento deberá atender el orden de beneficiarios de que trata el artículo 185 del Decreto 1211 de 1990 o el del Decreto 95 de 1989, según la fecha de fallecimiento; (ii) el cálculo del monto de la pensión tendrá en cuenta los haberes correspondientes al grado conferido como consecuencia del ascenso póstumo; y (iii) el ingreso base de liquidación deberá establecerse conforme las partidas computables previstas en el artículo 158 del Decreto 1211 de 1990 o las del artículo 153 del Decreto 95 de 1989, dependiendo el momento del deceso.

4.7. En el mismo sentido, la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, mediante la sentencia T-378 de 2018⁵⁹, analizó un caso en el que una mujer de 73 años instauró acción de tutela con el fin de que el Ministerio de Defensa Nacional reconociera la pensión a la cual consideró tener derecho por el fallecimiento en combate de su hijo, quien ingresó al Ejército

⁵⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de unificación por importancia jurídica del 4 de octubre de 2018, radicado: 05001-23-33-000-2013-00741-01(4648-15).

⁵⁵ *Ibídem*.

⁵⁶ *Ibídem*.

⁵⁷ Puntualmente, en la parte resolutive del fallo se dispuso lo siguiente: “[p]or tratarse de una sentencia de unificación que reconoce un derecho, esta sentencia debe ser extendida por las autoridades administrativas en virtud de los artículos 10 y 102 de la Ley 1437 de 2011, a quienes acrediten encontrarse en los mismos supuestos fácticos y jurídicos, de conformidad con las reglas señaladas en la parte motiva de esta providencia” (Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de unificación por importancia jurídica del 4 de octubre de 2018, radicado: 05001-23-33-000-2013-00741-01(4648-15).

⁵⁸ *Ibídem*.

⁵⁹ M.P. Alberto Rojas Ríos.

Nacional como soldado voluntario el 1° de abril de 1993 y fue ascendido de forma póstuma al grado de Cabo con ocasión de su muerte, ocurrida el 29 de junio de 1997.

En ese caso, el Grupo de Prestaciones Sociales de aquel Ministerio también negó la solicitud argumentando que el Decreto 2728 de 1968 no establece una pensión con ocasión de la muerte de soldados. No obstante, la Sala advirtió que *“si bien el artículo 8° del Decreto 2728 de 1968 no consagra el derecho a pensión de sobrevivientes, una vez acontece el fallecimiento de soldado regular en cumplimiento de actos propios del servicio, otro es el panorama en el Decreto ley 1211 de 1990, el cual si establece el derecho a la referida prestación, cuando en las mismas condiciones fallecen los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares”*.

Por ende, con sustento en la jurisprudencia desarrollada por el Consejo de Estado⁶⁰, la Sala Novena de Revisión reiteró —en los términos que lo hizo la ya citada sentencia del 1° de abril de 2004 de la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado— que *“es un contrasentido que la ley ordene ascender a los soldados que mueren en misiones de orden público, en combate o por acción directa del enemigo, al grado de Cabo Segundo, les conceda la misma compensación, en cuantía de 48 meses de los haberes correspondientes y doble la cesantía, como en el caso de los Oficiales y Suboficiales, pero en cambio no les otorgue a sus beneficiarios la pensión que si concede tratándose de estos últimos militares y, por ello, no ve tan claro que a aquellos solo se les aplique el Decreto 2728 de 1968 y no el 1211 de 1990”*.

En consecuencia, la Sala estimó que la tutelante, en calidad de madre del causante, tenía derecho a la pensión consagrada en el literal *d)*⁶¹ del artículo 189 del Decreto 1211 de 1990 y, por tanto, ordenó al Ministerio de Defensa reconocer y pagar dicha prestación de acuerdo con lo dispuesto en esta norma, junto con la suma adeudada por concepto de retroactivo y sin perjuicio de que se aplique el término de prescripción.

Ahora, con fundamento en las consideraciones hasta aquí expuestas, la Sala abordará el caso en concreto.

⁶⁰ Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, fallos del 1° de abril de 2004 - Rad 07001-23-31-000-2001-1619-01(1994-03), (Sección Segunda-Subsección A), del 30 de octubre de 2008 - Rad 05001-23-31-000-2000-01274-01 (8626-05) (Sección Segunda, Subsección B), del 7 de julio de 2011 Rad 70001233100020040083201 (2161-2009), (Sección Segunda, Subsección B).

⁶¹ Artículo 189. *“Muerte en combate. A partir de la vigencia del presente Estatuto, a la muerte de un Oficial o Suboficial de las Fuerzas Militares en servicio activo, en combate o como consecuencia de la acción de enemigo, bien sea en conflicto internacional o en el mantenimiento o restablecimiento del orden público, ser ascendido en forma póstuma al grado inmediatamente superior, cualquiera que fuere el tiempo de servicio en su grado. Además sus beneficiarios, en el orden establecido en este Estatuto, tendrán derecho a las siguientes prestaciones: // (...) d. Si el Oficial o Suboficial no hubiere cumplido doce (12) años de servicio, sus beneficiarios en el orden establecido en este estatuto, con excepción de los hermanos, tendrán derecho a que el Tesoro Público les pague una pensión mensual equivalente al cincuenta por ciento (50%) de las partidas de que trata el artículo 158 de este Decreto”*

5. Análisis del caso concreto

5.1. De las pruebas y los antecedentes relacionados en esta providencia se desprende que: (i) la señora Rosa Mejía es madre de Millan Rodríguez Mejía, quien para la fecha de su muerte era Soldado Voluntario del Ejército Nacional; (ii) en dicha institución estuvo vinculado un poco más de siete años y medio⁶²; (iii) falleció el día 26 de octubre de 2001 “*como consecuencia de la acción directa del enemigo en tareas de restablecimiento del orden público*”⁶³; y (iv) fue ascendido en forma póstuma al grado de Cabo.

5.2. Con base en esos fundamentos fácticos y las consideraciones expuestas a lo largo de esta sentencia, la Sala advierte que, debido a que el señor Rodríguez Mejía falleció después de 1989, la pretensión de la accionante se debe estudiar a la luz del literal *d*) del artículo 189 del Decreto 1211 de 1990, y no del Decreto 95 de 1989 —que entre otras cosas fue derogado por aquel—.

Así las cosas, se debe tener en cuenta que el literal *d*) en cuestión establece que los beneficiarios del causante que no hubiere cumplido doce (12) años de servicio y que muera en combate o como consecuencia de la acción de enemigo, bien sea en conflicto internacional o en el mantenimiento o restablecimiento del orden público, tienen derecho a una pensión mensual equivalente al cincuenta por ciento (50%) de las partidas de que trata el artículo 158⁶⁴ del mismo Decreto.

5.3. En este orden de ideas, y como quiera que: (i) el estudio del reconocimiento de la pensión reclamada deberá atender el orden de beneficiarios de que trata el artículo 185 del citado Decreto 1211 de 1990; (ii) esta norma dispone que si no hubiere cónyuge sobreviviente ni hijos la prestación se dividirá entre los padres;

⁶² Incluido el tiempo de servicio militar obligatorio que prestó como soldado regular desde enero de 1994, el señor Mejía Rodríguez “*completó un tiempo de servicio total de siete años, nueve meses y once días, (...) según consta en la Hoja de Servicios No. 61 del 09 de enero de 2002*” (cfr. folios 42 y 51 del cuaderno 1).

⁶³ Esta información consta en el “*Informativo Administrativo*” que el Ejército Nacional realizó con ocasión del fallecimiento del soldado (folio 39 del cuaderno 1).

⁶⁴ Artículo 158. “*Liquidación prestaciones. Al personal de Oficiales y Suboficiales que sea retirado del servicio activo bajo la vigencia de este estatuto, se le liquidarán las prestaciones sociales unitarias y periódicas sobre las siguientes partidas así: // - Sueldo básico. // - Prima de actividad en los porcentajes previstos en este estatuto. // - Prima de antigüedad. // - Prima de Estado Mayor, en las condiciones previstas en este estatuto. // - Duodécima parte de la prima de Navidad. // - Prima de vuelo en las condiciones establecidas en este Decreto. // - Gastos de representación para Oficiales Generales o de Insignia. // - Subsidio familiar. En el caso de las asignaciones de retiro y pensiones, se liquidar conforme a lo dispuesto en el artículo 79 de este estatuto, sin que el total por este concepto sobrepase el cuarenta y siete por ciento (47%) del respectivo sueldo básico. // PARAGRAFO. Fuera de las partidas específicamente señaladas en este artículo ninguna de las demás primas, subsidios, auxilios, bonificaciones y compensaciones consagradas en este estatuto, ser computable para efectos de cesantías, asignaciones de retiro, pensiones, sustituciones pensionales y demás prestaciones sociales”. // Ley 420 de 1998. Artículo 1. “*Adiciónanse los artículos 158, 140 y 100 de los Decretos-leyes 1211, 1212 y 1213 de 1990 respectivamente, y el artículo 49 del Decreto 1091 de 1995, en el sentido de incluir como partida computable para liquidar las prestaciones sociales periódicas del personal de Oficiales, Suboficiales, miembros del nivel ejecutivo y agentes de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional retirados con asignación de retiro o pensión y sus beneficiarios, que tuvieren tal condición, el 31 de diciembre de 1996, la bonificación por compensación que reconozca al personal de la Fuerza Pública en servicio activo. // Parágrafo. Si la bonificación a que se refiere el presente artículo se incorpora al sueldo básico del personal de la Fuerza Pública en servicio activo, tendrá el mismo comportamiento en la liquidación de las asignaciones de retiro y pensiones militares y policiales y por tanto desaparecerá como bonificación*”.*

y (iii) de acuerdo con las pruebas allegadas en sede de tutela, el señor Rodríguez Mejía no dejó hijos reconocidos, murió sin cónyuge y esto no fue refutado por la entidad accionada⁶⁵, la Sala advierte que la accionante tiene derecho a la prestación aludida en el literal *d*) del artículo 189 del Decreto 1211 de 1990, pues la muerte de su hijo ocurrió “*en el servicio como consecuencia de la acción directa del enemigo en tareas de restablecimiento del orden público*”⁶⁶ y, además, el causante no alcanzó a cumplir doce años de servicio.

5.4. Sin embargo, debido a que: (i) el órgano de cierre de la jurisdicción contencioso administrativa advirtió que las reglas contenidas en la sentencia de unificación jurisprudencial 4648-15 del 4 octubre de 2018 se deben extender por las autoridades administrativas a quienes acrediten encontrarse en los mismos supuestos fácticos y jurídicos; (ii) el reconocimiento de la pensión reclamada deberá atender el orden de beneficiarios de que trata el Decreto 1211 de 1990; y (iii) dicha norma dispone —como se dijo— que la pensión se dividirá entre los padres del causante ante la ausencia de cónyuge sobreviviente e hijos, esta Sala ordenará que a favor de la accionante solo se reconozca el 50% del valor de la pensión, tal y como incluso ella misma lo solicitó, pues en el Registro Civil de Nacimiento del causante consta que el señor Segundo Antonio Rodríguez Quezada es progenitor del señor Millan Rodríguez Mejía y, por ser su padre, sería beneficiario en el mismo orden de prelación que la accionante.

En consecuencia, la Sala también advierte la necesidad de que, conforme lo dispuso el Consejo de Estado, la entidad accionada evalúe la extensión de las reglas de unificación contenidas en la sentencia 4648-15 del 4 octubre de 2018 frente al sujeto que, por encontrarse en los mismos supuestos jurídicos de la accionante como progenitor del causante, sería igualmente beneficiario de la pensión en el mismo orden de prelación que la señora Rosa Mejía.

5.5. Además, de acuerdo con las reglas de unificación citadas, se advertirá al Ministerio de Defensa Nacional que, al reconocer el derecho a la pensión de sobrevivientes del soldado voluntario Millan Rodríguez Mejía, no habrá lugar a descuentos de lo pagado por concepto de compensación y cesantías dobles a sus beneficiarios en virtud del Decreto 2728 de 1968.

III. DECISIÓN

⁶⁵ Para sustentar dichas aseveraciones la actora aportó tres declaraciones extra juicio hechas bajo juramento ante el Notario Único de Natagaima. En la primera, la actora adujo que dependía económicamente de Millán Rodríguez Mejía, quien devengaba un sueldo como soldado del Ejército Nacional hasta que falleció en el municipio de Arauquita (Arauca), no dejó hijos reconocidos ni adoptivos, y murió sin cónyuge ni compañera permanente (folio 36 del cuaderno 1). // Las otras dos declaraciones fueron hechas por personas que, si bien no tienen parentesco con la peticionaria, afirmaron conocerla de vista, trato y comunicación y, bajo juramento, aseguraron que las aseveraciones relacionadas con el estado civil y la ausencia de descendencia de Millan Rodríguez, así como con la dependencia económica de la señora Rosa Mejía respecto de su hijo fallecido, son ciertas (folios 37 y 38 del cuaderno 1).

⁶⁶ Esta información consta en el “*Informativo Administrativo*” que el Ejército Nacional realizó con ocasión del fallecimiento del soldado (folio 39 del cuaderno 1).

Con fundamento en las consideraciones expuestas en precedencia, la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR PARCIALMENTE el fallo de tutela proferido el 3 de abril de 2019 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, mediante el cual se confirmó la sentencia dictada el 14 de febrero de 2019 por el Juzgado Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Guamo, en tanto se concederá el amparo constitucional invocado por la señora Rosa Mejía para obtener el reconocimiento de la prestación solicitada, pero se confirmará la improcedencia de la tutela para reclamar el pago del retroactivo pensional.

SEGUNDO.- ORDENAR al Ministerio de Defensa Nacional que, dentro de los treinta (30) días siguientes a la notificación de la presente providencia, proceda a reconocer, liquidar y pagar a favor de la señora Rosa Mejía el 50% del valor de la prestación pensional de que trata el literal *d*) del artículo 189 del Decreto 1211 de 1990, de acuerdo con las consideraciones expuestas en esta providencia, especialmente aquellas contenidas en los numerales 4.6, 5.2. y siguientes *supra*. Al reconocer el derecho a la pensión, no habrá lugar a descuentos de lo pagado por concepto de compensación y cesantías dobles a sus beneficiarios en virtud del Decreto 2728 de 1968.

TERCERO.- LIBRAR, por medio de la Secretaría General, las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, con el fin de que la autoridad judicial de primera instancia notifique la sentencia de esta Corte a las partes.

Comuníquese, publíquese y cúmplase.

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ
Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO
Magistrado
Con aclaración de voto

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO
Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General